



Universidad de Murcia

Departamento de Derecho civil

**La comunidad hereditaria en el
Derecho español**

**(Estudio de su funcionamiento y de las
causas y formas de su extinción)**

Antonio González Valverde

2014

Tesis que, para optar al grado de Doctor, presenta el licenciado D. ANTONIO GONZÁLEZ VALVERDE. Realizada en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, bajo la Dirección de los doctores JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ y JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ. Catedráticos de Derecho civil.

Murcia, Junio de 2014

... allí a los dos mataba Diomedes y a los dos arrancábales la vida, y a su padre dejábale gemidos y lúgubres cuidados, puesto que a ellos no los recibió de vuelta del combate, a los dos, vivos; y parientes lejanos la hacienda se iban entre ellos repartiendo.

Ilíada (V. 155-158). Traducción de Miguel Pérez Molina.

Sumario

Abreviaturas	XI
Preliminar	XV
I Ideas generales en torno a la comunidad hereditaria	1
1. La sucesión <i>mortis causa</i> y la herencia en el Derecho español	3
1.1. La sucesión <i>mortis causa</i>	4
1.2. Herencia	25
2. La sucesión hereditaria en el caso de pluralidad de herederos	41
2.1. El fenómeno comunitario y las situaciones de cotitularidad	42
2.2. Concepto de comunidad hereditaria	45
2.3. Naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria	55
2.4. Caracteres de la comunidad hereditaria	84
2.5. Elementos personales de la comunidad hereditaria. Sujetos incluidos y excluidos	89
2.6. Elementos reales en la comunidad hereditaria	111
3. Fuentes legales de la comunidad hereditaria en el Derecho español. Referencia al nuevo marco europeo de la sucesión <i>mortis causa</i>	117
3.1. Fuentes legales de la comunidad hereditaria en el Derecho español	118
3.2. El nuevo marco europeo de la sucesión <i>mortis causa</i> . Reglamento 650/2012, de 4 de julio	127
II Gestión y disposición de bienes en la comunidad hereditaria	137
4. Administración de la comunidad hereditaria	139
4.1. La voluntad del testador o de los coherederos como primera fuente normativa .	140
4.2. El deslinde de los actos de administración respecto de los de disposición en la comunidad hereditaria	141
4.3. Uso y disfrute de los bienes de la comunidad hereditaria	142
4.4. Actos de administración propiamente dichos	171

5. Las deudas de la herencia y la responsabilidad de los coherederos. El concurso de la comunidad hereditaria	187
5.1. Deudas de la herencia y responsabilidad de los coherederos	188
5.2. El concurso de la herencia	203
6. Defensa de los bienes comunes	215
6.1. Legitimación para la defensa de los bienes comunes	215
6.2. Facultades de aseguramiento de la futura efectividad del derecho. La protección registral del derecho de los coherederos durante la indivisión	223
7. Los actos de disposición durante la indivisión de la herencia	239
7.1. Los actos de disposición sobre toda la herencia o sobre cosas o relaciones jurídicas concretas contenidas en ella	240
7.2. Los actos de disposición sobre la propia cuota	258
III Extinción de la comunidad hereditaria	283
8. Causas y procedimientos de extinción de la comunidad hereditaria en el Código civil	285
8.1. Extinción de las situaciones de comunidad en el Código civil	285
8.2. Extinción de la comunidad hereditaria. Idea general	289
8.3. Causas de extinción de la comunidad hereditaria	293
9. La extinción de la comunidad hereditaria por división del caudal. Naturaleza y efectos	305
9.1. La facultad de instar la división de la comunidad hereditaria del artículo 1051 Cc306	
9.2. La prórroga de la situación de indivisión en la comunidad hereditaria	333
9.3. La extinción de la comunidad hereditaria por división del caudal	351
9.4. Efectos de la división de la comunidad hereditaria por medio de la partición . .	370
9.5. Tributación de las adjudicaciones realizadas en virtud de la partición	374
9.6. Supuestos en que no es necesaria la división del caudal. La situación del heredero único. La situación de existencia de un solo bien en la herencia	375
9.7. Supuestos en los que la partición no da lugar a la extinción de la comunidad hereditaria	378
10. Examen especial de las formas de partición atendiendo a quien la realiza	381
10.1. Formas de llevar a cabo la partición en atención a la persona o personas que la practican	382
10.2. La partición practicada por el propio testador	382
10.3. La partición por el contador-partidor o albacea designado por el testador	392
10.4. La partición arbitral	399
10.5. La partición realizada por los coherederos	401
10.6. La división judicial de la herencia	411

11. La extinción no particional de la comunidad hereditaria	415
11.1. Consideraciones generales	416
11.2. Examen de los supuestos de transformación y sustitución de la comunidad hereditaria	431
Conclusiones	475
Bibliografía y recursos electrónicos	499
Agradecimientos	521

Abreviaturas

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
AA.PP	Audiencias provinciales.
AA.VV	Autores Varios.
AC	Actualidad Civil.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADCo	Anuario de Derecho Concursal.
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
Ap.	Apartado.
AP	Audiencia Provincial.
ArC	Aranzadi Civil.
Art., Arts.	Artículo, Artículos.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BCNR	Boletín del Colegio de Registradores de España.
BGB	Código Civil Alemán.
BGH	Tribunal Supremo Alemán.
BOA	Boletín Oficial de Aragón.
BOCAIB	Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BOG	Boletín Oficial de Galicia.
BON	Boletín Oficial de Navarra.
BverfGE	Tribunal Constitucional Alemán.
Cc	Código Civil.
CCCat	Código Civil de Cataluña.
CCIt	Código Civil italiano.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
Ccom	Código de Comercio.
CDCC	Compilación del Derecho Civil de Cataluña.
CDF Arag	Código del Derecho Foral de Aragón.
CDFNav	Compilación del Derecho Foral de Navarra.
Cdo.	Considerando.
CE	Constitución española.
Cfr.	Confróntese.
Cit.	Citado.

Code	Código Civil francés.
Coord.	Coordinación.
CSC	Código de Sucesiones de Cataluña.
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
D.	Digesto.
Dir.	Dirección.
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.
ed, eds	editor, editores.
Ed.	Editorial.
EM	Exposición de Motivos.
FGN	Fuero General de Navarra.
FJ	Fundamento Jurídico.
FNNav	Fuero Nuevo de Navarra.
Ibidem	en el mismo lugar.
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos,.
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos.
LC	Ley Concursal.
LDCG	Ley de Derecho Civil Gallego.
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LH	Ley Hipotecaria.
LISD	Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
LMEA	Ley de Mejora de las Explotaciones Agrícolas.
LO	Ley Orgánica.
Loc.	Lugar.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LRDA	Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
Ob.	Obra.
P. ej.	Por ejemplo,.
Pág., Págs.	Página, Páginas.
RAJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RD	Real Decreto.
RDCA	Revista de Derecho Civil Aragonés.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDL	Real Decreto Ley.
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDPat	Revista de Derecho Patrimonial.
RDPC	Revista de Derecho Privado y Constitución.
Reimp.	Reimpresión.

RGAV	Registro General de Actos de Ultima Voluntad.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJC	Revista Jurídica de Catalunya.
RJN	Revista Jurídica del Notariado.
RN	Reglamento Notarial.
RR	Resoluciones.
RT	Revista Tributaria.
S.e	sin editar.
S.f	sin fecha.
S.	Sentencia.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SGOF	Secretaría General de Operaciones Financieras.
Sig.	Siguiente.
ss.	siguientes.
SS	Sentencias.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
T.	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TCE	Tratado de la Comunidad Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
Trad.	Traducción.
TRLITP	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
TRLS	Texto Refundido de la Ley del Suelo.
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
TS	Tribunal Supremo.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.
Vol.	Volumen.
Últim.	Últimamente.

Preliminar

En el presente trabajo se abordan problemas vinculados a la gestión, administración y extinción de la comunidad hereditaria. El objetivo del mismo es el de observar desde un análisis científico y ofrecer respuesta desde la moderna doctrina y jurisprudencia a los problemas más importantes vinculados a estas situaciones, partiendo de la realidad que impone su escasa ordenación positiva en el Derecho común.

Las características propias de la comunidad hereditaria como forma de cotitularidad que se inicia con la apertura de la herencia y termina, entre otras causas, por la partición, la convierten, sobre sus propios elementos estructurales, en una situación de carácter especial y transitorio, puesto que no se constituye como una forma estable de gestión del patrimonio sino solamente con la finalidad de conservar los bienes y preparar su liquidación y adjudicación. Nace, pues, con la finalidad de cesar y no con la de subsistir. Pero, siendo cierto que se trata de una situación fundamentalmente transitoria, lo es también que en la práctica social y por diferentes razones no es extraño encontrar comunidades que se prolongan en el tiempo, a menudo sin disposición o pacto expreso de indivisión, en base a acuerdos tácitamente alcanzados por los coherederos que atienden a sus necesidades e intereses y determinan la adopción de medidas de gestión y disposición sobre el patrimonio, planteando problemas que no encuentran solución específica en la regulación del Cc. Esta realidad se encuentra en el origen de nuestra preocupación por el estudio de la comunidad hereditaria y su sentido y su función actuales.

La sugerencia de ALBALADEJO sobre el interés de las situaciones en las que, no habiéndose extinguido la comunidad hereditaria, la que funciona no es la misma que la que se constituyó, bien por haberse transformado o bien por haber sido sustituida por otra y los problemas que en estos supuestos plantea la determinación del régimen jurídico aplicable, nos parecieron, en relación con la prolongación de las situaciones de indivisión por simple falta de ejercicio de la acción por parte de los coherederos, y la voluntad que connotan, un interesante elemento para nuestra investigación, vinculado a la necesidad de respuesta a ciertas situaciones planteadas.

Un examen inicial de la bibliografía mostró que no son frecuentes los trabajos sobre temas relacionados directamente con la comunidad hereditaria. Partiendo de la práctica atipicidad de la figura en el Código Civil, los trabajos generales sobre la materia se elaboraron principalmente hacia la mitad del pasado siglo, a raíz de la modificación de la legislación hipotecaria, y a los aspectos registrales han seguido vinculados algunos “resurgimientos” del tema. La doctrina parece haberlo dicho ya casi todo —y ciertamente

ha dicho mucho— sobre la cuestión. La jurisprudencia, por su parte, ha elaborado un corpus muy completo de soluciones, y el resto ha quedado en manos de la práctica del Derecho, y, particularmente, de la notarial y registral, que dan solución a los problemas más frecuentemente planteados en el momento de la división del patrimonio hereditario.

Y sin embargo, la comunidad hereditaria es una figura construida sobre un amplio espectro de relaciones, influencias y transformaciones históricas, jurídicas, económicas, y sociales que afectan a las relaciones familiares y a los propios patrimonios y delimitan un territorio fructífero para la investigación. La necesidad de contar con una monografía que abordase de la manera más exhaustiva posible la realidad, características y función de la comunidad hereditaria, disolviendo los restos de algunas concepciones que acompañan a la institución y ofreciese solución actual a algunos de sus principales problemas, han sido razones principales para la elección de este tema de investigación.

Entre las concepciones subyacentes a la comunidad hereditaria es frecuente vincular su carácter transitorio, accidental e instrumental a una posición de desfavor normativo. Sin embargo, no siempre la indivisión que representa la situación de comunidad es perjudicial para el patrimonio hereditario ni para los coherederos —antes bien, a veces resulta útil y conveniente—, ni cualquier momento es oportuno para practicar la división, si se quiere evitar la lesión del patrimonio, dar respuesta a las necesidades e intereses en juego y proveer a la mejor gestión de los bienes, en función de la coyuntura económica, de la naturaleza de los elementos que componen el patrimonio y de las circunstancias que concurren en cada caso. La satisfacción de esos intereses tanto como la propia protección del interés común, pueden aconsejar la permanencia en la situación de indivisión para organizar su administración y ordenar la liquidación del patrimonio de modo que resulte la mayor ventaja para los copartícipes, lo que puede llevar, en ocasiones, a la apreciación de límites al ejercicio de algunas facultades individuales como la de instar la división del caudal. El elemento causal tendrá en este punto gran relevancia, pues, siendo estas situaciones excepcionales y de carácter temporal, habrán de hallar justificación en una causa o motivo suficiente.

Por otra parte, se trata de una figura que ha merecido un gran esfuerzo teórico y acumulado argumentos sobre todo en torno a su naturaleza jurídica y a la configuración del derecho de los copartícipes, lo que ha relegado el estudio de otros problemas de interés al tiempo que ha condicionado el acercamiento a los mismos. También la jurisprudencia, muy atenta en este tema a la evolución de las posiciones doctrinales, a las que también ha contribuido, se ha centrado sobre todo en el momento de la partición, sin duda el que plantea mayor litigiosidad. A pesar de estos esfuerzos, por un lado la profunda distancia que se aprecia entre la variedad de problemas y situaciones que plantea la comunidad hereditaria y la escasez de la respuesta que ofrece la regulación positiva y, por otro, la necesidad de atender a las demandas e intereses actuales de los partícipes y a la realidad de los patrimonios en la presente coyuntura económica, se suman a los motivos que han alentado la elección de este tema como objeto de la investigación.

La exploración de las posibilidades que en el marco de la institución ofrece la autonomía de los copartícipes para configurar la forma de organizar, gestionar y hacer cesar, con o sin división del caudal, la situación de comunidad hereditaria, han sido también

motivo de interés en éste trabajo, por entender que en ella se abren vías para la solución de problemas que modernamente acompañan la gestión de los patrimonios.

Es sabido que el Código civil apenas dedica preceptos al tema que nos ocupa, produciéndose con extremado laconismo incluso al regular la partición, a la que dedica solamente unos pocos preceptos (complementados por las leyes procesales que regulan el procedimiento para la partición del patrimonio hereditario), a pesar de constituir la forma natural y más frecuente de hacer cesar la comunidad hereditaria. Se delimita así un perímetro demasiado estrecho en comparación con las situaciones que se plantean, y se originan no pocas dificultades que afectan a la moderna configuración de la comunidad hereditaria, así como a su propia función.

La ausencia de una regulación completa y sistemática de la comunidad hereditaria en el Código civil se hace notar en el estudio de cada uno de sus aspectos. De hecho, esta ausencia ha determinado como un objetivo central de la investigación construir los materiales para el estudio desde una perspectiva integral, capaz de abarcar todos los aspectos relevantes, lo que incluye su análisis detenido desde una visión crítica, que trata de colmar lagunas, ofrecer soluciones interpretativas y proponer, dónde es posible, modificaciones o modelos reguladores.

En coherencia con estos presupuestos, la comunidad hereditaria solo puede abordarse metodológicamente, a nuestro juicio, desde una perspectiva que asegure la atención a cada uno de estos materiales, técnicas y fuentes documentales, necesarios para construir una visión completa de la figura que la valore como resultado de la interpretación y la integración, en lo procedente, de estos elementos. Entre ellos, ocupan un papel fundamental los distintos ordenamientos positivos, incluyendo el nuevo marco europeo de la sucesión mortis causa introducido por el Reglamento 650/2012, de 4 de julio, con incidencia sobre la comunidad hereditaria y los derechos de los copartícipes en las sucesiones con implicación transnacional.

El interés de este planteamiento se pone en evidencia si tenemos en cuenta que el hecho de que la comunidad hereditaria carezca de un régimen propio en el Código civil no significa que esté privada de toda regulación en nuestro ordenamiento. La figura, y particularmente los aspectos relativos a su cesación, están hoy regulados en distintos ordenamientos civiles territoriales y debe observarse desde este punto de vista, y no únicamente desde la de la escasa regulación del Código Civil. Por eso, la investigación ha atendido exhaustivamente al derecho de los ordenamientos territoriales no como una referencia complementaria, o para el apoyo a ciertas interpretaciones o soluciones del derecho común, sino como consecuencia de un enfoque metodológico que los considera un elemento central, en atención a una perspectiva de la institución comunitaria que tiene en cuenta el conjunto del sistema. Se trata de un planteamiento que ofrece, además, la oportunidad de atender a las recíprocas influencias entre los distintos ordenamientos civiles y a su capacidad de plantear y ofrecer nuevas soluciones.

Partimos, pues, para obtener esa perspectiva, de la necesidad de tomar en consideración en cada uno de los aspectos de la comunidad hereditaria la totalidad de los ordenamientos civiles territoriales que disciplinan la materia. Nos referimos especialmente a las regulaciones del Código Civil de Cataluña (2008), el Código Foral de Aragón (2011),

la Ley de Derecho Civil de Galicia (2006) el Fuero Nuevo de Navarra (1973), de las cuales las tres primeras constituyen ordenaciones recientes de distintos aspectos de la institución, que a menudo incorporan el resultado de la evolución doctrinal y jurisprudencial, y acogen algunas de sus conclusiones más asentadas, adaptándolas a las transformaciones sociales y económicas y a las necesidades actuales de la situación comunitaria. Estos ordenamientos son referencia constante en el análisis de las cuestiones tratadas en este trabajo. Aunque cada uno de ellos tiene rasgos específicos existen también recíprocas influencias entre ellos, y una base común que permite interpretar e integrar recíprocamente la regulación de la comunidad hereditaria y extraer una regulación mucho más completa y rica que la basada exclusivamente en los preceptos del Código Civil.

De entre estas ordenaciones positivas de la comunidad hereditaria, el Derecho civil de Cataluña (a partir de la Ley de 10 de julio de 2008) ha abordado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico su regulación completa y sistemática, inspirada en la necesidad de dotarla de agilidad, y comprensiva de los distintos supuestos de indivisión y del ejercicio de las facultades de disfrute, administración y disposición de los bienes. Como registros del interés de algunas de las soluciones adoptadas pueden servir la novedosa figura de la comunidad hereditaria provisional, la regulación de las causas de suspensión de la división, la tendencia, como efecto legal, a la limitación de la responsabilidad del coheredero a los bienes recibidos por herencia mediante la extensión de las consecuencias del beneficio de inventario, la nueva regulación de la aceptación de la herencia por los acreedores, o la potenciación de la autonomía de los coherederos a la hora de alcanzar acuerdos sobre la forma de hacer la partición.

El estudio del corpus de soluciones acumuladas por la jurisprudencia, incluida la llamada "jurisprudencia menor", y la atención especial a las más decisiones más recientes, emancipadas en buena parte de la acumulación dogmática y más atentas a la solución del problema del caso concreto, ha constituido otro elemento clave en los objetivos trazados a la investigación.

El trabajo se estructura en tres Partes, que integran once Capítulos. La Parte Primera incluye los Capítulos Primero, Segundo y Tercero, dedicados al estudio de la sucesión hereditaria con pluralidad de llamados aceptantes de la herencia. Se abordan aquí algunos conceptos jurídicos insoslayables para la investigación: de un lado, los vinculados a la sucesión mortis causa, su régimen jurídico, su fundamento y objeto, las formas de suceder y —desde un punto de vista dinámico— las denominadas fases del fenómeno sucesorio, particularmente las de aceptación y adquisición de herencia. Se trata, asimismo, en esta Parte Primera, de la herencia, los modos de concebirla, su relación con la propiedad y su tutela constitucional. Finalmente, interesan a nuestro estudio la situación de sucesión hereditaria en caso de pluralidad de herederos, el concepto y función de comunidad hereditaria y los principales efectos de la titularidad plural, que aparecen ligados a la cuestión de su naturaleza jurídica y la crítica de las principales posiciones doctrinales y jurisprudenciales congregadas en torno a ella. El último de los Capítulos de esta Parte se dedica a la caracterización de la comunidad, al estudio de sus elementos personales y reales y al de de las fuentes legales de la institución en los distintos ordenamientos civiles, tanto aquellos que conviven en nuestro territorio como los de ca-

rácter supranacional, con atención especial al marco sucesorio europeo y al Certificado sucesorio recientemente introducido.

La Parte Segunda incluye los Capítulos Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo, que atienden a los distintos aspectos y problemas ligados a la gestión y disposición de bienes en la comunidad hereditaria, en los que la ausencia de una regulación específica en el Código civil se hace más significativa. Adquieren por ello especial relevancia el análisis de la dogmática y la jurisprudencia, la interpretación de las normas de la comunidad ordinaria en su adaptación a las situaciones que plantea la comunidad hereditaria y los ordenamientos civiles territoriales españoles, así como las soluciones del derecho extranjero. La investigación se realiza principalmente a través del análisis de los problemas asociados a la administración de los bienes. Las deudas de la herencia, la posición de los acreedores, la responsabilidad de los coherederos y los aspectos ligados a la situación concursal de la herencia son objeto del Capítulo 5. En el Capítulo siguiente se trata de la defensa de los bienes comunes, tanto a través de los problemas que plantea la legitimación individual para intervenir en juicio, a la luz de la jurisprudencia más reciente como de la protección registral y el acceso de los derechos y situaciones derivadas de la comunidad al Registro de la Propiedad. Esta Parte Segunda se cierra con el Capítulo 7, dedicado a los actos de alteración material del patrimonio, especialmente de disposición, realizados por los coherederos sobre la propia cuota y sobre los bienes comunes, a las consecuencias de los actos dispositivos no unánimes y al ejercicio del retracto de coherederos.

Pero es el momento de la cesación de la comunidad hereditaria el que plantea más problemas desde el punto de vista teórico y práctico, y a ésta se dedica la Parte Tercera de nuestra investigación, incluyendo los Capítulos Octavo, Noveno, Décimo y Decimoprimer. Partiendo de que la extinción de la comunidad y la división del caudal con individualización de los derechos de los copartícipes y materialización de los mismos en titularidades exclusivas sobre bienes concretos suelen ir unidas, pero no se exigen mutuamente, hemos dividido el estudio de estos aspectos en cuatro Capítulos. La finalidad es separar el estudio de las formas de extinción de la comunidad hereditaria que implican la división del caudal —típicamente la partición— de aquellas en las que la comunidad hereditaria se extingue sin que tenga lugar dicha división, a través de procedimientos o mecanismos sustitutivos de la misma, o incluso manteniéndose el patrimonio indiviso de intento. Entre éstas figuran los supuestos en los que los coherederos acuerdan la transformación de la comunidad en otra figura, comunitaria o no, o su sustitución por una figura nueva, como la sociedad, los casos de irregularidad social o aquellos en los que, permaneciendo vigente la comunidad hereditaria, ha sido modificada, de modo que cabe dudar del régimen aplicable. El Capítulo 8 plantea las causas y procedimientos por los que cesa la comunidad hereditaria, incluyendo las que tienen lugar por remisión a régimen de extinción de la sociedad, y sus problemas de aplicación al régimen de la comunidad hereditaria. En el Capítulo 9 se estudian los problemas que plantea la extinción de la comunidad por medio de la división del caudal hereditario y la individualización y materialización de los derechos de los coherederos a través de la partición. Comienza con el análisis de la facultad de instar la división, como consustancial a la posición del

copartícipe y examina sus límites, generales y específicos, para abordar después las situaciones en que tiene lugar la prórroga de la situación de indivisión, convencionalmente o por imposición del disponente, la división del caudal, y sus efectos, para los coherederos y para terceros. El Capítulo 11, último del trabajo, se dedica a los supuestos de la extinción no particional de la comunidad hereditaria, tratando en primer lugar de la provocada por falta, después de su constitución, de alguno de los presupuestos, subjetivos u objetivos de la comunidad hereditaria y a continuación de los de transformación y sustitución de la comunidad hereditaria en los que el patrimonio se mantiene a pesar de la partición, en indivisión, pero ahora bajo el régimen de una figura jurídica distinta, como la comunidad ordinaria o la sociedad. Se examinan asimismo las situaciones de sustitución de la comunidad hereditaria, vigente ésta, por una sociedad irregular o por un estatuto propio que, en ejercicio de la autonomía de los coherederos, transforman en mayor o menor medida el régimen normal de la figura, adaptándolo a sus intereses y necesidades y planteando interesantes cuestiones en relación con el funcionamiento de la comunidad y régimen jurídico aplicable.

Hemos tratado por tanto de estudiar en éste último Capítulo las situaciones de la comunidad hereditaria “transformada” y de comunidad extinguida pero no por partición sino por ser sustituida por un acto expreso de los herederos que da lugar normalmente a otro tipo de comunidad o a una sociedad, o bien por algún acto tácito (como la sociedad irregular generada al continuidad los herederos en la explotación mercantil o industrial objeto de la sucesión sin constituir sociedad). En el primer caso la comunidad hereditaria sigue siéndolo, pero será necesario estudiar las transformaciones para ver en que medida afectan a su funcionamiento y régimen aplicable; en el segundo tenemos una comunidad hereditaria extinguida, pero por una vía específica que no es ni la de la desaparición de la pluralidad de sujetos ni de la desaparición del objeto, sino que de algún modo “procede” o tiene origen en la propia situación de comunidad, o al menos en la voluntad de los coherederos que pactan su tránsito a otras figuras.

Más allá de las soluciones a problemas concretos, alienta este trabajo la necesidad de adoptar una visión nueva sobre la figura y de aportar elementos para la construcción jurídica de la misma en el siglo XXI, que ha de realizarse sobre materiales diversos (reguladores, dogmáticos, jurisprudenciales, de la práctica jurídica. . .) y con la intención de dar sentido —uno distinto del meramente instrumental, pensado para situaciones de breve duración— que dote de función jurídica, social y económica a la situación de comunidad y la haga útil para la solución de las situaciones que se plantean al tiempo que permita satisfacer necesidades modernas de gestión del patrimonio y de su liquidación.

Parte I

Ideas generales en torno a la comunidad hereditaria

Capítulo 1

La sucesión *mortis causa* y la herencia en el Derecho español

Índice del capítulo:

1.1. La sucesión <i>mortis causa</i>	4
1.1.1. Noción	4
1.1.2. Panorámica general de su régimen jurídico	6
1.1.3. El problema de la continuidad de las relaciones jurídicas del causante	7
1.1.4. Fundamento de la sucesión <i>mortis causa</i>	8
1.1.4.1. La sucesión <i>mortis causa</i> y la propiedad privada	8
1.1.4.2. La sucesión y la necesidad social de seguridad	9
1.1.4.3. La sucesión en relación con los elementos individual, familiar y social	10
1.1.4.4. La sucesión en relación con la voluntad individual y la disposición de la ley	10
1.1.5. Importancia actual de la sucesión <i>mortis causa</i>	11
1.1.5.1. La pretendida pérdida de importancia de las instituciones del Derecho sucesorio	11
1.1.5.2. Crítica de esta posición	11
1.1.6. Objeto de la sucesión	13
1.1.6.1. Planteamiento de la cuestión	13
1.1.6.2. Bienes y derechos excluidos e incluidos en la sucesión	13
1.1.7. Las formas de sucesión	16
1.1.7.1. Modalidades sucesorias admitidas en el Derecho español	16
1.1.7.2. La sucesión voluntaria o testamentaria y sus límites	16
1.1.7.3. La sucesión intestada	18
1.1.7.4. La sucesión contractual	18
1.1.8. Las denominadas fases del fenómeno sucesorio. Especial referencia a la fase de aceptación y adquisición de la herencia	19
1.1.8.1. Apertura de la sucesión	19
1.1.8.2. Vocación	20
1.1.8.3. Delación	21
1.1.8.4. Aceptación y adquisición de la herencia	22
1.2. Herencia	25
1.2.1. Noción	25
1.2.2. Propiedad privada, familia y herencia	26
1.2.3. Sentidos subjetivo y objetivo de la herencia	27
1.2.4. Modos de concebir la herencia. Idea y crítica de las distintas concepciones	27
1.2.4.1. Idea de la herencia como un patrimonio unificado o “ <i>universitas</i> ”	28
1.2.4.2. Patrimonialización del concepto de herencia	31
1.2.4.3. Idea de la continuidad de la personalidad del causante	32
1.2.4.4. Idea de la representación del causante por el heredero	34

1.2.4.5.	Consideraciones finales. Idea de la herencia como modo de adquirir bienes	34
1.2.5.	La consagración del “derecho a la herencia” en la Constitución Española de 1978. Garantía institucional y derecho fundamental subjetivo	35
1.2.5.1.	Significado y alcance de la protección constitucional del derecho a la herencia	35
1.2.5.2.	Tutela constitucional de la herencia en relación con la autonomía privada	36
1.2.5.3.	Tutela constitucional de la herencia en relación con la familia	36
1.2.5.4.	Tutela constitucional de la herencia en relación con el Estado	37
1.2.5.5.	La garantía institucional de la herencia como reconocimiento del ámbito privado de transmisión <i>mortis causa</i>	38
1.2.5.6.	Los conceptos de “garantía institucional” y “garantía del derecho subjetivo” en su aplicación a la herencia	39

1.1. La sucesión *mortis causa*

1.1.1. Noción

El fenómeno de la sucesión *mortis causa*¹ se produce siempre que tiene lugar el fallecimiento de una persona², con independencia de que el momento en que esto suceda, y de que deje o no bienes, o incluso deje solamente deudas.

Esta noción exige una primera precisión: que la sucesión *mortis causa* se produce solamente por la muerte de la persona física, del ser humano. Es obvio que puede producirse la extinción de las personas jurídicas, como las sociedades, asociaciones o fundaciones, pero ésta no da origen a la sucesión *mortis causa*, aunque en cierto modo pueda existir una sucesión a título universal, es decir, de la totalidad de su patrimonio, cuando por medio de la extinción se transmite a otra persona la totalidad de su patrimonio (activo y pasivo), o al fusionarse o escindirse recibe el patrimonio total de otra.

Como consecuencia de la muerte, la conexión existente entre el patrimonio y la persona física que era su titular queda suspendida, y se hace preciso que dicho patrimonio no quede indefinidamente desprovisto de titular, si quiere mantenerse el orden jurídico y económico, en lo que hay envuelto no solo un interés particular del llamado

¹En el lenguaje jurídico clásico, *succedere* implica subentrar de un heredero *in locum o in ius defuncti*. De hecho *succedere*, etimológicamente sinónimo de *subire*, no indica “seguir” simplemente, sino “seguir en una situación”, no indica una derivación, una dependencia. En el lenguaje militar el verbo *succedere* se usa para indicar el subentrar del militar al puesto de otro. Cfr. SCIALOJA, Vittorio, *Diritto Ereditario Romano*. Vol. I, Roma, 1915, pág. 86.

²Para HERNÁNDEZ GIL, el fallecimiento de la persona produce un vacío en el orden físico, pero no en el orden jurídico, en el que la muerte esta dotada de un sentido “trascendente”. La sucesión *mortis causa* plantea, como consecuencia de esa trascendencia, problemas en orden a su justificación y alcance muy ligados a los de la propiedad. Señala el autor que las limitaciones y afirmaciones sociales se habían proyectado, a partir sobre todo de la Constitución Española de 1978, fundamentalmente sobre la propiedad y el uso de los bienes y no tanto sobre su disponibilidad *mortis causa*, demandando una política social (y no solo fiscal) que abordase la revisión de las estructuras sociales en lo referente a la sucesión, considerada como manifestación de la hegemonía del poder individual. Vid. HERNÁNDEZ GIL A., *Derechos Reales. Derecho Sucesorio*. Obras Completas, tomo IV, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1989, págs. 459, 462 y 463.

o llamados a ingresar en las relaciones jurídicas relictas y transmisibles, sino también un interés público en cuya base se encuentran la protección de la voluntad y la autonomía individuales, la del grupo familiar, y la de la propia sociedad, (y su representación por el Estado)³.

Entre los presupuestos que el Derecho ha de tener en cuenta a la hora de asegurar la conservación de las relaciones jurídicas del causante y su continuación en un nuevo sujeto figuran algunos ligados a la propia concepción social del patrimonio y a la necesidad de que los derechos y las obligaciones no sean meros atributos de la persona, sino medios jurídicos por los que puede continuar la función familiar y social de los bienes, la seguridad del tráfico jurídico, la posición de los acreedores y la ordenación adecuada de los bienes, de modo que haga posible el disfrute del caudal hereditario y su distribución. Pero junto a éstos de carácter social, también deben tenerse en cuenta el fin que persigue la propiedad privada en relación con la familia, y el derecho de disposición exclusiva para el caso de muerte, que corresponde al propietario, y sin el cual, como se ha señalado, la propiedad se tornaría en un derecho diferente.

El principal problema que plantea la sucesión *mortis causa* es, pues, el de cómo ordenar el destino de una serie de relaciones jurídicas, activas y pasivas, que han quedado transitoriamente sin titular, por no haber acarreado la muerte su extinción, pero que no pueden permanecer en esa situación. La necesidad de contar con un sucesor en las relaciones jurídicas dejadas por el causante es un problema distinto de la posibilidad de designación de sucesor por él mismo, como expresión de su autonomía de la voluntad, y vinculada al contenido pleno del derecho de propiedad. La primera es una exigencia del orden social, jurídico y económico, la segunda una opción del sistema jurídico, que podría organizar la sucesión incluso sin participación del causante, aunque no sea esa la solución que avalan la historia y la tradición jurídica, y desde luego no la de nuestro sistema, en el que, *de facto*, han estado y están presentes y estrechamente asociadas, además de la voluntad individual del causante, el interés del círculo familiar y el de la propia colectividad social.

Determinar qué ocurrirá con los bienes y derechos que constituyen el patrimonio del difunto, una vez desaparecido éste, constituye una cuestión compleja, si tenemos

³El origen de esta concepción de la sucesión se encuentra en el Derecho Romano, aunque, al menos en una primera época, la sucesión en Roma no parece haber estado exclusiva ni principalmente referida a la esfera patrimonial, sino a la personal y religiosa, sustituyendo el heredero al causante sobre todo en la soberanía doméstica y en el ámbito religioso y sólo como consecuencia en las relaciones patrimoniales. Su supervivencia histórica frente al sistema del primitivo Derecho Germánico, que hacía objeto de la sucesión la sencilla transmisión de bienes materiales, o la suma material de ellos, sin que las deudas formasen parte de la herencia, está basada en la ventaja que representa para los acreedores la transmisión de las deudas con el total patrimonio del causante. MAY resume de este modo la concepción romana de la sucesión: “*La muerte pone fin a la persona física del individuo, pero su patrimonio no desaparece con él. Bajo el nombre de “hereditas” continúa formando una entidad jurídica aparte, un conjunto de derechos, universitas juris que pasa a un nuevo titular. Éste, el heredero, heres, reemplaza al difunto en su soberanía patrimonial. Es el continuador de su persona jurídica, está investido de sus derechos y obligado por sus cargas. Es este reemplazo del titular del patrimonio por otro, esta transmisión global de bienes, lo que se llama sucesión*”. MAY, Gaston, *Elements de Droit Romain*. Recueil Sirey, París, 1918.

en cuenta que el causante era el centro subjetivo de imputación de estas relaciones, y que las mismas no se agotan en los derechos y obligaciones que tenía asumidas al momento de su fallecimiento, sino que se extienden a aquellas cuyo origen se encuentra precisamente en su muerte, como ocurre con los gastos de entierro y funeral, o los de última enfermedad, en su caso.

La destinación de los bienes después de la muerte implica en nuestro sistema jurídico la subrogación de una o varias personas en el conjunto de bienes y derechos transmisibles o en bienes y derechos determinados dejados por el causante, según se trate de sucesión universal o particular. En efecto, otro u otros han de hacerse cargo y sustituir al difunto no solo en la titularidad de sus bienes y deudas, sino también en cuanto atañe al gobierno, administración y liquidación de su patrimonio, lo que resulta especialmente importante durante el periodo en que, siendo varios los llamados a suceder en los bienes que aceptan ingresar en dicho patrimonio, aún no se ha producido entre ellos la división y adjudicación del mismo.

En consecuencia, este “subentrar” *in locum* o *in ius defuncti*, que, en su vertiente dinámica, implica el llamamiento, delación, aceptación y adquisición de tales relaciones por uno o más sucesores *mortis causa*, no plantea solo una cuestión de cambio en la titularidad necesaria para mantener la continuidad de las relaciones jurídicas, sino que envuelve también la de la desaparición de la personalidad jurídica del transmitente⁴ y la de si quienes le sustituyen en esas relaciones son también continuadores de dicha personalidad o, incluso, pueden identificarse jurídicamente con aquel.

1.1.2. Panorámica general de su régimen jurídico

En la regulación del régimen sucesorio, el Código Civil español acepta los elementos básicos de la ordenación del derecho sucesorio francés, como la libertad de testar, la coexistencia entre la sucesión testamentaria y la intestada —ilimitada en línea recta y de gran extensión en la colateral—, la igualdad entre herederos legales, la prohibición del pacto sucesorio, o la sucesión del Estado en defecto de cónyuge y una vez agotada la línea colateral. Es cierto que estos elementos se reciben en nuestro Derecho con algunas matizaciones, como la pervivencia de los contratos sucesorios, principalmente en los derechos civiles territoriales, o la atenuación del carácter forzoso de la división. Estos matices encuentran explicación en lo tardío del movimiento codificador español, en la implantación definitiva de un régimen liberal burgués en materia de propiedad, y en la presencia e influencia de los ordenamientos civiles territoriales de carácter histórico.

Siguiendo el Plan de Gayo, el Código civil regula la sucesión en los artículos 657 a 1087, integrantes del Título III del Libro III, es decir, entre los diferentes modos

⁴Cuando se utiliza el vocablo “*succedere*” en su estricto sentido, su significación es que el heredero viene a ocupar la posición del “*defunctus*”, subentrando en bloque en los derechos y deberes del *de cuius*. Cfr. D. 50.17.59 (Ulpianus III disputationum): “*Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat*” (“Es sabido que el heredero es de la misma potestad y derecho, de que fue el difunto”). Vid. SILVINA MORA, P., *Exégesis: Digesto*, Libro 42, Título 6.1.8, pág. X.

de adquirir la propiedad, como anuncia el texto del artículo 609.2, al señalar que “*la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y se transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”.

La opción sistemática del Código Civil ha sido muy criticada por la doctrina, por entenderse que la sucesión no es solo un modo de adquirir la propiedad, sino también un medio para la transmisión de los derechos y obligaciones e incluso para la creación de nuevas situaciones jurídicas, por lo que a menudo se defiende como mejor sistemática la que incluye las sucesiones en la parte especial, como hace el BGB alemán conforme al plan de Savigny.

Dentro del Código civil, los artículos 657 al 661 contienen una especie de regulación general acerca de la sucesión *mortis causa* en nuestro derecho, si bien su contenido se considera precisado de complemento o desarrollo por tratarse de principios o reglas generales, lo que ha llevado a la jurisprudencia a declararlos inhábiles para fundar un recurso de casación por infracción de ley⁵.

1.1.3. El problema de la continuidad de las relaciones jurídicas del causante

El problema de la ordenación del destino de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la persona para después de su muerte se resuelve en nuestro derecho mediante la concesión a su titular de un ámbito de autonomía dispositiva sobre los mismos que ampara el derecho de determinar dicho destino mas allá del término natural de su propia existencia, principalmente a través de la figura del testamento y, en parte, también a través de los contratos sucesorios. Este poder individual integra, como tendremos ocasión de examinar, un elemento fundamental de nuestro ordenamiento económico y social, y en consideración a ello, recibe protección constitucional.

Para dar fundamento a la necesidad de continuar las relaciones jurídicas de una persona tras su fallecimiento, se acude, además, en nuestro ordenamiento a otro expediente: el del llamamiento al patrimonio hereditario que realiza la ley a una serie de personas, normalmente integrantes del círculo familiar del fallecido y, faltando dicho círculo, al Estado, o, en su caso, la Comunidad Autónoma correspondiente, hacia los que también se canaliza una parte del caudal relicto a través de un sistema de impuestos que gravan las sucesiones.

Sin embargo, el problema de la transmisión de los *bona vacantia* y la continuidad en las relaciones jurídicas relictas exige, para una corriente doctrinal que puede representarse en WIETHÖLTER⁶, la resolución de los “conflictos” o “contradicciones

⁵Entre otras, SSTS de 14 de julio de 1990 y 5 de julio de 1999.

⁶WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Frankfurt a. M., 2ª ed., 1986, pág. 162, citado por LÓPEZ y LÓPEZ, A, “La garantía institucional de la herencia”, *Revista de Derecho Privado y Constitucional*, nº 3, 1994 (ejemplar monográfico dedicado al derecho de propiedad), pág. 34.

fundamentales” que existen entre los intereses íntimamente entrelazados del individuo, la familia y el Estado. Y es la solución a estas contradicciones la que determina en cada sistema político, histórico y legislativo las distintas opciones de disciplina positiva, puesto que la prevalencia y el reconocimiento de derechos en la sucesión a favor de cualquiera de ellos, implica necesariamente restricciones, alteraciones jurídicas o pérdidas en los derechos e intereses de los demás.

En nuestro derecho, ha señalado LÓPEZ y LÓPEZ⁷, los aspectos fundamentales implicados en la resolución de estos conflictos entre intereses: una nueva infestación en persona viva de los derechos (esto es, la decisión acerca del destino y atribución de las titularidades activas), los mecanismos de responsabilidad patrimonial para la satisfacción de las deudas de que respondía el causante, y la ordenada adquisición o traspaso de la posesión que como poder de hecho ostentaba el *de cuius*.

1.1.4. Fundamento de la sucesión *mortis causa*

1.1.4.1. La sucesión *mortis causa* y la propiedad privada

A pesar de tratarse, como hemos señalado, de dos problemas distintos, la potestad que nuestro sistema jurídico ha concedido siempre al *de cuius* para ordenar el destino de sus bienes a través del instrumento testamentario —y allí donde se admiten, de los pactos sucesorios— ha determinado que la discusión sobre el fundamento de la sucesión *mortis causa* se muestre con frecuencia como inseparable de la del ejercicio del derecho de propiedad privada (y, a través de este, como expresión de la autonomía de la voluntad del causante), e incluso que se plantee como subsidiaria de esta. No solamente se identifican con frecuencia la justificación y función de una y otra, sino que, desde el punto de vista de los sistemas políticos, jurídicos y económicos, cuando se ha querido negar en mayor o menor medida la herencia, se ha negado también la propiedad, y la afirmación de esta ha llevado aparejada la de la herencia. Es más, se afirma que la propiedad privada no puede desplegarse plenamente como derecho si no se completa con la sucesión, pues la falta de un poder dispositivo autónomo sobre los bienes para después de la muerte constituiría una restricción excesiva a aquel derecho, convirtiendo a todo propietario en una suerte de “usufructuario”.

Las tesis que niegan fundamento a la sucesión *mortis causa* lo hacen sobre la base de ideologías que defienden la economía colectivista, niegan todo sentido racional a la sucesión *mortis causa* y la estiman contraria al interés de la sociedad y al progreso social y creadora de desigualdad. En la base de estas teorías se encuentra la negación del derecho a la propiedad privada, al menos respecto a los bienes de producción, lo que permite afirmar, al menos desde un punto de vista teórico, el traspaso de los bienes directamente, prescindiendo de la voluntad individual y del orden familiar. Y

⁷LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M, “La garantía institucional de la herencia”, cit., págs. 30–31. El autor considera, siguiendo a CICU, que la solución a estos problemas planteados por la sucesión *mortis causa* y a los intereses en conflicto subyacentes se halla vinculada a la necesidad de evitar inconvenientes a la tenencia y circulación de los derechos y posibles perturbaciones de la paz social.

en efecto, desde este punto de vista, si no existe la posibilidad jurídica de apropiación privada de bienes por parte del ahora fallecido, no tiene sentido hablar de sucesión en su patrimonio vacante, cuyo único titular es siempre la colectividad.

Sin embargo, han prevalecido históricamente los sistemas que reconocen la importancia y función de la sucesión *mortis causa* en base a argumentos jurídicos y de política legislativa hallados unas veces en el derecho de propiedad, otras en una consecuencia de la libertad y personalidad humanas o en fundamentos morales y económicos ligados a las instituciones e intereses familiares o sociales, y, para la mayoría de los autores, simplemente en la necesidad de que no se extingan con la muerte las relaciones jurídicas activas y pasivas de una personas.

Nuestra tradición jurídica ha participado siempre de este sistema que reconoce el valor de la propiedad, la autonomía individual y el interés familiar. En consecuencia, la participación del Estado en la herencia no se ha planteado nunca con carácter necesario y excluyente de los restantes herederos, sino que se ha producido siempre incardinada en el orden de la sucesión *ab intestato* y a través de la exacción del impuesto sucesorio⁸, y no en la línea de una ideología basada en el colectivismo de los bienes, sino en otros fundamentos bien diferentes, que remiten, unas veces, a derechos de adquisición basados en razones de soberanía y, otras, en un derecho hereditario propiamente dicho, en el que el Estado se coloca en el lugar de la familia, en defecto de esta⁹.

En nuestra doctrina, subrayó VALVERDE¹⁰ el papel de la herencia en relación con la propiedad individual, advirtiendo que esta no puede obtener su *maximum* de utilidad mientras no sea completada con la herencia y subrayando la importancia de su función en el estímulo a la actividad y para posibilitar el cumplimiento de importantes deberes del hombre que no concluyen con su muerte.

1.1.4.2. La sucesión y la necesidad social de seguridad

En esta línea de pensamiento, una de las posiciones más seguidas es la de CICU¹¹, quien encuentra justificación al fenómeno sucesorio en la necesidad de evitar graves

⁸En distintas Comunidades Autónomas españolas, el proceso de supresión de la imposición sobre las sucesiones, ya fuera total (como en las Comunidades de Madrid y Valencia) o meramente parcial, como la planteada en la Generalitat de Catalunya, previendo la exención sólo para parientes consanguíneos en primer o segundo grado, y manteniéndose la tributación a partir del tercer grado), se planteó en su momento con el fundamento de evitar la discriminación fiscal respecto de otras Comunidades Autónomas, plasmada en forma de “*fuga de capitales*”.

⁹Una exposición histórica y comparada sobre la posición del Estado en la adquisición de los bienes hereditarios puede encontrarse para nuestro derecho en DE LOS MOZOS, “La sucesión *abintestato* a favor del Estado”, *Anuario de Derecho Civil*, 1965, págs. 393–409.

¹⁰Cfr. VALVERDE, C.: “El Estado y las sucesiones”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1904, tomo 105, págs. 526–537. El autor rechaza las tesis socialistas favorables a la abolición del derecho hereditario.

¹¹CICU, *Successioni, Parte Generale*, trad. española con el nombre de *Derecho de Sucesiones*, a cargo de GONZÁLEZ PORRAS, con notas de ALBALADEJO, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964, págs. 21 y ss.

inconvenientes a la tenencia y circulación de los derechos, y prevenir posibles perturbaciones de la paz social. Remite así como fundamento de la sucesión *mortis causa* a la necesidad social de seguridad, que exige la continuidad de las relaciones jurídicas, y supone la intervención, en la organización de la sucesión, de criterios de política legislativa que otorgarán mayor o menor relevancia a factores como la afirmación de la voluntad del causante, la perpetuación de la propiedad, los intereses familiares, o las formas de participación de la comunidad, entre otros muchos.

1.1.4.3. La sucesión en relación con los elementos individual, familiar y social

Se debe a CIMBALI¹², la denominada teoría de los tres elementos: individual, familiar y social o del Estado, formulada con el fin de explicar el fundamento de la sucesión, y que ha alcanzado amplia resonancia en la doctrina. Esta tesis, con reflejo también en la sucesión testamentaria, la forzosa y la legal y en la sucesión del Estado, vincula el problema de la destinación de los bienes vacantes del difunto y de los derechos y relaciones constituidos sobre los mismos a la resolución de los intereses en conflicto subyacentes a la sucesión *mortis causa*. Estos intereses resultan del hecho de intervenir en la sucesión, además de la voluntad individual, manifestada fundamentalmente a través de la libertad de testar, y, en su caso, (de forma residual en el Cc y más amplia en los derechos civiles territoriales) por los pactos sucesorios, el interés familiar, formado por las personas integrantes de un círculo más o menos amplio que ostentan un interés en la distribución del patrimonio del fallecido, y de la propia colectividad social en la que el causante ha desenvuelto su existencia y formado su patrimonio, representada en su vertiente política por el Estado, en sentido amplio.

1.1.4.4. La sucesión en relación con la voluntad individual y la disposición de la ley

La voluntad individual y la del propio legislador aportan también elementos esenciales para entender el fundamento de la sucesión. De hecho, en nuestro ordenamiento este fundamento se halla generalmente en la soberanía de la voluntad del testador para disponer *mortis causa* de su patrimonio —bien es cierto que moderada por el límite de las legítimas—, que a su vez encuentra base en la propiedad privada. En su defecto, y de forma compatible con dicha voluntad, la ley llama a la sucesión a los familiares más cercanos del fallecido y, por su falta, al propio Estado o a las Comunidades Autónomas a las que corresponde suceder.

Para ambas figuras se encuentra asimismo fundamento en nuestro Derecho a través de su reconocimiento en la Constitución Española, y en la garantía y protección constitucionales de la propiedad y de la herencia, encuentra, a su vez, reconocimiento la autonomía particular.

¹²CIMBALI: “La nuova fase del diritto civile”, en *Opere Complete*, I, 4ª ed, Torino, 1907, págs. 204 y ss. La doctrina de CIMBALI ha sido frecuentemente utilizada y reelaborada para explicar el fundamento de la sucesión testamentaria.

1.1.5. Importancia actual de la sucesión *mortis causa*

1.1.5.1. La pretendida pérdida de importancia de las instituciones del Derecho sucesorio

El fenómeno sucesorio ha podido organizarse históricamente de muy diversas formas, y, en dependencia de múltiples factores, han acabado prevaleciendo los sistemas que consideran la herencia principalmente desde una perspectiva patrimonial, como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones —de relaciones jurídicas— que han de atribuirse a un titular, toda vez que el que hasta ese momento lo era ha desaparecido.

A pesar de su relevancia teórica e histórica, se habla con frecuencia de una pérdida de importancia actual de las instituciones tradicionales del derecho sucesorio. Este fenómeno traería causa, por un lado, de su progresiva pérdida de funciones, dado que sus fines se estarían consiguiendo con ventaja incluso a través de instituciones ajenas al Derecho sucesorio (lo que se afirma sobre todo en relación con el testamento), en las que se buscan formas alternativas de transmisión de los bienes; por otro, de su cada vez menor importancia económica, debido a la ausencia actual de los “grandes patrimonios” que en otros momentos históricos daban sentido a estas instituciones.

Es cierto que han aparecido en las sociedades modernas mecanismos que facilitan la transferencia de la titularidad de los bienes más allá de la muerte de la persona por cauces distintos de las figuras tradicionales (donaciones supeditadas a la muerte del causante, cesión de cuotas de participación en sociedades, mandatos *post mortem*, pactos establecidos en los Estatutos sociales sobre la continuidad de la empresa tras la muerte de un socio, cuentas de ahorro indistintas, seguros para causa de muerte, constitución de fundaciones, etc.). Paralelamente, es también cierto, se regulan minuciosamente aspectos concretos conectados con la muerte de la persona en ámbitos ajenos al derecho sucesorio, como los seguros sociales en caso de muerte del trabajador, la normativa de la Seguridad Social relativa a la pensión de viudedad, etc.

El resultado es, como señala LÓPEZ Y LÓPEZ¹³, que las instituciones tradicionales de la sucesión *mortis causa* se ven afectadas, al menos, en un triple sentido: una progresiva reducción del uso del testamento, por cuanto aparecen manifestaciones de la autonomía privada distintas estructuralmente, pero que se subrogan en sus funciones; una alteración en el orden de los llamamientos en la sucesión *ab intestato*, en la medida en que defieren bienes fuera del círculo tradicional de la familia; y, en muchos casos, una restricción a la autonomía de la voluntad, por tratarse de regulaciones de derecho necesario.

1.1.5.2. Crítica de esta posición

Sin embargo, como señala el propio autor, no es conveniente magnificar el avance de estos fenómenos, cuya valoración tiene también que ver con la actitud ideológica

¹³LÓPEZ y LÓPEZ, A., “La garantía institucional de la herencia”, ob. cit., pág. 37.

que se adopte ante ellos¹⁴. Siguen existiendo patrimonios hereditarios de importancia regidos por las normas sucesorias del Código civil y los derechos civiles territoriales, y a estas corresponde suministrar la visión global y la solución de los problemas de carácter general que plantea la sucesión por causa de muerte, y, adicionalmente, las instituciones tradicionales del derecho sucesorio siguen cumpliendo su función para un gran número de supuestos¹⁵.

En referencia al testamento, se ha afirmado que su pretendida crisis tiene quizás más que ver con consideraciones de tipo fiscal que de otro orden¹⁶, y en nuestro Derecho, se señala, se produce mucho más en el ámbito de la sucesión contractual, constatándose la escasa utilización de los pactos sucesorios en aquellos lugares en los que esta figura está permitida¹⁷.

Por otro lado, las profundas modificaciones a que se han visto sometidas otras instituciones, como las familiares, y los cambios en su regulación en nuestro Derecho en aspectos tan relevantes como el testamento, los derechos sucesorios de las uniones extramatrimoniales, los de los hijos en los nuevos modelos familiares, las disposiciones testamentarias favorables a los discapacitados y/o incapacitados o la situación de la

¹⁴LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “La garantía institucional de la herencia”, ob. cit, pág. 37, nota 10. El autor cita al respecto distintas posiciones en el derecho italiano y alemán que van desde el pensamiento social-cristiano al marxismo canónico.

¹⁵En defensa de la importancia de la herencia como mecanismo de distribución *mortis causa* de los bienes, para la estructura política y para los propios beneficiarios puede consultarse LASARTE, C. *Principios de Derecho Civil (VII). Derecho de Sucesiones*. Sexta edición, 2010. Ed. Marcial Pons, págs. 5–6. Para LASARTE, desde un punto de vista patrimonial, hay actualmente muchas más herencias que antaño, y una mejor distribución de la riqueza entre el conjunto de la ciudadanía, que redundan en mayores cotas de bienestar y de capacidad adquisitiva.

¹⁶Frecuentemente en la doctrina italiana. Vid. DE GIORGI, *I Patti sulle successione future*, Jovene ed. Napoli, 1976 cit. págs. 11 y ss. Entre nosotros, se ha mantenido que la prohibición de los pactos sucesorios en el Código civil contribuye a la existencia de un gran número de contratos simulados. Vid. RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, vol I, Ed. Ministerio de Justicia, 1991, págs. 466 y sigs.

¹⁷Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La sucesión contractual en el Código civil*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1999. Págs. 90–91.

La pérdida de importancia de los pactos sucesorios ha sido también señalada para el derecho civil catalán por LÓPEZ BURNOL quien destaca que “*la culminación de su construcción dogmática de esta institución coincide prácticamente con su ocaso*”. Se trata de un argumento reiterado por la doctrina, si bien, desde el punto de vista legislativo, no parece el camino señalado por la normativa civil catalana, cuya Ley 10/2008 de 10 de julio introduce importantes modificaciones en los pactos sucesorios que ha conocido el Derecho de Cataluña tradicionalmente, en forma de donación universal o heredamientos, que han quedado regulados de una forma mucho más abierta y flexible. Así, este nuevo sistema de sucesión contractual prevé que los pactos sucesorios no se limiten a la institución de heredero, sino que se puedan pactar también conjuntamente con los heredamientos la realización de atribuciones particulares equivalentes a los legados de la sucesión testamentaria. Asimismo, la sucesión contractual se ha desligado de su contexto matrimonial, pudiendo acordarse los pactos con el cónyuge o conviviente, con la familia de éste o con la familia propia, dentro de un cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad. Vid. LÓPEZ BURNOL, en *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, 1994, pág. 330

empresa familiar, por poner solo algunos ejemplos, afectan necesariamente a las instituciones del Derecho sucesorio¹⁸ e imponen su actualización en múltiples aspectos.

Ocurre que la tradicional organización del derecho sucesorio y la configuración y estructura de sus principales instituciones se ven necesariamente afectadas por el contexto económico y por los propios cambios en la estructura social y de la familia, y en su legislación, pero esto pertenece a la esencia misma del derecho y su necesaria evolución, y no es en absoluto señal de la pérdida de importancia de las instituciones tradicionales de la sucesión *mortis causa*, sino más bien condición de su pervivencia y utilidad.

1.1.6. Objeto de la sucesión

1.1.6.1. Planteamiento de la cuestión

En directa relación con el problema de la ordenación del destino de los bienes, se encuentra el de la delimitación del objeto de la sucesión. Hemos señalado que la sucesión *mortis causa* la integran los *bona vacantia*, esto es, el conjunto de bienes y derechos, y de deudas, que no desaparecen con su titular. Ahora bien, ¿cuál es el contenido exacto de la sucesión?. De forma general responde a esta pregunta en nuestro ordenamiento el artículo 659 Cc, disponiendo que “*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte*”.

Aunque doctrinalmente criticada, la fórmula del Código civil describe el núcleo esencial de la herencia en su sentido objetivo, mostrándolo constituido por el conjunto de relaciones jurídicas del causante, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, que no se extinguen por su muerte, incluidas las que surgen de su propio fallecimiento y excluyéndose tanto las que quedan extinguidas por este acontecimiento como aquellas que estén sujetas a reglas distintas de las del Derecho sucesorio.

Es decir, básicamente el objeto de la sucesión está formado por el patrimonio del causante al tiempo de su fallecimiento, lo que constituye, una vez abierta la sucesión, el caudal relicto o hereditario. Sin embargo, aunque patrimonio y herencia son similares en su composición, patrimonio y caudal hereditario no son exactamente coincidentes, puesto que no todas las facultades y titularidades ostentadas por el causante mientras vivió pueden considerarse transmisibles *mortis causa*.

1.1.6.2. Bienes y derechos excluidos e incluidos en la sucesión

En general, cualesquiera titularidades de índole patrimonial que, ya sea por virtud de pacto, ya por disposición legal, tengan carácter vitalicio, han de entenderse extinguidas en el momento de su fallecimiento y, por lo tanto, son intransmisibles y no podrán

¹⁸Un completo estudio de esta cuestión puede consultarse en REBOLLEDO VARELA, A. L. (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, 2010, 1ª ed., donde se abordan distintos aspectos e institutos del derecho sucesorio español afectados por los cambios sociológicos y jurídicos de la familia.

integrarse en el haber hereditario, aun cuando se trate de bienes, derechos u obligaciones provistos de contenido patrimonial. Ocurrirá así, por ejemplo, con los derechos de uso y habitación de los artículos 525 y 529 del Código civil, el usufructo vitalicio del artículo 513, o los créditos intransmisibles, como los de los artículos 1732.3º y 1742 del mismo cuerpo legal.

Por carecer de contenido patrimonial, no se incluyen tampoco en el haber hereditario los derechos de carácter político, inherentes a la propia persona del causante (como el derecho al sufragio o la libertad de expresión), los ligados directamente al estado civil y de familia (y, entre ellos, las funciones o cargos familiares, como la patria potestad y la tutela), o los derechos de la personalidad. Existen algunos derechos inherentes a la persona del causante que, sin embargo, perviven tras su fallecimiento, como el derecho moral de autor, las acciones de impugnación o de reclamación de la paternidad, o las ejercitables por calumnia o injuria al causante, de reparación de su honor, etc.

En ocasiones encontramos que el legislador admite la transmisión *mortis causa* de ciertas facultades, a pesar de su carácter personalísimo y de ser discutible si constituyen realmente objeto de la herencia en sentido objetivo. Así, es frecuente recordar doctrinalmente la asunción por los herederos de las siguientes facultades¹⁹:

- Las acciones de filiación, en algunos casos.
- Algunas de las facultades que integran el derecho moral de autor, pues, salvo designación expresa de alguien por parte del autor, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos.
- El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la propia imagen de una persona fallecida, que corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento, según dispone el art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo. Ciertamente en el precepto no se habla de herederos, pero se considera generalmente que no hay dificultad para entenderlos legitimados si existe alguna cláusula genérica testamentaria referente a la transmisión de “*cualesquiera bienes y derechos que pudieran corresponder al testador*” o redactada en similares términos.
- Respecto al ejercicio de las acciones penales dimanantes de calumnias o injurias, el tema era pacífico bajo el Código Penal vigente hasta 1995, pero la modificación operada por la LO 15/2003 habla de “*querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal*”.

Finalmente, tampoco debe entenderse incluida en la herencia la suma correspondiente a un seguro de vida concertado por el causante, pues la aplicación del artículo 88 de la Ley del Contrato de Seguro, en relación con el artículo 7, preserva los derechos de los beneficiarios, disponiendo que la prestación del asegurador deberá ser

¹⁹Cfr. LASARTE, C. *Principios de Derecho Civil (VII). Derecho de Sucesiones*. Ob. cit. pág. 11.

entregada al beneficiario, el cual, como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003²⁰, “*dispone a su favor de un derecho propio y autónomo frente al asegurador*”, siendo dicho crédito “*prevalente y excluyente respecto a los herederos legítimos del tomador, ya que el referido artículo 88 establece que la prestación ha de serle satisfecha aún contra las reclamaciones de aquellos, a los que sólo les asiste el derecho al reembolso de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos*”. En consecuencia, las cantidades que deba recibir el beneficiario son de su exclusiva propiedad, sin que deban entenderse integradas en la herencia del causante.

De forma excepcional, el fallecimiento del causante puede hacer nacer para los herederos, por disposición de la ley, derechos y facultades que no existían previamente en cuanto bienes y derechos transmisibles en el patrimonio del difunto, aunque traigan causa de la previa titularidad de este. Así, se encuentran regidos por disposiciones especiales, y no por las sucesorias generales algunos derechos del causante que siguen existiendo en el momento de fallecer éste, como los títulos nobiliarios, o los derechos arrendaticios rústicos o urbanos regulados en su legislación especial. Por otra parte hay derechos que no surgen sino desde el momento de la muerte del causante, como el seguro de vida para caso de muerte del asegurado, las pensiones de viudedad u orfandad, determinadas concesiones administrativas o la indemnización por causa de muerte.

En cuanto a la sucesión *mortis causa* en la posesión, aunque ésta sea considerada un hecho, es lo cierto que da lugar a una relación jurídica entre el poseedor y las demás personas y, además, es causa de derechos para el poseedor, tales como la protección posesoria, el derecho a los frutos de la cosa, la posibilidad de prescribir, etc. Así como los terceros estaban obligados a respetar esa posesión en vida del poseedor, lo están también con relación al heredero que ocupa su puesto, puesto que la posesión de los bienes se entiende transmitida a este sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, si llega a adirse la herencia (artículo 440 Cc).

Nuestro Código establece que quien prescriba puede completar el término necesario para su prescripción uniendo, al tiempo que haya poseído, el que poseyó su causante (artículo 1960.1º). Esta transmisión de la posesión por causa de muerte, se funda en que el heredero entra en el lugar que tenía el autor y, en consecuencia, tendrá la posesión con las mismas cualidades y los mismos vicios con las que la tenía el difunto (de buena o de mala fe, pública o no, etc.), y por ese motivo, no le afectan los eventuales vicios posesorios del causante si no tuvo conocimiento de ellos, ni le aprovechan tampoco los efectos de la posesión de buena fe sino desde la fecha de su muerte (artículo 442 Cc); y esto aunque el heredero tenga este carácter como sustituto de otro que no hubiere aceptado la herencia²¹.

²⁰La Sentencia argumenta que el beneficiario del seguro es distinto de los herederos, aunque puedan coincidir, y las cantidades que como beneficiario del seguro ha de percibir son de su exclusiva propiedad, y así lo establecía el artículo 428 derogado del Código de Comercio, por lo que no se integran en la herencia del causante y, consecuentemente, no responden de sus deudas.

²¹CICU, Antonio, *Derecho de Sucesiones, Parte General*, cit., págs. 462 y ss.

Por lo demás, todos los restantes bienes y derechos de naturaleza patrimonial, trátese de derechos de crédito o de derechos reales, recaigan sobre bienes muebles o inmuebles, derechos propiamente dichos o expectativas que forman parte del patrimonio del difunto, ha de entenderse que forman parte del caudal hereditario relicto.

1.1.7. Las formas de sucesión

1.1.7.1. Modalidades sucesorias admitidas en el Derecho español

Como se ha señalado, el fenómeno sucesorio admite distintas configuraciones en razón a criterios históricos y de política legislativa, si bien, en general, los distintos ordenamientos comparten elementos con otros de su ámbito o entorno.

En la ordenación de la sucesión *mortis causa* en el Derecho español la voluntad del causante ocupa el lugar central, sea manifestada a través del instrumento testamentario o, en distintos derechos forales, del pacto o acuerdo sucesorio. Sin embargo, no se trata de una voluntad libérrima, sino limitada por reglas imperativas establecidas por el ordenamiento en beneficio de ciertos familiares del causante, y disponiéndose con carácter supletorio una serie de normas para el caso de que el difunto no haya establecido el destino de su patrimonio para el momento posterior a su muerte.

Este conjunto de normas reguladoras de la sucesión *mortis causa* dan lugar, respectivamente, a la sucesión testamentaria o voluntaria, la sucesión forzosa o sistema legitimario y, finalmente, la sucesión intestada.

1.1.7.2. La sucesión voluntaria o testamentaria y sus límites

La facultad para disponer *mortis causa* de los bienes y derechos y determinar su destino es consecuente con la facultad que sobre estos mismos bienes ostentaba en vida su titular. El instrumento que permite hacer efectiva esa voluntad es fundamentalmente el testamento, que sirve como un vehículo, dotado de especiales formalidades para las disposiciones *mortis causa* del causante. Las reglas de sucesión referidas al testamento y las contenidas en el mismo constituyen la sucesión testamentaria, cuya regla principal puede resumirse en la prevalencia de la voluntad del testador, la cual es considerada “ley de la sucesión”, a la que se someten cualesquiera exigencias y requerimientos de la sucesión, si bien ella misma encuentra el límite de las normas imperativas del ordenamiento positivo.

La voluntad del causante se expresa también a través de los denominados pactos sucesorios, que se celebran normalmente entre aquel y sus familiares más cercanos, con el fin de ordenar la sucesión de los bienes y garantizar la institución de heredero o la autoridad doméstica del cónyuge viudo. A diferencia de los Derechos civiles territoriales que admiten dichos pactos (y especialmente de Derechos como el catalán y el balear, en los que la institución de heredero es esencial), el Código civil niega, en general, validez a los pactos sobre la herencia futura y no considera esencial la existencia de heredero ni para la validez del testamento ni para la sucesión *mortis causa*.

La libertad de que goza el testador en el establecimiento del destino de sus bienes para cuando fallezca no alcanza tal grado que no conozca límites en el Derecho sucesorio. De hecho, no existe en nuestro Derecho comparado europeo, a pesar de la diversidad de sistemas, ninguna legislación que reconozca carácter absoluto a la libertad de testar²².

Estos límites se establecen en nuestro Derecho en forma de normas de carácter imperativo, cuyo núcleo lo constituyen las que se dirigen a asegurar para determinados familiares una cuota o porción en la sucesión, que se denomina legítima, y que se dispone por la ley con independencia de la voluntad del causante. El sistema legitimario, que para un amplio sector de la doctrina constituye una de las más urgentes modificaciones de todo nuestro Derecho sucesorio²³, actúa, así, como contrapeso de la libertad de testar que nuestro ordenamiento consagra, y ha encontrado tradicionalmente su fundamento en la solidaridad intergeneracional entre los miembros de una familia, en la que se incluye, a estos efectos, al cónyuge²⁴.

Para esta fuerte vinculación con las instituciones familiares pueden hallarse razones de tipo histórico, religioso, o económico, entre las que se cuenta la contribución de la propia familia a la creación y acrecentamiento del patrimonio. Del mismo modo, la presencia constante del Estado, no solo como eventual adquirente de los bienes vacantes —lo que remite en definitiva a la concepción del Estado como titular último

²²Para un estudio del Derecho comparado puede consultarse VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Rev. Indret, Revista para el análisis del derecho*, Julio 2007, págs. 3 a 7, www.indret.com/pdf/457~_es.pdf. Fecha de consulta: 25 de julio de 2012. El autor realiza asimismo propuestas concretas para la modificación legislativa de las legítimas, (pág. 14), mostrándose partidario de las cuotas legitimarias fijas, y destacando la necesidad de ponderar los elementos de la libertad de testar, la solidad intergeneracional y la posición del cónyuge viudo.

²³Son muchos los autores que en nuestra doctrina abogan por una modificación del sistema de legítimas que deje mayor espacio a la libertad de testar, en la línea de una reducción de las cuotas, de los familiares con derecho a ellas, o de ambos elementos. Al mismo tiempo, sin embargo, suele proponerse una mayor protección del cónyuge superviviente, incrementando su participación en la sucesión del premuerto. Entre los críticos con el sistema legitimario en su actual configuración pueden citarse DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P. “Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión”, en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Madrid, 2002, MAGARIÑOS BLANCO, V., “La libertad de testar”. *Revista de Derecho Privado*, núm. septiembre-octubre, 2005, págs. 20 y ss., COBAS COBIELLA, M^a E., “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, págs. 4896–4899, o VALLADARES RASCÓN, y DELGADO ECHEVERRÍA, J en su ponencia “Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones” en *Derecho de Sucesiones: presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander, 9 al 11 de febrero de 2006, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2008.

²⁴El propio fundamento tradicional de la legítima, que la considera basada en el *officium pietatis* o deber de amor entre los más próximos y correlato, para después de la muerte, de la institución de alimentos, se pone hoy en discusión sobre el argumento de la profunda transformación experimentada por la institución familiar y en las condiciones sociales y económicas en que ésta se desenvuelve. Cfr. VALLADARES RASCÓN y DELGADO ECHEVERRÍA “Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones”, cit. Este último autor volvería después sobre el mismo asunto en “¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil?: Un ejercicio de prospectiva”, *Rev. Nul: estudios sobre validez e ineficacia*, n^o 1, 2009. En este trabajo, el autor considera la reforma de las legítimas —a la baja— uno de los puntos más importantes de una futura reforma del Derecho sucesorio español.

de los bienes de todos sus súbditos—, sino de orden fiscal y social, se presenta ligada a los principios de distribución de la riqueza y al propio papel de la organización social en la formación del patrimonio del causante.

1.1.7.3. La sucesión intestada

La sucesión intestada halla su justificación en que el causante puede no haber hecho uso de la libertad de testar, o resultar insuficiente la designación testamentaria. En tales casos, la propia ley ha de proveer de sucesores a través de reglas de carácter supletorio, por las que resultan designados de este modo el cónyuge viudo, en su caso, los familiares en línea recta, con exclusión de los ascendientes por los descendientes, si los hay, e incluso los colaterales. Para el caso de ausencia de familiares, se prevé que el Estado (o en su caso, las Comunidades Autónomas que lo han previsto) ocupe la posición de heredero.

1.1.7.4. La sucesión contractual

La sucesión contractual es rechazada por el Código civil (artículo 1271.2), a diferencia de otros ordenamientos civiles territoriales, en los que resulta generalmente admitida. Ocurre, así, por ejemplo, en el Derecho catalán, que no admite, sin embargo, la compatibilidad entre la sucesión testada y la intestada²⁵.

Las razones de este rechazo normativo, menos riguroso de lo que *a priori* pudiera deducirse de la norma, remiten a la propia tradición del Derecho romano, asumida en las *Partidas*, y guardan relación con la supuesta inmoralidad de los contratos sucesorios, que podrían llevar a desear la muerte del causante —el llamado “*votum mortis*”—, con el carácter irrevocable de estos pactos, que chocaría con la revocabilidad esencial del testamento como manifestación de la libertad del testador, y con la imposibilidad de reconocer existencia a un contrato sobre la herencia futura por faltarle el objeto.

No obstante, el rechazo general del Código Civil a los pactos o contratos no impide excepciones a la regla, como las donaciones de bienes futuros para el caso de muerte a que se refiere el artículo 1341.2 al establecer que los futuros esposos “*podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte,*

²⁵La nueva configuración jurídica de la *sucesión* contractual en Cataluña constituye, como reconoce su Preámbulo, una de las novedades de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. La nueva regulación ha introducido incluso la regulación especial, aunque mínima, de la figura del *pacto sucesorio de atribución particular* (arts. 431–29 y 431–30 CCCat), conocido en la mayoría de los derechos civiles territoriales, el cual permite la realización de atribuciones a título particular, por parte del causante, a imagen y semejanza de los legados en la sucesión testamentaria, sin que deba necesariamente instituir heredero en dicho pacto sucesorio. La falta de una regulación unitaria de los pactos sucesorios en el Código civil de Cataluña (como la abordada en el derecho alemán o el suizo) ha sido censurada, por ejemplo, por NAVAS NAVARRO, Susana. “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya”. *Rev. Indret, Revista para el análisis del derecho*, mayo 2009. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2012, www.indret.com.

y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada”, entendiéndose por la doctrina que nos hallamos ante un verdadero pacto sucesorio, pues puede dar lugar, según los casos, a una institución de heredero o a la atribución de un legado. Otro tanto ocurre con las promesas de mejorar y no mejorar y las mejoras “*inter vivos*”) (arts. 826 y 827 Cc).

Del mismo modo, el art. 831 del Código civil es considerado por la doctrina un supuesto de pacto sucesorio, atendido el contenido del precepto en el que se recoge que “*podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que, muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante*”.

1.1.8. Las denominadas fases del fenómeno sucesorio. Especial referencia a la fase de aceptación y adquisición de la herencia

Por su importancia y complejidad, el fenómeno sucesorio no se produce de manera instantánea, sino que es producto del desenvolvimiento de un proceso en el que se pueden identificar distintos momentos, estados u operaciones intelectuales. Las denominadas “fases del fenómeno sucesorio”, a las que en ocasiones se alude como *adquisición de la herencia*, tomando una parte por el todo, se corresponden con estados o momentos en que puede encontrarse la herencia, con independencia de que sean coincidentes, se sucedan en el tiempo, o, como queda dicho, que se trate de operaciones intelectuales sin referencia temporal concreta, y se conocen con las denominaciones de apertura de la sucesión, vocación, delación y adquisición de herencia.

1.1.8.1. Apertura de la sucesión

La apertura de la sucesión coincide naturalmente con el fallecimiento de la persona a la que la sucesión se entiende referida. Resulta así del artículo 657 del Código civil, que establece que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten “*desde el momento de su muerte*”, de la que, de hecho, constituye un efecto jurídico. La muerte determina así la propia extinción de la personalidad (artículo 32 Cc) y, por tanto, que todas las posiciones y relaciones jurídicas que se imputaban a su persona queden temporalmente vacantes.

Sin solución de continuidad, tales titularidades, siempre “*que no se extingan por su muerte*” (artículo 659 Cc) se convierten en herencia y pasan a sus herederos, procediéndose a la apertura de la sucesión. El lugar y momento de la apertura de la sucesión son trascendentes para múltiples aspectos del derecho hereditario. Al momento de la muerte vienen referidas cuestiones como la ley rectora de la sucesión, los derechos hereditarios de los hijos adoptivos, la determinación de la existencia, capacidad para suceder y dignidad sucesoria de la persona llamada a la herencia o legado (artículo 758

Cc), la determinación de los bienes y derechos que han de conformar el caudal relicto, que serán los que existan en ese momento, y de las deudas hereditarias o la retroacción de los efectos posesorios, entre otras.

Es desde el momento de la muerte desde el que se entiende que los derechos son adquiridos por el heredero (si hay aceptación y salvo que exista condición), en virtud del efecto retroactivo de la aceptación (art. 969 Cc). El lugar de fallecimiento del causante, por su parte, determina la competencia de los Tribunales²⁶.

A la muerte se equipara la firmeza de la declaración de fallecimiento, por lo que, hecha esta declaración respecto del titular del patrimonio, “*se abrirá la sucesión en los bienes del mismo*” (artículo 196.1 Cc).

1.1.8.2. Vocación

La vocación está encaminada a determinar quiénes son las personas que, en principio, han sido llamadas a la herencia en condición de herederos. La determinación de los llamamientos dependerá, según los casos, de las correspondientes disposiciones testamentarias, de la aplicación de las reglas sobre la sucesión intestada o, en su caso, de ambas conjuntamente, dado que en el sistema establecido en el Código civil ambas pueden coexistir, pudiendo deferirse la sucesión, conforme al artículo 658 “*...por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. ... Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley*”²⁷.

Dado que la calificación de la capacidad del heredero se hace teniendo en cuenta el momento de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata (artículo 758 Cc), este es también el tiempo en que tiene lugar la determinación de las personas que, ya por llamamiento de la ley, ya por disposición del testador, podrían llegar a adir la herencia.

Los llamamientos a la herencia pueden incluir a más personas de las que finalmente constituirán el elenco definitivo de los herederos, lo que puede deberse a que el testador haya establecido sustituciones entre ellos, o a que haya sometido la institución a

²⁶Del momento y lugar de apertura de la sucesión y del juez competente para conocer de la misma se ocupa de forma expresa el artículo 411-2 del Código Civil de Cataluña, que bajo la rúbrica “*Apertura de la sucesión*”, establece:

1. *La sucesión se abre en el momento de la muerte del causante, en el lugar donde ha tenido el último domicilio.* 2. *El juez competente en materia sucesoria es el del último domicilio del causante y, a falta del último domicilio conocido, el del lugar donde se halla la mayor parte de los bienes.*

²⁷La incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la legal es un principio asentado en el Derecho romano, y vigente en algunos Derechos civiles territoriales, (como ocurre, por ejemplo, con el Derecho Civil de Cataluña), pero rechazado expresamente por el artículo 658 C., que, sin perjuicio de su preferencia por la sucesión testamentaria (“*... y, a falta de este [el testamento], por disposición de la ley*”) admite la posibilidad del doble llamamiento, con la especialidad de que, de conformidad con el artículo 1009.2º Cc, si se repudia la sucesión *abintestato*, conociendo el otro llamamiento, se entiende repudiada la sucesión testamentaria.

condición, o al hecho de que el Código convoca o llama como sucesores *abintestato* a diversas clases de parientes que, sucesivamente, pueden manifestar si aceptan o no la herencia.

1.1.8.3. Delación

Para que un eventual heredero acepte o repudie la herencia, no basta la vocación, sino que ésta le ha de ser ofrecida o deferida previamente de forma concreta. Al momento o fase en la que el heredero llamado puede manifestar si acepta o no la herencia deferida se le llama delación y a la facultad que se ejercita a través de dicha declaración se le conoce técnicamente, en expresión latina, como *ius delationis*.

En consecuencia, como señala LACRUZ²⁸, para que una persona sea heredero, no basta con que sea llamado: ha de ofrecérsele asimismo la herencia para su aceptación, siendo la delación ese ofrecimiento de la herencia, que se inicia cuando nace la oportunidad de aceptar la herencia y termina con la aceptación, de forma que podríamos decir que la vocación depende de la voluntad del causante o del parentesco, mientras que la delación depende de la ley.

La necesidad de distinción entre una y otra fase viene determinada fundamentalmente por el hecho de que en la mecánica sucesoria la vocación no coincide en todos los supuestos con la delación propiamente dicha, como ocurre en el supuesto del llamamiento a la herencia de un *nasciturus* (artículo 29 Cc), caso en el que hay vocación desde el momento mismo de la apertura de la sucesión, pero la delación no se produce hasta el momento en que, siendo ya persona (artículos 29 y 30 Cc), quienes hayan de representarlo puedan manifestarse acerca de la aceptación de la herencia. Y lo mismo puede afirmarse en los casos en que el propio testador instituye una fundación en testamento, o cuando la institución a favor de un heredero cualquiera queda sometida a condición suspensiva cuyo acaecimiento habrá, naturalmente, que esperar.

La delación admite dos formas: la testamentaria y la legítima, o legal o *abintestato*. La primera, deferida en testamento, es la única a través de la cual se admite en el Código civil la expresión de la voluntad del causante. La segunda, basada en el parentesco, es deferida por la ley, y opera generalmente, en defecto de la primera. La sucesión legítima o forzosa no es considerada, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, como una tercera modalidad de delación, sino como un límite a la libertad del causante establecido a favor de ciertos parientes de grado más próximo.

Para que pueda producirse la delación, es necesario que la sucesión esté abierta, que el llamado tenga capacidad para suceder y que sobreviva al testador o causante, si bien debe precisarse que la delación sólo la recibe aquél de los llamados que tenga “*vocación preferente*”, y únicamente, en caso de frustrarse la primera delación, la recibirán los llamados de grado siguiente.

²⁸LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de derecho civil, Vol. V, Sucesiones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, pág. 28.

Concebido el *ius delationis* como un poder o facultad atribuido al llamado, mediante el cual este puede aceptar o repudiar la herencia²⁹, puede entenderse que, cuando el llamado a una herencia fallece antes de expresar su voluntad, es decir, sin aceptar ni repudiar la herencia, este poder o facultad se transmite a sus herederos. A la transmisión del *ius delationis* se refiere el artículo 1006 del Cc: “*por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*”.

El *ius delationis* integra así la masa hereditaria del segundo causante o transmitente. En el caudal hereditario existe un derecho que no se ha ejercitado, cuyo contenido consiste en la facultad de aceptar o repudiar la herencia, de suerte que, al hallarse comprendido en el haber hereditario del segundo causante, para poder ejercitarlo en un sentido u otro es necesario que previamente se haya aceptado tal herencia, de forma que sus herederos podrán aceptar la herencia del transmitente y repudiar la del primer causante, pero en ningún caso podrán aceptar la herencia del primer causante y repudiar la del transmitente³⁰.

1.1.8.4. Aceptación y adquisición de la herencia

A. Sistemas adquisitivos y modalidades de aceptación de la herencia. La aceptación por una pluralidad de herederos

Históricamente suele hablarse de dos sistemas de adquisición hereditaria, distintos en cuanto al momento en que se entiende adquirida la herencia y producidos los efectos de dicha adquisición.

El sistema de adquisición hereditaria por delación no admite solución de continuidad entre la muerte del causante y la adquisición por el heredero, tal y como ocurría históricamente en el Derecho romano con los *heredes sui et necessarii*. No existe un periodo de tiempo durante el cual la herencia carezca de titular, puesto que con el fallecimiento del causante tiene lugar, en el mismo momento, la adquisición de la titularidad de los bienes por el heredero. En este sistema, se entiende que la herencia pasa automáticamente, *ipso iure*, al heredero desde la muerte del causante, es decir, se hacen coincidir delación y adquisición de la herencia³¹.

²⁹DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, 7ª edición, Madrid, 1998, pág. 335.

³⁰En este sentido se han manifestado distintas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre ellas las de 20 de septiembre 1967 y 23 de julio de 1986.

³¹Por eso afirma ROCA SASTRE que la situación de herencia yacente no puede darse en los regímenes de los Códigos alemán y suizo, dado que no se dan los presupuestos necesarios para su existencia, como tampoco puede tener lugar en los Códigos francés e italiano, a diferencia de lo que ocurre en el Código español. Cfr. ROCA SASTRE, R. M^a, “*L’herencia jacent, construccions jurídiques sobre la seva titularitat*”, en *Estudios sobre Sucesiones*, tomo I, Instituto de España, Madrid, 1981, págs. 219–221.

En parecidos términos se expresa CHAMORRO PIÑERO, para quien el problema de la herencia yacente no cabe plantearlo en sistemas como el francés o el germánico, dado que en ellos el heredero “*si bien tiene el derecho de repudiar la herencia, se presume haberla aceptado y adquirido de pleno derecho desde la muerte del causante*”. Vid. CHAMORRO PIÑERO, S., “*Los derechos hereditarios*”, *RGLJ*, I, 1941, pág. 315. Algún autor, como ESPINAR LAFUENTE, ha defendido que el Código Civil español acoge el sistema de adquisición automática de la herencia y que, en consecuencia, nuestro

Sin embargo, en el sistema de adquisición de herencia por aceptación, la delación solo atribuye al heredero la posibilidad u opción de aceptar, y la aceptación es un acto de voluntad que no se produce, o no se produce frecuentemente, en el instante mismo de la muerte del causante, y que incluso puede demorarse, de modo que en este sistema existe un periodo de tiempo en el que la herencia se encuentra sin dueño actual, a la espera de que algún heredero la acepte y adquiera, y ese es el espacio de tiempo en que se habla de herencia yacente³².

Esta concepción, que asocia el modo de transmisión de la herencia a la existencia o no de la situación de herencia yacente, a la que se considera simplemente como una herencia pendiente de aceptación, ha sido criticada por un sector de la doctrina como propia de una idea tradicional de la herencia yacente que necesita ser revisada y de una contraposición entre los sistemas de transmisión que no puede sostenerse, o, al menos, no de un modo tan definitivo³³.

Nuestro sistema exige que, para ser considerado alguien heredero, como regla, preceda la aceptación de la herencia, formulada a través de un acto “*enteramente voluntario y libre*” (art. 988 Cc), cuyos efectos se retrotraen “*al momento de la muerte de la persona a quien se hereda*” (art. 989 Cc). A los efectos de la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios, sin embargo, no basta la aceptación de la herencia, sino que se requiere también la aprehensión material de los bienes, a cuyo objeto el heredero dispone de los sistemas de adquisición previstos en el artículo 438 del Cc y, sólo a partir de aquel momento, la posesión producirá efectos retroactivos, entendiéndose transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, conforme a la previsión del artículo 440 Cc.

Por lo tanto, exista delación o solo vocación, mientras los herederos no se hayan pronunciado en favor de la herencia, nos encontraremos frente a la situación conocida bajo la expresión de “herencia yacente”, que describe el estado en que se encuentra la misma en lo que se denomina *vacatio* de la herencia, es decir, en el período comprendido entre la apertura de la sucesión (que tiene lugar, como hemos indicado, con la muerte del causante) y la aceptación de la herencia. La aceptación (y la repudiación) de la herencia suponen el ejercicio del *ius delationis*, que trae como consecuencia la

derecho no admite la situación de herencia yacente. Cfr. ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, pág. 145.

³²Cfr. ROCA SASTRE, R. M^a., “La adquisición hereditaria en el Derecho Comparado”, en *Estudios sobre Sucesiones*, tomo I, Instituto de España, Madrid, 1981, págs. 425–426.

³³Cfr. MONJE BALMASEDA, Óscar, “El concepto de la herencia yacente y su tradicional vinculación al sistema de adquisición hereditario”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS y FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, (coords.) Vol. 2, 2004, págs. 3311–3334.

Así, para GITRAMA, el sistema de adquisición hereditaria automática o *ipso iure* no excluye supuestos en los que la herencia se encuentra temporalmente sin titular “*como acontece cuando la delación se produce en fecha posterior a la muerte del causante; p. ej., en el supuesto de heredero instituido bajo condición suspensiva*”. Vid. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al código civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, Silvia (dir.), tomo XIV, vol I, arts. 988 a 1034 del Código civil. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pág. 36.

asunción de la cualidad de heredero y la adquisición de la herencia, o la no asunción de aquella cualidad y, en consecuencia, la no adquisición de la herencia.

A través de estos actos se pone fin a la situación de interinidad y se asume, en su caso, la cualidad de heredero con efectos no solo adquisitivos de los bienes y derechos que integran la herencia, sino también de adquisición posesoria y confusión de patrimonios. Cuando, tras la delación, el llamado manifiesta su aceptación de la herencia —o realiza actos a los cuales la ley atribuye esa consecuencia— pasa a ser efectivamente heredero y, tras los trámites oportunos, en fase de adjudicación, le serán asignados los correspondientes bienes hereditarios, según sea heredero único o haya pluralidad de herederos.

B. Modalidades de aceptación

La aceptación puede realizarse pura y simplemente o a beneficio de inventario. Esta última modalidad, con origen en el derecho justiniano, consiste en la facultad de aceptar la herencia respondiendo de sus deudas y cargas solamente hasta el límite del valor de los bienes hereditarios. Su principal efecto es, por lo tanto, la limitación de la responsabilidad hereditaria, al constituirse la herencia beneficiada en un patrimonio separado y en liquidación. La aceptación pura y simple implica que el heredero no solo recibirá los bienes integrantes de la herencia, sino que también responderá personalmente, con sus propios bienes, de las deudas de la misma, produciéndose así la confusión de los patrimonios de causante y heredero.

C. Aceptación por una pluralidad de herederos

En caso de que sean una pluralidad de herederos los llamados a la sucesión que deciden aceptarla, éstos ingresan por la aceptación en la situación y relación de comunidad hereditaria, y, mientras no se produzca la partición de la masa hereditaria y la adjudicación a cada uno de los coherederos de bienes concretos y determinados o partes de los mismos, su derecho se proyecta sobre los bienes de la herencia como un todo, a través de la parte que en ella les corresponda. Sólo la extinción de la situación de comunidad hereditaria y la adjudicación de la herencia convierten a los herederos en directos titulares de los bienes.

Entre la aceptación y la división y adjudicación de la herencia, los coherederos ostentan respecto de la misma y sus bienes el llamado derecho hereditario *in abstracto*. El coheredero carece de derecho real sobre bienes concretos de la herencia hasta que tiene lugar la división y adjudicación de los mismos, pero el ordenamiento atribuye al mismo, en virtud de este derecho hereditario *in abstracto*, distintas facultades:

- (a) La facultad de enajenación de la propia cuota (artículo 399 Cc), así como las de su gravamen y anotación registral (artículos 42 y 46, in fine de la LH).
- (b) El poder jurídico de retracto del mismo derecho de los restantes coherederos (artículo 1067 del Cc).

- (c) La anotación preventiva del derecho hereditario cuando este no recaer sobre bienes concretos (artículos 42.6 y 46 de la LH y concordantes del RH).
- (d) La integración en la comunidad hereditaria.

Aunque la partición y adjudicación de los bienes (que convierte a este derecho “*in abstracto*” en un derecho “*in concreto*” de cada heredero sobre los bienes y derechos atribuidos) constituye la forma “natural” de finalizar la situación de indivisión, y la que el Código civil ha previsto, no siempre ocurre así. Como examinamos en el Capítulo XI de este trabajo, existen formas no particionales de extinción de la comunidad hereditaria —frecuentemente calificadas de marginales— y supuestos en los que se produce la transformación o sustitución de esta situación en otras distintas (de comunidad ordinaria, de sociedad, etc.), sin que se haya producido formalmente la extinción de la comunidad, planteándose distintos problemas en orden a la naturaleza de la institución resultante y al régimen que ha de aplicarse a estas situaciones y a los actos realizados por los coherederos.

1.2. Herencia

1.2.1. Noción

Aunque es frecuente hacer proceder la voz *herencia* del latín *haerentia*, como “*cosas vinculadas*”, o “*cosas que uno lleva consigo*” (*haerere* “estar adherido”)³⁴, señala J. A. PASCUAL³⁵, que, aún no estando la expresión *herencia* emparentada con la familia de *heredar*, “*el parentesco externo que mantenía con ella facilitó que su significado, tan cercano al de pertenencias, bienes, adquiriera el de bienes y derechos que se heredan, convirtiéndose así, primero, en un sinónimo de heredad y heredamiento;*

³⁴En este sentido, COROMINAS, J., que le atribuía una etimología que prescindía tanto del latín *heres* –*edis*, como del verbo *heredar*: “*antiguamente significó ‘bienes pertenecientes a algunos por cualquier concepto’, 914, y ‘dependencia de un lugar’, fin s. IX. Tomado del latín haerentia ‘cosas vinculadas’, ‘pertenencias’, neutro plural de haerere ‘estar adherido’. En castellano sufrió en su sentido el influjo de heredad, heredero y su familia, pasando a significar ‘bienes y derecho que se heredan’ sólo desde 1210, y el sentido de ‘derecho de heredar, sucesión en los bienes de un difunto’ no aparece hasta 1495 o 1615*”. COROMINAS, J. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Ed. Gredos, Madrid, 2010, pág. 295.

Por otro lado, el término latino *heres* ‘heredero’ es muy probable que esté relacionado con el griego *χῆρος* ‘despojado, vacío, privado’, del que deriva un nombre, *χηρωστῆς*, que se suele traducir como ‘pariente colateral heredero a falta de descendientes’: en la *Ilíada* se habla ya de ese concepto (5.158): ‘*allí a los dos mataba Diomedes y a los dos arrancábale la vida, y a su padre dejábale gemidos y lúgubres cuidados, puesto que a ellos no los recibió de vuelta del combate, a los dos, vivos; y parientes lejanos la hacienda se iban entre ellos repartiendo*’.

³⁵PASCUAL, J. A., “Sobre Heredar, Heredero, Herencia en la documentación latina medieval”. *Rev. Voces*, n. 12–13, 2001–2002. Ediciones Universidad de Salamanca, págs. 120 y 121. El autor acredita ampliamente esta etimología sobre la documentación latina medieval disponible en la Colección documental del monasterio de Sahagún (CDMS), complementada en algunos casos con la Colección documental de la Catedral de León (CDCL).

especializándose después para este último sentido; y terminando, al fin, por desplazar de él a las otras dos voces”.

Para HERNÁNDEZ GIL³⁶, la de herencia es la noción central del derecho de sucesiones, aunque no pueda agotar su contenido. Aparece íntimamente ligada al concepto de la propiedad, y, en particular, a la propiedad de un patrimonio (un patrimonio en tránsito), hasta el punto de que es frecuente identificarla con dicho patrimonio, y, más exactamente, con el patrimonio subsistente a la muerte de la persona. Y esto a pesar de que, como hemos señalado, el patrimonio del causante no coincide de forma exacta con el caudal hereditario y de que, por otra parte, tampoco la patrimonialidad pueda predicarse plenamente de todas las relaciones jurídicas que se integran en la herencia.

Al hablar genéricamente de “*derecho a la herencia*” (como lo hace el artículo 33 de la Constitución, por ejemplo) o recurrir a expresiones similares, es evidente que se está utilizando el término “*herencia*” en un sentido amplio, equivalente a la propia sucesión *mortis causa* o, en definitiva, al hecho (o derecho) de suceder, esto es, al fenómeno hereditario en su conjunto.

1.2.2. Propiedad privada, familia y herencia

Como se ha señalado, todos los ordenamientos que conocen en medida más o menos amplia las instituciones de la propiedad privada y la familia conocen también un régimen sucesorio. Para SANZ MARTÍN³⁷, parece clara en la evolución histórica de estas instituciones la íntima relación entre familia, propiedad y herencia, al punto que del concepto de familia depende el de herencia, y que en relación con el concepto de herencia esta el de propiedad³⁸.

No obstante la vinculación entre propiedad privada, familia y régimen hereditario, es preciso notar que ésta varía en los distintos sistemas, y que es también contingente en función de circunstancias históricas, sociales, económicas, culturales, etc. Es más, para algunos autores, como RESCIGNO³⁹, los cambios en la realidad social y jurídica han determinado actualmente una debilitación de la correlación entre ellos.

³⁶HERNÁNDEZ GIL, A., *Derechos Reales. Derecho Sucesorio*. Obras Completas, tomo IV, cit. pág. 461.

³⁷SANZ MARTÍN, L., “Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la familia en el Derecho Romano arcaico”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII (2010) 197–214, pág. 214.

³⁸De hecho, en los primitivos derechos la sucesión se reduce a un aspecto de las relaciones familiares, siendo su única finalidad la de perpetuar la familia y continuar el culto doméstico. El derecho de primogenitura y la masculinidad solucionaban automáticamente el problema de quién ostentaba la jefatura familiar.

³⁹RESCIGNO, P.: *Introduzione al Trattato de Diritto privato, V. Successioni*, Torino, 1984, citado por LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel, “La garantía institucional de la herencia”, cit., nota 3, pág. 32.

1.2.3. Sentidos subjetivo y objetivo de la herencia

Para facilitar un concepto jurídico de la herencia, suele distinguirse en la misma un doble sentido. En un sentido subjetivo, en cierto modo equivalente al de sucesión hereditaria, la herencia sería la acción por la que una persona (heredero), se subroga en la universalidad de derechos y obligaciones de otra (causante) al fallecimiento de ésta. Esta es la noción que aporta la tradición romana⁴⁰ y también la que implícitamente acoge el artículo 660 del Código Civil cuando llama “heredero” al sucesor a título universal.

En un sentido objetivo, sin embargo, la herencia es según CASTÁN TOBEÑAS⁴¹ “*la masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de sucesión*”. En este sentido, como masa de bienes y en relación con el causante, se le llama también *caudal relicto*, o *caudal hereditario*. Es decir, implica la subrogación de una persona en todos los derechos y obligaciones del causante. A este aspecto objetivo de la herencia se refiere el Código Civil al entender comprendidos en la herencia “*todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*” (artículo 659). De hecho, el Código Civil español define al heredero, diferenciándolo del legatario, como “*el que sucede a título universal*”, y esa sucesión en el todo inspira también el artículo 661, conforme al cual “*los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*”.

A estas consideraciones de la herencia como acción sucesoria universal o como conjunto de bienes, derechos y obligaciones suele incorporarse una acepción, menos técnica si se quiere, denominada a veces “remanentista”, que ve en la herencia simplemente el remanente de bienes dejados por el causante a sus herederos una vez satisfechas sus deudas y obligaciones. Tampoco faltan quienes aúnan las dos consideraciones fundamentales de la herencia, entendiéndola como la totalidad indeterminada de los bienes del difunto, o una cuota de ella, que se transmite a un tercero, el cual viene a sustituirle en todas las relaciones jurídicas transmisibles, incluidas las pasivas y las de carácter posesorio, en las cuales subentra como titular.

1.2.4. Modos de concebir la herencia. Idea y crítica de las distintas concepciones

Las distintas nociones sobre la herencia son con frecuencia trasunto de las concepciones formadas históricamente con el fin de intentar explicar el fenómeno de la sustitución o subrogación del heredero en los derechos y obligaciones del causante.

En general, puede distinguirse entre aquellas concepciones que se centran en el aspecto objetivo o patrimonial y la consideran como un patrimonio unificado o *universitas*, las centradas en la idea de la personalidad (sea a través de la identificación de la

⁴⁰Digesto Libro 50, título 17, ley 62: “*Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*” (“La herencia no es otra cosa que la sucesión en todos los derechos que hubiera el difunto”).

⁴¹CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol I. Pág. 52

persona del difunto con la del heredero, sea considerando a este como continuador de la personalidad de aquel), y las que, con distintos matices, se centran en el concepto de *successio*, entendido como fenómeno que se produce al subentrar el heredero en la posición jurídica del difunto.

Las consecuencias que se derivan de los distintos modos de concebir la herencia son importantes a la hora de fijar su naturaleza jurídica, determinar el peso que se otorga al elemento patrimonial respecto de los elementos personales, familiares o sociales y conocer a ciencia cierta qué es lo que se transmite, si un patrimonio unificado o bienes, derechos y obligaciones concretos. En consecuencia, expondremos a continuación los elementos que conforman las ideas o concepciones de la herencia con mayor influencia y repercusión doctrinal.

1.2.4.1. Idea de la herencia como un patrimonio unificado o “*universitas*”

La herencia, entendida como el patrimonio subsistente de la persona cuando desaparece por la muerte, se nos presenta como una unidad patrimonial, es decir, como un conglomerado jurídico que aglutina derechos y obligaciones formando un todo orgánico o universalidad, capaz de ser considerado por el Derecho y transmitido como tal.

La concepción de la herencia como “*universitas*” aparece en el Derecho romano unida desde su origen a la propia palabra “*hereditas*”, recogida en la celebre definición de JULIANO: “*hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*”⁴². La definición se reproduce, como veremos, posteriormente por GAYO.

En el concepto de *hereditas* se pone de manifiesto el valor unificante del *nomen* en el derecho romano, como destaca GAYO⁴³, ya que en él se integran unitariamente las “*universae res hereditate*”. Así lo vemos en el pasaje de ULPIANO⁴⁴ en el que se dice que “*hereditas nomen iuris est, quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur*”. La herencia aparece, por tanto, con arreglo a su *nomen iuris*, con el significado de una situación compleja unificada que tiene identidad propia con independencia de los elementos patrimoniales que en su caso la integren, los cuales pueden aumentar o disminuir⁴⁵.

⁴²Juliano, L. 62, D., de reg. jur. L. 17.

⁴³Gai 2.14 = D. 1.8.1 (Gai. 2 inst.)

⁴⁴D. 50.16.178.1; Ulp. 2 Sap

⁴⁵Véase BIONDI, *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, BIDR, 61. Milano, 1958.

Importa señalar que en la concepción romana de la herencia como *universitas*⁴⁶, ésta alude tanto al objeto como al acto de transmisión del objeto. En el primer sentido, la herencia se configura como un conjunto de derechos y obligaciones, de relaciones jurídicas patrimoniales que se funden en una unidad ideal; en el segundo sentido, se entiende que esa *universitas* se transmite en un solo acto, sin que puedan apreciarse tantos actos singulares de transmisión cuantas relaciones jurídicas integran esa unidad ideal de la herencia, lo que permite también afirmar que el heredero pasa a ocupar la posición jurídica del causante.

Esta explicación de la herencia ha sido impugnada por una parte de la doctrina, incluso con referencia al Derecho romano, entendiéndose que el concepto de *universitas* no responde en este derecho a una caracterización general de toda herencia, sino que viene referido solo a aquellas que se componen de cosas incorpóreas, siendo, por lo tanto, inservible para explicar su naturaleza y destinada solo a justificar que en determinados casos pudiera estar compuesta de ese tipo de cosas.

Entre nosotros, la teoría de la *universitas* ha sido puesta en tela de juicio entre otros autores por FERRANDIS VILELLA⁴⁷, para quien la universalidad de la herencia es un punto de vista, una consideración lógica que sirve para explicar el fenómeno hereditario, pero no representa la invención de una técnica. La unificación de las relaciones jurídicas no da lugar a una cosa universal, sino a una situación jurídica compleja o universalidad de relaciones jurídicas. La *universitas* no es una entidad, sino que expresa una operación del pensamiento sobre la entidad, es un modo de considerar las cosas. Los verdaderos objetos de derecho son las cosas en su individualidad aunque, para ciertos efectos, la consideración jurídica alude al todo⁴⁸.

En la línea de pensamiento sostenida por autores como FADDA y BENZA o GÉNY, explica BARBERO⁴⁹ que la universalidad, más que una entidad nueva que se ponga por encima de las cosas que la componen es un modo de consideración jurídica de un determinado conjunto de cosas en vista de determinadas relaciones por parte del ordenamiento jurídico. De allí se deduce que la cuota parte del comunero no es un derecho con un contenido por sí mismo, es una entidad técnico jurídica, una medida aritmética, el símbolo económico de la participación en el derecho del cual se trate.

⁴⁶Aunque nos importa aquí exclusivamente a los efectos de la herencia, el concepto de *universitas* se ha utilizado también por la moderna dogmática como punto de partida del proceso de configuración del concepto de persona jurídica. Vid. BLANCH NOUGUÉS, J. M., *Régimen Jurídico de las Fundaciones en el Derecho Romano*, Ed. Dykinson, 2007, págs. 21 y ss. BIONDI, sin embargo, critica el intento de resolver el problema de la persona jurídica con base únicamente en el concepto de "*universitas*", que no es privativo del Derecho, sino que aparece emparentado con otros como la idea filosófica de *res ex distantibus*. De hecho, incluso en términos estrictamente jurídicos la expresión tanto puede significar la totalidad como la unidad o unidades. Vid. BIONDI, Fabio, ob. cit., pág. 1 y sigs. Vid. también RE-SINA SOLA, Pedro, *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretación*. Ed. Universidad de Almería, 2012, pág. 133.

⁴⁷FERRANDIS VILELLA, *La Comunidad Hereditaria*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 22.

⁴⁸FERRANDIS VILELLA, *Ibidem*, págs. 29.30.32

⁴⁹BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milán, 1949, citado por MESSINEO Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de SENTIS MELENDO, Santiago, V. Neppy, 1971, pag 289.

No obstante, la crítica más fundada de la concepción de la herencia como *universitas* sigue siendo la formulada por BONFANTE. Para este autor⁵⁰, existen dos concepciones diversas de la *hereditas* correspondiente a diferentes épocas históricas. El eje del fenómeno hereditario se encontraría en la época clásica en el concepto de *successio*, mientras que para los postclásicos y en el periodo justiniano radicaría en la adquisición de una *universitas*, único en el que se utiliza este concepto.

La tesis central de este autor parte de entender la sucesión como sustitución en la soberanía. En el periodo clásico, la sucesión hereditaria que se produce en la “*soberanía doméstica*” se configura a su juicio a semejanza de la sucesión en la “soberanía política, lo que lleva, ante la circunstancia de la desaparición del jefe político (o del *paterfamilias* en la peculiar organización de la familia romana) a buscar un sucesor, que habría de serlo en el estado personal y familiar del anterior.

En consecuencia, el concepto de la herencia en el derecho romano clásico no es, a juicio de BONFANTE, principal o fundamentalmente patrimonial —de hecho, la existencia de bienes valorables económicamente no integra el concepto propiamente dicho de la herencia—, sino personal o familiar, puesto que es en el estado personal y familiar en el que el heredero sucede. De hecho, el *paterfamilias* no es tanto un “*padre de familia*” cuanto un jefe, señor o soberano cuya autoridad se proyecta por igual sobre personas y cosas⁵¹.

Para entender bien esta concepción, es necesario tener en cuenta las tesis predominantes acerca de la estructura familiar romana, la patriarcal (basada en el carácter unitario de la familia bajo la autoridad del *paterfamilias*) y la de la comunidad doméstica (predominante en Alemania, que considera la familia como una situación comunitaria

⁵⁰Cfr. BONFANTE, *Scritti giuridici varii I: Famiglia e successione*, Torino 1916. Afirma BONFANTE que *succedere in universum ius* no puede decirse sino *por l’heres ex asse*, no significando *universitas* una unidad orgánica, sino que expresa la totalidad, la colectividad, en oposición a la parte, por lo tanto tal concepto confronta con la existencia de coherederos y de legados. Esta postura fue sin embargo objeto de crítica por parte de BIONDO BIONDI (Cfr. *Universitas e Successio, en Studi in Onore di Pietro de Francisci*. Vol. IV, Milano, 1956, pág. 22 ss.), para quien *universitas* no significa totalidad, como genitivo que delimita el objeto. Es un término abstracto que puede haber variado su objeto. Por lo tanto, el vértice de esta abstracción está en el contenido de la *hereditas*, que es la *universitas* por antonomasia. *universitas* significa no totalidad, pero sí complejo de contenido activo y pasivo concebido como unidad, y en cuya consistencia jurídica se prescinde de los elementos que la componen, dado que los trasciende. Para este autor, la diferencia entre *omnia ed universa*, como entre la suma y el complejo unitario, aparece enunciada claramente en un rescripto de Alessandro del 229, en donde se deja claro que se puede obtener la *addictio* de todos (*omnia*) los bienes del deudor insolvente, pero no como complejo (*ut universa*).

⁵¹En palabras de IGLESIAS, “*la generación nada indica en este punto. Paterfamilias significa cabeza libre, es decir, no sometida a otra potestas. Filiusfamilias no quiere decir procreado, sino sometido a la potestas de un paterfamilias*”, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona 1993, pág. 499, n. 3. La posición de IGLESIAS es citada por SANZ MARTÍN, L., para quien el vínculo que une a los miembros de la *familia* no es el de consanguinidad, sino el común sometimiento a una misma autoridad, y en este sentido se manifiesta ULPIANO al decir: *Familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae*“. Vid. SANZ MARTÍN, L., “Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la familia en el Derecho Romano arcaico”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIII (2010) 197–214, págs. 199 y 200.

en la cual se podría ver un paralelo de la germánica *Hausgemeinschaft*). Ambas se han venido contraponiendo sobre fuertes puntos de apoyo argumentales⁵².

1.2.4.2. Patrimonialización del concepto de herencia

En esta concepción de la familia romana propiamente dicha, como grupo de personas unidas entre sí simplemente por la autoridad que una de ellas, el *paterfamilias*, ejerce sobre los otros con fines que trascienden el orden doméstico⁵³, se encuentra la clave de la patrimonialización del concepto hereditario, puesto que esta autoridad no puede entenderse como un poder de carácter doméstico, o ligado a la consanguinidad, sino como el poder más amplio sobre personas y bienes, lo que incluye facultades y prerrogativas que hoy consideraríamos privativas del poder público.

Sin embargo, en el periodo justiniano se debilita la organización de la familia romana y, con ella, la soberanía doméstica, surgiendo la *universitas* como explicación de la herencia y del fenómeno sucesorio. Es entonces cuando pasa a ocupar un lugar central el patrimonio, entendido como *universitas* para así poder explicar su unidad.

Al final de este proceso histórico de desarrollo de la noción de herencia, señala BONFANTE, fuera ya del Derecho romano, ésta se refiere estrictamente a los bienes y es solo la noción económica, de bien patrimonial, la que cuenta. Se ha pasado, así, de una concepción de la herencia como rígidamente personal, en la que lo económico es una mera consecuencia, pasando por una concepción predominantemente económica, en la que el patrimonio sirve como aglutinante, hasta llegar a una tercera postura en la que prácticamente la herencia se identifica con su valor económico o patrimonial.

La teoría de BONFANTE hizo fortuna porque, además de constituir una atractiva construcción dogmática, permitía explicar satisfactoriamente algunas reglas del Derecho romano como la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, o la imposibilidad del heredero sometido a condición o a término.

⁵²Aunque no falten tesis que afirmen la posibilidad de conciliar estas distintas posturas, como la expuesta por FUENTESECA, M., “Estructura del grupo familiar: ¿comunidad doméstica o jefatura única del *paterfamilias*?”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., *El Derecho de Familia de Roma al derecho actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004, págs. 212 y ss. Cit. por RUIZ PINO, S., *Régimen jurídico de la adopción en Derecho Romano y su recepción en el Derecho Español*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. 2010,

⁵³BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, Milán 1963, pág. 7. La misma idea puede encontrarse en LONGO, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milán 1946, págs. 5–10. En un concepto “politizado” de la familia, la autoridad es ejercida sobre los miembros familiares de igual forma que la ejercida por el Estado sobre sus súbditos. En la evolución posterior de la institución familiar, y a medida que el Estado fue adquiriendo un mayor grado de desarrollo que le permitía asumir ciertas funciones respecto de sus nacionales, la *familia*, y con ella la *gens*, fueron perdiendo sus funciones políticas, aunque la familia conservará, según BONFANTE, su estructura de antiguo hasta la época imperial (BONFANTE, *Corso, I*, págs. 7 y ss.).

Pero es una teoría que no carece de críticos. En opinión de SILVINA MORA⁵⁴, parte de una original concepción sobre la función y estructura de la familia romana arcaica y encuadra la *hereditas* primitiva dentro de este orden de ideas, aplicando dicho concepto como de sucesión en la soberanía y, por lo tanto, la *hereditas* concebida con carácter subjetivo, como adquisición de un título personal. A través de la *hereditas* se transmiten no solo derechos patrimoniales, sino también relaciones en principio intransmisibles, extrapatrimoniales, que solo pueden ser entendidas en cuanto al particular contenido del concepto de la *hereditas*.

Para ARANGIO-RUIZ⁵⁵, en su crítica a la teoría bonfantiana, la *familia* no tiene carácter político, sino fundamentalmente económico, y está centrada en la agricultura intensiva, que es su célula germinal y el elemento que la sostiene como núcleo de trabajo para la explotación del *fundus* familiar, siendo éste el aspecto que debe destacarse en la estructura de la *familia* romana, que concibe, en la línea de los romanistas alemanes, como una gran comunidad en la que todos los miembros eran iguales en derechos. Adoptando la misma idea de la familia como basada en la explotación económica agrícola, KASER⁵⁶, en referencia al derecho hereditario, señala que en principio los bienes familiares no los hereda un sujeto único, sino la comunidad de herederos.

1.2.4.3. Idea de la continuidad de la personalidad del causante

Otras teorías explican el subentrar en el patrimonio del difunto acudiendo a la idea de la continuación de su personalidad, ya sea a través de la identificación de la persona del difunto con la del heredero, ya sea considerando a éste como continuador de la personalidad de aquel.

⁵⁴SILVINA MORA, P., *ob. cit.*, pág. XI. Para esta autora, la doctrina de la *universitas* se exige no como una especulación metafísica, como parece referir BONFANTE, sino como una exigencia estrictamente jurídica y de aplicación.

⁵⁵Vid. ARANGIO-RUIZ, “Le Genti e la città, II”, en *Annuario Univ. Messina*, 1913–14, págs. 132 y ss.

⁵⁶KASER, “La famiglia romana”, en *Conferenze romanistiche dell’Università di Trieste*, Milán 1960, págs. 37 y ss. También AMBROSINO, “*In iure cessio hereditatis*”, en *SDHI*, 10 (1944) 82 y ss.; “*Successio in ius, successio in locum, successio*”, en *SDHI*, (1945) 65 y ss, al estudiar la *in iure cessio hereditatis*, afirma que la sucesión romana no es una sucesión política, esto es, no hay una transmisión de poderes políticos del *de cuius* heredero, sino que opera con unos conceptos jurídicos.

A la crítica de la concepción bonfantiana de la familia arcaica como organización eminentemente política con estructura, organización y fines propios del Estado se suman también, con diferentes argumentos, COLI, “Le origini della civitas romana secondo Di Francisci”, *SSE*, 71 (1959), 421 y ss.; “Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma”, en *SDHI*, 4 (1938), 68 y ss.; “Regnum”, *SDHI*, 17 (1951) 73 y ss., VOCI, *Esame della tesi del Bonfante*, *ob. cit.* pág. 101, VOLTERRA, “Il preteso tribunale domestico in diritto romano”, en *Rivista Italiana per le scienze giuridiche (RISG)*, Milán, 2, 1948 págs. 103 y ss.; LUZZATO, “*Le organizzazioni preciviche e lo Stato*”, Módena 1948; *Rilievi critici in tema di organizzazioni preciviche*, *Scritti minori Cicu, II*, Milán, págs. 457 y ss y otros autores. Este último autor defiende el carácter institucional de la *familia* y de la *gens* como entes provistos de una organización interna propia, en un plano netamente diverso e independiente del del Estado, que no intervendría en las relaciones privadas familiares o de la *gens*, al menos hasta la evolución y desarrollo del concepto de ciudadanía.

Entre los defensores de la teoría de la continuación de la personalidad del causante por el heredero se encuentran AUBRY y RAU en la doctrina francesa. En una postura de una amplia permanencia y resonancia, asumida como postulado, y formulada sobre el concepto romano de la sucesión basada en la proyección del hombre, se llega a la ficción de que el heredero *subentra* en la misma relación jurídica del causante, como un simple reemplazo de sujetos, que AUBRY y RAU explican vinculando las ideas de personalidad y patrimonio, entendiendo éste como emanación de la personalidad y expresión del poder del que la persona se halla investida como tal⁵⁷. En realidad, también esta teoría presupone el patrimonio como una universalidad distinta de los elementos que la componen, en la que los bienes pierden su personalidad y cuentan como valor pecuniario, concepción con gran repercusión doctrinal y acogida normativa en los Códigos Civiles que siguieron los principios del Derecho romano. Por otra parte, comprende los bienes actuales y los futuros, y desde éste punto de vista es fácil llegar a identificar el patrimonio con el poder mismo de la persona para adquirir o crear valores.

También en la doctrina francesa han defendido la idea de la sustitución de personalidad RIPERT y BOULANGER⁵⁸, entendiendo que ofrece una explicación tan clara como lógica “... *el heredero queda investido de los derechos y obligado en las obligaciones que constituyen el activo y el pasivo de la sucesión, porque su personalidad se sustituye a la del difunto en todas las relaciones jurídicas en las que era titular el difunto. El acrecimiento de bienes o derechos que se aprecia en el interior del patrimonio del heredero no es sino consecuencia de esta sustitución de personalidad*”. La misma idea de *successio*, o de sustitución en las relaciones jurídicas del difunto puede hallarse en CICU⁵⁹.

Las tendencias doctrinales modernas, sin embargo, señalan la incorrección teórica y la innecesaria práctica de acudir a esa ficción. Para HERNÁNDEZ GIL⁶⁰, la base de esta concepción hay que buscarla en la responsabilidad *ultra vires* que en el Derecho romano hacía al heredero responsable de las deudas del causante no solo con el patrimonio que recibe, y hasta donde llega dicho patrimonio, sino también con el suyo propio. Y, dado que la responsabilidad del heredero va más allá de la propia herencia, se entiende que lo transmitido es más que la herencia y que se produce la identificación de la personalidad del causante con la del heredero.

Sin embargo, esta identificación no puede sostenerse, como señala este autor, sino desde un punto de vista metafórico, y la responsabilidad *ultra vires* por las deudas del causante que tuvo vigencia en el Derecho romano y la tiene todavía hoy en muchos ordenamientos, entre ellos el nuestro, no puede erigirse en la noción básica para explicar el de la herencia.

Que la continuidad del sucesor se produce en las relaciones jurídicas no personalísimas del causante y no, *stricto sensu*, en su personalidad, como sostenía la doctrina

⁵⁷AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil Français*, Tomo IX, París, 1871, págs. 332–335

⁵⁸RIPERT, G y BOULANGER, J., *Traité Élémentaire de Droit Civil*, París, 1951, tomo III, pág. 2215

⁵⁹CICU, Antonio, *Derecho de Sucesiones*, (GONZÁLEZ PORRAS, J. M trad). Ed. del Real Colegio de España en Bolonia, 1964.

⁶⁰HERNANDEZ GIL, A. ob. cit., pág. 468

clásica, lo evidencia el propio Código Civil al precisar los momentos de inicio y fin de la personalidad, pues la personalidad se extingue con la muerte y se adquiere con el nacimiento. Por lo tanto, ni se continúa la personalidad del difunto, ni el sucesor carecía de personalidad antes de ser heredero, ni muta o cambia su personalidad por serlo.

1.2.4.4. Idea de la representación del causante por el heredero

Entre estas mismas concepciones “subjetivas” pueden también incluirse las que han acudido a la figura de la representación⁶¹, entendiéndose que el heredero *representa* al causante, y continúa su personalidad en tanto que representante del mismo. La teoría falla, sin embargo, al no poder explicar cómo es posible la representación cuando ha desaparecido el representado. Técnicamente hablando, no puede actuarse en nombre de quien ha dejado de existir.

1.2.4.5. Consideraciones finales. Idea de la herencia como modo de adquirir bienes

La sucesión hereditaria, en opinión de BINDER⁶², no es una sucesión en el patrimonio del causante como un todo ni tampoco en una *universitas iuris*, sino el ingreso en una situación completamente nueva, con su propio sentido, que sólo comprende el patrimonio del causante con numerosas reservas y cambios. El patrimonio hereditario debe ser considerado, en cierto sentido, como un patrimonio separado, como una unidad teleológica —o en palabras de LACRUZ BERDEJO, una “pluralidad provisionalmente unificada”— pese a la pluralidad y diversidad de sus partes integrantes.

Este carácter de patrimonio separado es patente, por ejemplo, en la separación de ciertos bienes de la herencia en caso de concurso, si estaban obligados por el autor a ciertos acreedores. Todo esto, sin embargo, no quiere decir que la herencia se convierta en persona moral ni excluye tampoco que ese patrimonio (que se integra de muchos elementos) tenga una cierta coherencia que le da la propia ley, como patrimonio separado del de los herederos para efectos de garantía de acreedores y deudores y del propio heredero.

La unidad o cohesión que la ley otorga a los elementos que integran el patrimonio hereditario no se disgrega por el hecho de que exista una pluralidad de herederos, porque este hecho implica solamente la participación de varias personas en esa unidad cuyo derecho recae sobre la masa común hereditaria, como no se pierde la unidad del patrimonio y la universalidad de la transmisión por el hecho de que existan transmisiones a título particular en forma de legados u otras atribuciones⁶³.

⁶¹HERNÁNDEZ GIL, A, ob. cit., pág. 469.

⁶²BINDER, julius, *Derecho de Sucesiones*. (LACRUZ BERDEJO, J. L, trad.), ed. Labor, Madrid, 1953.

⁶³En esta línea, la doctrina moderna tiende a entender la herencia como modo de adquirir bienes, y no como una “*universitas iuris*” en el sentido estudiado, ni como una continuación de la personalidad

La de herencia se representa así fundamentalmente como una noción patrimonial: aparece como el conjunto patrimonial del difunto, que subsiste después de su desaparición física, integrándose no solo de su activo, sino también de su pasivo, e incluso exclusivamente de este último. En este sentido, no difiere de otros patrimonios, entendidos tradicionalmente como conjuntos de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona y susceptibles de valoración económica, siquiera la herencia integre también otra serie de relaciones jurídicas de las que no puede afirmarse que tengan carácter patrimonial, aunque tampoco que estén totalmente desprendidas de ese patrimonio que básicamente constituye la herencia.

1.2.5. La consagración del “derecho a la herencia” en la Constitución Española de 1978. Garantía institucional y derecho fundamental subjetivo

1.2.5.1. Significado y alcance de la protección constitucional del derecho a la herencia

La sucesión *mortis causa* ha merecido una referencia concreta en la Constitución Española de 1978, pues, como se recordará, el artículo 33.1. establece que “*se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*”, vinculando así ambos derechos en una regulación conjunta que hace patente el contexto en el que ambos se mueven, y garantizando constitucionalmente la sucesión hereditaria con el mismo alcance que otros “*derechos y deberes de los ciudadanos*” (Sec. 2ª del Cap. II). Se configura así como un derecho de rango fundamental que forma parte de lo que SÁNCHEZ AGESTA considera un compromiso sobre el modelo económico-social⁶⁴, que acoge los valores constitucionales de la organización económica y en el que el predominio del elemento dominical ha hecho habitual la consideración de que la garantía de la herencia no es otra cosa que una peculiar manifestación de la tutela de la propiedad.

Ahora bien, del mismo modo que el reconocimiento del derecho de propiedad forma parte del contenido habitual de los textos constitucionales, no ocurre otro tanto con el derecho a la herencia, cuyo amparo constitucional es mucho menos frecuente, y, de hecho, las Constituciones históricas españolas no reconocieron este Derecho, al menos de un modo expreso. El derecho a la herencia aparece como precisado de delimitación, acudiéndose a la función social⁶⁵, como principio que “*delimitará su contenido*

del difunto, aunque el Código Civil la trate en ocasiones como una unidad patrimonial, y en esa masa no se desconozca esta última circunstancia, dado que el heredero es un “sustituto” lo más completo posible del causante, y por eso sucede en algunas relaciones “personales no personalísimas”, como ocurre con la revocación de donaciones por ingratitud.

⁶⁴SÁNCHEZ AGESTA. *Sistema político de la Constitución Española*, Madrid, 1981.

⁶⁵ROMERO COLOMA, A. M., “El Derecho a la Herencia en el Ordenamiento Jurídico Español. Especial referencia a su función social”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 638, Enero-Febrero 1997.

de acuerdo con las leyes” (art. 33.2 CE)⁶⁶ y que ha de entenderse no solo como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. La expresión “*derecho a la herencia*” debe entenderse, a juicio de ROMERO COLOMA, como referida no solo a la sucesión universal sino, en general, a la sucesión *mortis causa*, y como amparando todas las especies o clases de sucesión, sea voluntaria, legal o mixta⁶⁷.

Retomando algunas de las ideas expuestas sobre la relación que el problema de la destinación de los bienes para después de la muerte y la propia herencia guardan con la autonomía individual, la familia y el orden social, representado por el Estado, y con la conciliación de intereses y la resolución de conflictos entre ellos, intentaremos a continuación estudiar el régimen constitucional del derecho a la herencia y el alcance de su protección desde la perspectiva de estos tres elementos.

1.2.5.2. Tutela constitucional de la herencia en relación con la autonomía privada

Propiedad y herencia son elementos básicos de un orden económico y social que tiene su base en la autonomía privada, y en este sentido, la herencia conserva los bienes patrimoniales del causante en manos privadas y su protección ha sido considerada parte de la garantía de la propiedad⁶⁸. Para los efectos constitucionales la propiedad abarcaría no solo la facultad de aprovechar, sino también la de disponer y, en consecuencia, transmitir de manera permanente para después de la muerte, por lo que el legislador ha de respetar esa facultad de destinación *mortis causa* del patrimonio. Lo que presupone al tiempo garantizar constitucionalmente la autonomía particular que esa facultad representa y preservar un ámbito de protección a los actos a través de los que esa libertad se manifiesta, como el testamento.

1.2.5.3. Tutela constitucional de la herencia en relación con la familia

El derecho sucesorio ha sido históricamente un derecho de tradición familiar, y ello explica la existencia de un llamado principio de vinculación familiar del patrimonio a la hora de la sucesión *mortis causa*. Ahora bien, el contenido y alcance de este principio son más dudosos, especialmente si quieren extraerse del mismo consecuencias en orden a establecer los límites que haya de respetar el legislador en la ordenación de la extensión cuantitativa que haya de recibir el círculo familiar. Es más, aunque resulta

⁶⁶La delimitación del derecho que la Constitución establece como consecuencia del deber de colaboración social que ha de conciliarse con el interés individual corresponde hacerla al legislador. Así lo señaló para el derecho de propiedad la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1994, que afirmó que ha de hacerse en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendiéndolo como “*recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho*”.

⁶⁷ROMERO COLOMA, A. M., *ob. cit.*, pág. 156.

⁶⁸Así para el derecho alemán, que también aúna propiedad y herencia a los efectos de la tutela constitucional, cfr. BOEHMER, *Erbrecht*, *ob. cit.*, pág. 407.

indudable el mandato constitucional para la “protección de la familia” (artículo 39 CE) como parte de los principios rectores de la política económica y social, no existe en todo el texto de la Constitución una garantía institucional en ese sentido.

Así lo entiende, entre otros autores, LÓPEZ y LÓPEZ⁶⁹, para quien “*más allá de los descendientes y los ascendientes y los propios cónyuges, nada impediría al legislador suprimir cualquier llamamiento forzoso, y con amplia posibilidad de configurar el quantum, la forma y el lugar del llamamiento; y también, a nuestro juicio, configurar un orden de llamamiento ab intestato que se extienda solo al primer grado de los colaterales*”. La misma libertad tendría el legislador, entiende este autor, para establecer el *quantum* que ha de recibir el círculo familiar, con el límite de no dejar sin sentido la propia garantía institucional y para articular una participación de la colectividad en la herencia a través del impuesto sucesorio o instaurando la figura del Estado como coheredero necesario.

1.2.5.4. Tutela constitucional de la herencia en relación con el Estado

Queda por tratar la cuestión del papel del Estado en la sucesión *mortis causa* y su fundamento, así como la forma en que, supuesto que éste debe participar en la herencia en representación de la colectividad, debe hacerse efectiva esta participación, y de qué forma conciliarla con el sentido principal anteriormente expuesto de la herencia como poder de disposición individual.

La Constitución Española no contiene, a diferencia de otras, una referencia específica al derecho del Estado sobre la herencia, que, como vimos, se entiende como ámbito de poder privado de disposición. Esta circunstancia, obviamente, no autoriza una interpretación que negase los derechos del Estado como coheredero en la sucesión, limitando su participación a la exigencia del impuesto sucesorio. De hecho, tal interpretación estaría en contradicción con los valores que la propia Constitución acoge y que definen la garantía institucional de la herencia no solo como el resultado de la ponderación de ese poder dispositivo individual del causante, sino también como un ámbito de vinculación familiar del patrimonio hereditario, que abarca a los parientes más cercanos y sirve a un tiempo de límite a la libertad de disponer del causante, y de justificación a la participación del Estado, no solo en la forma del impuesto sucesorio, sino también como sucesor a falta de parientes cercanos con derecho a ser llamados.

Es habitual argumentar que la participación en la transmisión *mortis causa* de los bienes de la colectividad representada por el Estado tiene su sentido en el hecho de que la propiedad que se transmite no habría podido ser acumulada sin la protección, e incluso, a menudo, sin el concurso del Estado, de uno u otro modo. Así, el impuesto sucesorio, se considera la primera forma de hacer efectiva esa participación, e incluso la principal, y hasta la única admisible, aunque señalándose a continuación que no puede tener carácter confiscatorio. Se señala a menudo que, del mismo modo que el Estado tiene derecho a cobrar un impuesto por las transmisiones *inter vivos* de bienes,

⁶⁹LÓPEZ LÓPEZ, A. “La garantía institucional de la herencia”, cit., pág. 57

con fundamento en el auxilio que el Estado presta para la adquisición de la propiedad y en su garantía, tiene derecho también a cobrar un impuesto cuando esa transmisión tiene lugar *mortis causa*, e incluso que es justo que herede por entero a falta de parientes con derecho a suceder.

Ésta participación directa del Estado como heredero en defecto de los llamamientos preferentes previstos por la ley es el otro medio al que acude el ordenamiento jurídico para articular la participación del Estado en la herencia. Ahora bien, incluso en este caso, es decir, en el de la presencia del Estado en defecto de los parientes llamados a la sucesión legal, el fundamento no puede verse exclusivamente en la necesidad de evitar los graves inconvenientes que derivarían de la dispersión de los bienes vacantes, puesto que el problema podría resolverse sin necesidad de que el destinatario de los bienes sea el Estado⁷⁰. La ampliación de la participación del Estado en las sucesiones fue sostenida por algunos autores, como VALVERDE, quien ha defendido la necesidad de que el Estado ostente derechos en todas las sucesiones, entendiéndolo que limitar su participación tan solo a las sucesiones vacantes lo colocaría como elemento subsidiario al lado del individuo y de la familia⁷¹.

Lo importante, sin embargo, es la función de naturaleza pública que cumplirán los bienes una vez se encuentren en manos del Estado, y lo secundario si la participación del mismo en la herencia se hace en base a una u otra razón, o por uno u otro medio, porque la principal la constituye su significación jurídico-pública y la representación de la colectividad que le corresponde.

1.2.5.5. La garantía institucional de la herencia como reconocimiento del ámbito privado de transmisión *mortis causa*

El sentido principal del reconocimiento de un derecho a la herencia en la Constitución Española, en paralelo al derecho de propiedad, es el reconocimiento o preservación de un ámbito privado de transmisión *mortis causa*, de un poder del individuo sobre sus bienes, que le permite ordenar su destinación más allá de su muerte. Sin este poder individual, la garantía institucional no existe. En este sentido es en el que puede decirse que el artículo 33 CE garantiza la herencia como institución, contemplándola no tanto desde el punto de vista de las facultades individuales de los causantes, sino desde la perspectiva del complejo conjunto de normas ordinarias que se ocupan del derecho a suceder con motivo de la muerte de una persona.

Por lo tanto, es una garantía dirigida fundamentalmente al legislador, al que corresponde, no solo regular el instituto conforme a los principios, valores y estructuras constitucionales, sino, además, determinar cuáles de las normas reguladoras de la herencia forman parte del núcleo de reglas fundamentales y gozan, por lo tanto, de protección constitucional, lo que obligará a tener en cuenta no solo el estricto contexto de la institución sucesoria, sino también la garantía constitucional que se depara a otras instituciones reguladas por el derecho privado, como la propiedad o la familia. Del

⁷⁰En este sentido, ALLARA, *La sucesione familiare supletiva*, reimpression, Torino s.a., pág. 91

⁷¹VALVERDE, ob. cit. pág. 536

reconocimiento y aprovechamiento de la primera surge el poder de disposición *mortis causa* y la correspondiente libertad de testar; de la vinculación familiar del patrimonio, el derecho a la herencia de los parientes más próximos⁷².

1.2.5.6. Los conceptos de “garantía institucional” y “garantía del derecho subjetivo” en su aplicación a la herencia

En la doctrina y jurisprudencia constitucionales se ha consagrado, por influencia alemana, en el estudio de los “*derechos fundamentales y libertades públicas*” y de los “*derechos y deberes de los ciudadanos*”, la diversificación de la protección constitucional en dos vertientes: “*garantía institucional*” y “*garantía del derecho subjetivo*”, o “*derecho fundamental*”⁷³ constitucionalmente protegido.

Esta diversificación de la tutela constitucional, acogida con matizaciones por el Tribunal Constitucional español⁷⁴ y discutida doctrinalmente en posiciones que van desde el cuestionamiento de la existencia y utilidad de la distinción hasta su plena admisión⁷⁵ resulta igualmente de aplicación a la protección del derecho a la herencia.

La distinción la consideramos útil en tanto puede ayudar a definir el contenido y mecanismos de la protección de este derecho. En este sentido, señala LÓPEZ y LÓPEZ⁷⁶ que la fijación del *qué* de la garantía institucional no puede realizarse sino a través de la fijación del *cómo*, y esta a su vez exige recurrir a lo que el autor denomina el “*rostro histórico*” del derecho de sucesiones, entendido como el núcleo básico del mismo que ha pervivido a lo largo del tiempo, siempre que resulte compatible con los postulados del Estado social que dibuja la Constitución en materia de organización social y económica. Para el autor, esto implica que la garantía no supone la inmutabilidad, ni la imposibilidad de la intervención estatal, siempre ajustadas a un principio de ponderación y racionalidad, cuando lo exijan intereses político-sociales superiores. Ahora bien, la intervención estatal en garantía de dicha organización debe dejar “*al menos una zona residual para la adquisición, conservación y transmisión de los bienes, tanto desde el punto de vista de la propiedad como del de la herencia*”.

Para el Tribunal Constitucional, dicha garantía “no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado o fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”⁷⁷.

⁷²BOEHMER, *Erbrecht*, en la obra colectiva dirigida por NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, II, 1954, págs. 401–423.

⁷³Sobre el sentido y utilidad de esta distinción y sobre el contenido y alcance de la protección constitucional en cada caso en aplicación a la protección constitucional a la herencia puede verse LÓPEZ y LÓPEZ, A. “*La garantía institucional de la herencia*”, cit. pág. 43 y ss.

⁷⁴Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de febrero de 1987, con votos particulares de DIEZ PICAZO y RUBIO LLORENTE.

⁷⁵Un resumen de este vivo debate puede encontrarse en LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “*La garantía institucional de la herencia*”, cit. pág. 44, nota 23.

⁷⁶LÓPEZ y LÓPEZ, A., *Ibidem*, nota 31.

⁷⁷Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981.

Y esa “recognoscibilidad social” de la institución, señala el propio Tribunal, no se ve respetada “*cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre*”. Esa que podríamos llamar “desfiguración social” de la institución es el límite para las normas reguladoras y para su aplicación. Ese es, por lo tanto, el que ha de respetar la intervención del Estado en la ordenación de la institución, aunque se encuentre amparada, como señala el artículo 33 CE para la propiedad y la herencia, por la función social, y el que ha de ponderarse en su relación con los principios y valores constitucionales de la organización económica.

Capítulo 2

La sucesión hereditaria en el caso de pluralidad de herederos

Índice del capítulo:

2.1. El fenómeno comunitario y las situaciones de cotitularidad	42
2.1.1. Comunitarismo e individualismo en el Derecho privado	43
2.1.2. La comunidad hereditaria como manifestación de las titularidades colectivas en el Derecho civil	44
2.2. Concepto de comunidad hereditaria	45
2.2.1. La situación de titularidad plural con origen en la sucesión <i>mortis causa</i>	45
2.2.1.1. La titularidad plural sobre los bienes de la herencia	45
2.2.1.2. Supuestos en que no surge la titularidad plural	45
2.2.1.3. Principales posiciones doctrinales en torno al concepto de comunidad hereditaria en el derecho español	47
2.2.1.4. La suspensión del efecto disgregatorio del patrimonio hereditario como efecto de la comunidad hereditaria	48
2.2.1.5. Propuesta de un concepto de la comunidad hereditaria	50
2.2.2. Inicio y fin de la comunidad hereditaria	50
2.2.2.1. Momentos inicial y final de la comunidad hereditaria	50
2.2.2.2. La denominada “comunidad hereditaria provisional”. Su regulación en el Derecho catalán	52
2.2.3. Función de la comunidad hereditaria	53
2.3. Naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria	55
2.3.1. Planteamiento del problema	55
2.3.2. Dos cuestiones preliminares	57
2.3.2.1. La relación entre los sujetos y el objeto	57
2.3.2.2. Los modelos históricos de organización de la comunidad hereditaria: comunidad romana o por cuotas y la comunidad germánica. Antecedentes y caracterización	60
2.3.3. Posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria	67
2.3.3.1. Partidarios de la adscripción “romana” de la comunidad hereditaria	67
2.3.3.2. Partidarios de la adscripción de la comunidad hereditaria al tipo “germanico”	68
2.3.3.3. Posiciones eclécticas o intermedias	71
2.3.4. Crítica de estas posiciones	73
2.3.5. Posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado	75
2.3.6. Conclusiones. “Una paradoja a modo de confusión”	80
2.4. Caracteres de la comunidad hereditaria	84

2.5. Elementos personales de la comunidad hereditaria. Sujetos incluidos y excluidos	89
2.5.1. Comunidad de los herederos y comunidad de los partícipes por cuotas	89
2.5.2. Sujetos incluidos y excluidos de la comunidad hereditaria	90
2.5.2.1. Situación del heredero	90
2.5.2.2. Situación del legatario	93
2.5.2.3. Situación del legatario de parte alícuota	94
2.5.2.4. Situación del heredero ex re certa o al que se haya adjudicado bienes concretos en pago de su cuota	101
2.5.2.5. Situación del cesionario de cuota	104
2.5.2.6. Situación del cónyuge viudo	105
2.5.2.7. Situaciones especiales: El heredero a condición o a término. El heredero modal	107
2.5.3. Conclusión. ¿Quiénes son partícipes de la comunidad hereditaria?	110
2.6. Elementos reales en la comunidad hereditaria	111
2.6.1. Confusión de patrimonios. La separación automática de patrimonios	111
2.6.2. Discusión sobre la inclusión o no de las deudas y cargas en la herencia	113
2.6.3. Concepción de la herencia residual	113
2.6.4. Bienes incluidos y no incluidos en la comunidad	114

2.1. El fenómeno comunitario y las situaciones de cotitularidad

Habida cuenta de que la concurrencia de una pluralidad de herederos llamados simultáneamente a la herencia y aceptantes de la misma da lugar en nuestro derecho a una forma especial de organización comunitaria, puede resultar oportuno preguntarse por la caracterización y la utilidad social de la situación comunitaria desde una perspectiva general, pues de esta reflexión pueden resultar elementos de interés para el estudio de la comunidad hereditaria.

Desde el punto de vista de la sociología, destaca WEBER⁷⁸ la importancia que para esta caracterización reviste la distinción entre las nociones de “comunidad” y “sociedad”. La primera constituye una relación social “cuando y en la medida en que la actitud en la acción social... se inspira en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de constituir un todo”, en tanto que la segunda es una relación social “cuando y en la medida en que la actitud en la acción social se inspira en una compensación de intereses por motivos racionales (de fines o valores), o también en una unión de intereses con igual motivación”.

Observada de este modo, la comunidad, en tanto que basada en un sentimiento subjetivo, puede apoyarse en toda suerte de fundamentos afectivos, emotivos y tradicionales, siendo la comunidad familiar, en la que se inscribe la hereditaria, la que expresa con mayor adecuación el tipo de que se trate, siquiera, como observa WEBER⁷⁹, la inmensa mayoría de las relaciones sociales participan *en parte* de la “comunidad” y *en parte* de la “sociedad”.

⁷⁸Vid. WEBER, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2008, pág. 33.

⁷⁹WEBER, Max, ob. y loc. cit.

2.1.1. Comunitarismo e individualismo en el Derecho privado

La doctrina moderna entiende que el estudio de la comunidad hereditaria ha de enmarcarse en un debate más amplio, que ha ocupado desde hace tiempo a diversas corrientes de la filosofía política y que trata de analizar las relaciones —a menudo tramitadas bajo forma de “tensiones”— entre el comunitarismo y el liberalismo político (o una determinada concepción del mismo), con el fin de extraer conclusiones desde el punto de vista de la organización social de la comunidad política⁸⁰.

CASTILLO MARTÍNEZ⁸¹ ha estudiado el debate que se encuentra en la base del fenómeno comunitario y sus muchas vertientes e implicaciones, tanto desde el punto de vista de la filosofía como de la organización social y el pensamiento político contemporáneos. Partiendo de ese estudio, aborda un completo análisis de las distintas expresiones que, en el orden jurídico-privado, presenta la organización de cotitularidades recayentes en una pluralidad de personas determinadas, como fenómeno contrapuesto a la titularidad individual, de una persona (física o jurídica), sobre bienes o derechos de naturaleza privada. Resumiendo el debate filosófico surgido en torno al fenómeno del comunitarismo en su oposición al liberalismo político, la autora, a través del análisis de la crítica de ACKERMAN⁸² a J. RAWLS, concluye que la oposición entre ambas concepciones se basa en una falsa dicotomía, dado que el liberalismo político no se anclaría en ningún tipo de individualismo abstracto para fundamentar los derechos, sino que apela fundamentalmente a la comunidad, aunque “... a una comunidad de un tipo especial: una en la que sus miembros respetan los profundos desacuerdos de cada uno de los otros, pero estando dispuestos a trabajar con ellos para construir una forma de razón pública que les unirá en un diálogo común que todos puedan compartir, a pesar de sus otras diferencias»

⁸⁰El debate es también fructífero desde otras vertientes, como la de la justificación del nacionalismo, susceptible de ser entendido como derivación lógica de una filosofía moral de tipo comunitarista. Desde este punto de vista, sostiene LAPORTA “*la buena sintonía existente entre el nacionalismo como proyecto político y el comunitarismo como teoría moral*” lleva también a pensar que la filosofía moral liberal no suministra puntos de apoyo idóneos para justificar el nacionalismo. Cfr. LAPORTA, F. J., “Comunitarismo y nacionalismo”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 17 y 18, 1995, págs. 53–68.

⁸¹CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen. “La alternativa entre lo individual y lo colectivo en el ámbito jurídico privado”. *Rev. Arbor* CLXV, 652 (Abril 2000), págs. 613–637. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

⁸²ACKERMAN, B., “Liberalismos políticos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 17 y 18, 1995, págs. 25–41, cit. en CASTILLO MARTÍNEZ. En particular, la crítica de ACKERMAN se dirige a la concepción plasmada por RAWLS en *Political Liberalism*, por no estimarla consistente con la sostenida por el propio autor en *A Theory of Justice*. No obstante, la crítica se realiza desde el propio liberalismo político, y con un amplio grado de coincidencia sobre los principios en los que RAWLS fundamenta sus propuesta.

2.1.2. La comunidad hereditaria como manifestación de las titularidades colectivas en el Derecho civil

La alternativa suscitada por la dicotomía que contrapone la defensa de lo estrictamente individual frente a lo colectivo se traslada al Derecho privado, ámbito en el que la plasmación del interés exclusivamente individual como contrapuesto al colectivo se traduce en diversas formas de articulación de las titularidades individuales, como exclusivas de la persona física o jurídica (sujeto de derecho), frente a titularidades colectivas, supuestos en los que la atribución de poderes concretos sobre las cosas o los derechos se realiza, no de manera exclusiva y excluyente sobre un sujeto individual, sino sobre un titular colectivo o plural.

Sobre el marco general del régimen de la copropiedad como modelo recogido en el Código civil para la regulación de la comunidad de derechos sobre bienes, CASTILLO MARTÍNEZ⁸³ estudia las diferentes manifestaciones que en nuestro ordenamiento jurídico-civil plantean las diversas situaciones de cotitularidad de bienes y derechos, y que ponen de manifiesto la relevancia que en el orden privado continúan teniendo determinadas formas de organización plural de los sujetos individuales. Este es el entorno en el que se desenvuelve la comunidad hereditaria, concebida como figura que posibilita la organización de un sujeto plural cuya regulación supedita el interés individual y excluyente a otro que lo supera.

Ocurre aquí que un conjunto de derechos —los que integran el haber hereditario— que pueden ser cualitativamente homogéneos (por ejemplo solo derechos de propiedad) o heterogéneos (por ejemplo un derecho de propiedad, otro de usufructo y otro de crédito), corresponden simultáneamente a varios titulares, que han aceptado la herencia y todavía no han realizado su división y es necesario analizar esta forma de organización plural de los sujetos —partícipes en la comunidad hereditaria— y resolver los distintos problemas que esta situación plantea, lo que demanda atender a la complejidad de las relaciones entre los partícipes de la comunidad, entre sí y con respecto a los terceros, así como a los distintos intereses en juego.

A estos efectos, conviene no perder de vista el hecho de que la comunidad hereditaria es considerada, al menos en una concepción tradicional con fuerte arraigo histórico y mantenida aún hoy mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia, una figura instrumental, que agota su función en la preparación de los actos conducentes a la división y adjudicación del caudal hereditario. Una situación transitoria que trata de subvenir a la situación de hecho, la de la herencia aceptada por una pluralidad de sujetos y todavía no partida entre ellos.

⁸³CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen. “La alternativa entre lo individual y lo colectivo en el ámbito jurídico privado”, cit., págs. 615 y ss.

2.2. Concepto de comunidad hereditaria

2.2.1. La situación de titularidad plural con origen en la sucesión *mortis causa*

2.2.1.1. La titularidad plural sobre los bienes de la herencia

Cuando son más de uno los herederos llamados a una sucesión, en la mayoría de los casos se produce una situación de comunidad singular en la que, hasta tanto no tenga lugar la partición, cada uno de ellos tiene solo un derecho sobre el patrimonio hereditario considerado como una unidad, pero no un derecho concreto sobre ninguno de los bienes o derechos de la herencia, ni una cuota sobre los mismos⁸⁴.

Esta particular forma de titularidad plural o colectiva sobre el conjunto de los bienes que constituyen la herencia indivisa ha sido también explicada por nuestra jurisprudencia, por ejemplo en la S. de 16 de septiembre de 2010, al afirmar que “*en el período de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria (SSTS de 25 de junio de 1995). La partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (STS de 4 de mayo de 2005)*”.

2.2.1.2. Supuestos en que no surge la titularidad plural

Precisamente porque la comunidad requiere de la concurrencia de dos o más herederos llamados simultáneamente a la misma sucesión no surge la comunidad en el caso de heredero único, ni tampoco será necesario realizar partición alguna, puesto que los bienes pasarán automáticamente al patrimonio del sucesor. Ahora bien, como ha observado DE LA CÁMARA⁸⁵ que no surja la comunidad hereditaria no significa que no sea necesario atender al cumplimiento de los trámites posteriores a la muerte del causante. Entre estos trámites enumera el autor, además de el de liquidar la herencia y someterla a administración en el caso de haber sido aceptada a beneficio de inventario, los de cumplir lo demás ordenado por el testador en el testamento y proceder a la entrega de legados y al cumplimiento de las cargas, amén de la necesidad, en su caso,

⁸⁴Esta regla general conoce, no obstante, algunas excepciones. Una de ellas la constituye el supuesto en el que el testador realice por sí mismo la partición, comprendiendo la totalidad de sus bienes y derechos, caso en el cual “*se pasará por ella siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos*”, conforme al artículo 1056.1º Cc

⁸⁵DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho Sucesorio*, 2ª ed, actualizada por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Antonio, Ed. LA LEY, 1999, pág. 413.

de liquidar la sociedad de gananciales, liquidar el impuesto sucesorio, inscribir en el Registro de la Propiedad los inmuebles⁸⁶, si los hubiere, etc.

Tampoco surge la comunidad hereditaria cuando la herencia está integrada por un solo bien, pues en tal caso, como señala DE LA CAMARA⁸⁷, aunque concurra una pluralidad de llamados por cuotas, no existe comunidad hereditaria, sino copropiedad ordinaria. La misma tesis sostuvo la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1957, según la cual si existe en la herencia un solo bien, no puede haber comunidad hereditaria, aún cuando exista una pluralidad de herederos, sino una comunidad ordinaria.

La apertura de la sucesión del causante tampoco dará lugar a la situación de comunidad hereditaria en el caso señalado de la división de todos los bienes practicada por el propio testador⁸⁸, como permite el artículo 1056 del Cc (STS de 22 de mayo de 2009 entre las recientes). Como coinciden en señalar doctrina y jurisprudencia, la división del patrimonio hereditario realizada por el testador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1056.1º del Código civil no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita. La razón estriba en que la partición así realizada requiere no solo de la fijación de la cuota que se determina para cada heredero, aparte de los legados, sino que además es preciso señalar los bienes que integran tal cuota y, en general, que el testador haya realizado todas las operaciones que integran la partición, haciendo innecesario que esta se practique por otros medios. En consecuencia, se trata de una partición que no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita, como ha declarado la STS de 26 de enero de 2012 (FJ 2º), que cita las de 4 de febrero de 1994, 7 de septiembre de 1998 y 21 de diciembre de 1998.

Es distinto el caso en que el testador ordena que determinado bien o que determinados bienes, muchos o pocos, se adjudiquen a unos u otros de sus herederos, incluyéndose en la porción que deba percibir cada uno de ellos (es el supuesto que contempla por ejemplo la STS de 7 de septiembre de 1998), pues en este caso no estaríamos ante una partición hecha por el propio testador, y sí se dará la comunidad hereditaria, que deberá dividirse por medio de la partición.

⁸⁶En relación con la inscripción de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, establece el artículo 14-3º de la Ley Hipotecaria que en el caso de haber un único heredero y siempre que no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco comisario o persona autorizada para entregar la herencia (y salvo que la única persona interesada en la misma fuese el propio heredero, según establece el artículo 79 del Reglamento), los bienes podrán inscribirse mediante la presentación de una instancia con la firma legitimada en la que se describan los bienes, acompañada del título sucesorio, de los certificados de defunción y del Registro General de actos de Última Voluntad y los documentos que justifiquen la propiedad del causante, o, como dice el artículo 16, que se hallan comprendidos en el título que se trata de inscribir. Si no se cubren las exigencias del artículo 14-3º de la Ley Hipotecaria y del 79 de su Reglamento, será necesaria escritura de manifestación de herencia, como señala el artículo 80 RH

⁸⁷DE LACÁMARA, F, "El derecho hereditario *in abstracto*", *RCDI*, nº 19, Julio, 1926, págs. 501 y ss.

⁸⁸*Vid.* la STS de 26 de enero de 2012 (FJ 2º), que cita las de 4 de febrero de 1994, 7 de septiembre de 1998 y 21 de diciembre de 1998.

2.2.1.3. Principales posiciones doctrinales en torno al concepto de comunidad hereditaria en el derecho español

Las distintas personas llamadas a la herencia por partes alícuotas son todas ellas titulares de los bienes y derechos que integran la herencia y deudores de sus deudas, pero la forma de organizar esta titularidad plural ha variado históricamente y en función de los distintos ordenamientos jurídicos.

Las múltiples y variadas concepciones que de la comunidad hereditaria se han ido acuñando en nuestra doctrina se centran, en general, en señalar la concurrencia de los elementos, subjetivo y objetivo, y a delimitarla temporalmente entre el llamamiento y aceptación de la herencia, que señalaría el momento inicial y la partición, u otra modalidad de extinción de la comunidad admitida en Derecho, que le pondrían fin, al dar cumplimiento a su último propósito, que no es otro que el de la división y adjudicación de los bienes hereditarios entre los coherederos.

Así, CASTAN⁸⁹ destaca los momentos que enmarcan temporalmente esta figura, al señalar que la comunidad hereditaria se inicia con la apertura de una herencia a la que están llamados varios herederos y termina por la división o partición, y LACRUZ⁹⁰ la califica como “*la situación que se produce cuando concurren varios sucesores a título universal sobre una masa de bienes relictos*”.

Según DÍEZ PICAZO y GULLÓN⁹¹ la comunidad hereditaria surge como consecuencia del llamamiento de varias personas como sucesores a título universal a la herencia de un mismo causante y de su aceptación, y termina con las operaciones de partición del caudal hereditario.

Además del elemento constante de la pluralidad de sucesores, está presente en las distintas aproximaciones conceptuales a la comunidad hereditaria el elemento de carácter patrimonial. De hecho, la circunstancia de recaer sobre un patrimonio ha servido a una parte de la doctrina para caracterizar esencialmente a la comunidad hereditaria y dotarla de especialidad.

DE LA CÁMARA⁹² la concibe como una comunidad especial que se distingue, tanto de la propiedad colectiva como del condominio, caracterizada, entre otras notas, por su universalidad, al recaer sobre un patrimonio.

Haciendo énfasis en ese carácter de comunidad sobre un patrimonio concebido de un modo abstracto como unitario, señala OSSORIO MORALES⁹³ que “*solo el hecho*

⁸⁹CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral*. T. VI. Derecho de sucesiones. Vol. 1. La sucesión en general. 8a ed. Ed. Reus. Madrid 1978, pág. 296.

⁹⁰LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil*, cit., pág. 93.

⁹¹DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. V. *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. 8a ed. Ed. Tecnos. Madrid 2001, pág. 511.

⁹²DE LA CÁMARA, “El derecho hereditario en abstracto”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, II, 1926, págs. 490 y ss.

⁹³Véase OSSORIO MORALES, “Comentario a la Sentencia del TS de 25 de enero de 1945” *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 173, 1945, pág. 656; vid. también FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Ed. Bosch. Barcelona 1954, pág. 34.

de tener por objeto una universalidad de bienes, o sea, el patrimonio del causante concebido abstractamente como unidad, prescindiendo de los elementos singulares que lo integran, es lo que puede dar substantividad conceptual a la comunidad hereditaria". El autor encontraba apoyo para afirmar que éste es el carácter de nuestra comunidad hereditaria en el artículo 71 del Reglamento Hipotecario de 1915, que distinguía la inscripción del derecho hereditario en el periodo de indivisión de la herencia de la inscripción de adjudicaciones en partición o aisladas, dando por supuesto que cada coheredero antes de la adjudicación de bienes concretos y determinados, solo tiene derecho a una parte del patrimonio hereditario⁹⁴.

En el sentido subjetivo, las diferentes aproximaciones conceptuales a la comunidad hereditaria tratan de destacar, con distintos matices, la pluralidad de herederos como condición necesaria —incluso como condición suficiente— para la constitución de la comunidad, o de precisar la necesidad de que, además, los llamados tengan la condición de sucesores a título universal, con el fin de excluir de la misma a los llamados en otro concepto.

2.2.1.4. La suspensión del efecto disgregatorio del patrimonio hereditario como efecto de la comunidad hereditaria

Uno de los principales efectos de la constitución de la comunidad hereditaria radica en la suspensión de los efectos disgregatorios del patrimonio del causante. Éste efecto no se produce por el mero hecho de que exista una pluralidad de personas que hayan sido llamadas simultáneamente a percibir una parte alícuota de la misma herencia, sino que precisa además que, tratándose de sucesores a título universal, cada uno de ellos la haya aceptado, ya sea de forma expresa o tácita.

En la vida o proceso del derecho hereditario la situación de comunidad significa esa suspensión de los efectos disgregatorios del patrimonio hereditario motivada generalmente por la aceptación de la herencia, pero existen supuestos en los que la ausencia de la referida disgregación acontece por motivos o circunstancias distintas. La unidad del patrimonio hereditario se produce, precisamente, por virtud de la sucesión. Antes de la muerte del causante no hay base para considerar su patrimonio como una *universitas*, pero la apertura de la sucesión produce este efecto porque es la única manera de provocar la sucesión universal.

El hecho de que no se produzca el efecto disgregatorio del patrimonio, no permite concluir que, por ese sólo hecho, ya estemos en presencia de una comunidad hereditaria. Por este motivo, es preciso distinguir la comunidad de sucesores a título universal antes de la aceptación y la comunidad hereditaria como estado derivado de la misma.

⁹⁴Establecía el artículo 71-III del RH de 1915: "*Tanto en uno como en otro caso [herencia testada o intestada], si la inscripción se solicitase por alguno o todos los interesados sin implicar la adjudicación de bienes, se inscribirá el derecho hereditario de los solicitantes, expresándose la parte que a cada uno de ellos corresponda en el patrimonio hereditario. Si se pidiera la inscripción de adjudicación, será necesaria la partición...*".

Aún cuando haya una pluralidad de sucesores a título universal, mientras no acepten la herencia, ésta se halla en una situación de yacencia, en la que aquéllos no han adquirido todavía derecho alguno ni sobre los bienes concretos, ni sobre su totalidad concebida como *universum ius*. Tampoco tienen la posesión civilísima de los elementos integrantes del patrimonio hereditario, pues ésta sólo se recibe como consecuencia de la aceptación (artículo 440 Cc). Los llamados únicamente están legitimados para realizar actos de mera conservación y administración provisional y las demandas que pudieran plantearse deberán ser dirigidas contra la propia herencia yacente y contra los potenciales herederos conjuntamente con aquélla y no de modo aislado⁹⁵

En cambio, una vez que se produce la aceptación, la existencia de una pluralidad de herederos llamados no a bienes concretos sino a partes alícuotas de la herencia da lugar a la constitución de la comunidad hereditaria. Cada uno de los coherederos ya ha adquirido su correspondiente derecho, aunque éste no se proyecta sobre bienes particulares y concretos sino sobre la totalidad del patrimonio hereditario considerado en su conjunto como unidad, debido a que la concurrencia de una pluralidad de herederos evita el efecto disgregador propio de la aceptación. Todos ellos poseen colectivamente el patrimonio hereditario, de modo que cada uno de los partícipes no posee en exclusiva sino en concepto de cosa común, lo que también puede expresarse diciendo que esta titularidad “*se proyecta con signo comunitario entre los herederos sin asignación más que de cuotas ideales, pero no de bienes concretos*”, como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1988. Solo con la división tales cuotas, en tanto que expresión de los derechos indeterminados sobre el total contenido de la herencia, se transforman en derechos concretos sobre los bienes adjudicados, convirtiéndose la titularidad sobre los mismos en ordinaria.

La diferencia de tratamiento se aprecia también a los efectos de la representación procesal de la masa. Entretanto no haya tenido lugar la aceptación de la herencia por los herederos, el artículo 798.1º LECiv atribuye su representación al administrador para los pleitos que se promuevan o que ya hubiesen comenzado al fallecer el causante, pudiendo ejercitar en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos. Sin embargo, una vez aceptada la herencia, la representación del administrador se restringe a la administración del caudal, su custodia y conservación, conforme al artículo 798.2º LECiv.

Sobre la masa indivisa, los partícipes en la comunidad están legitimados para realizar actos de uso y disfrute, pudiendo también administrarla en virtud de acuerdos mayoritarios (art. 398.1 Cc), y cualquiera puede, durante este periodo, ejercitar las acciones que hubieran correspondido al causante, siempre que no lo haga en beneficio propio sino en interés de la comunidad.

Por lo tanto, la comunidad de sucesores a título universal antes de la aceptación y la comunidad hereditaria después de la misma, sólo tienen en común la necesidad de puesta en administración de la herencia (art. 798 LECiv) y la ausencia de disgregación

⁹⁵Resulta así del artículo 999 del Cc que establece que los señalados actos de mera conservación o administración provisional “*no implican la aceptación de la herencia si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero*”.

del patrimonio hereditario, si bien en el primer caso ese efecto se deriva de la inexistencia de aceptación, mientras que en el segundo es consecuencia de la pluralidad de herederos.

2.2.1.5. Propuesta de un concepto de la comunidad hereditaria

A pesar de que, como ha quedado expuesto, en la doctrina abundan los matices sobre muchos de sus rasgos característicos, e incluso sobre su propia existencia como figura autónoma⁹⁶, la comunidad hereditaria puede ser descrita como aquella situación en la que se encuentra la herencia, siempre y cuando la integren una pluralidad de bienes o derechos, desde la aceptación hasta su división o adjudicación, como consecuencia de la existencia de una pluralidad de personas que han sido llamadas simultáneamente a recibir en la misma una parte alícuota o participación ideal y abstracta que se proyecta no sobre bienes determinados, sino sobre la totalidad del patrimonio hereditario considerado en su conjunto como una unidad (*universitas iuris*).

Un concepto legal de comunidad hereditaria no se encuentra en el Código civil, que parece entender suficiente el ofrecido para la comunidad ordinaria en el artículo 392; pero sí puede entenderse descrita en el Derecho civil de Cataluña la situación que le da origen, como consecuencia del intento de regulación sistemática de la figura abordado con ocasión la modificación del Libro cuarto, relativo a las sucesiones, de su Código civil, que establece en el artículo 463-1:

Artículo 463-1º. Concurrencia de una pluralidad de herederos.

Si concurren a la sucesión, simultáneamente, una pluralidad de herederos, estos adquieren el patrimonio hereditario en proporción a las cuotas respectivas. Sin embargo, las obligaciones y las cargas hereditarias se dividen entre los coherederos en proporción a las cuotas respectivas, sin solidaridad entre ellos.

2.2.2. Inicio y fin de la comunidad hereditaria

2.2.2.1. Momentos inicial y final de la comunidad hereditaria

El Código Civil establece en su artículo 609 la sucesión, testada e intestada, como uno de los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes, y fija el hecho del fallecimiento como determinante del momento en que se produce la adquisición por los herederos de los derechos y obligaciones pertenecientes al causante, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 657 y 661.

⁹⁶Aunque admitida por la generalidad de la doctrina como una realidad jurídica y práctica, no han faltado en nuestro Derecho autores que niegan la existencia de una comunidad hereditaria, sobre todo con base en la idea de que la situación originada por la aceptación no conduce necesariamente a la comunidad como figura técnica, sino a la cotitularidad de derechos (VALLET DE GOYTISOLO, ALGUER, DE CASTRO, NÚÑEZ LAGOS, ROAN, etc).

De este modo, la comunidad hereditaria se origina en un momento determinado, después de la aceptación⁹⁷ a través de la cual tiene lugar la adquisición de la herencia, que origina como principal efecto la adquisición de los bienes del causante y la asunción de sus obligaciones, y tiene como límite temporal el de la extinción de la comunidad por partición u otra causa, requiriendo de una pluralidad de personas llamadas a la herencia a título universal que comparten la titularidad de la masa sobre la cual proyectan un derecho abstracto y no susceptible de concreción sobre bienes determinados de la misma o partes o cuotas de los mismos.

Esta titularidad sobre el conjunto de los bienes termina también con la extinción de la comunidad hereditaria. Es muy reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que hasta tanto no se efectúe la división del caudal por cualquiera de los medios admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1068 Cc, (entre otras muchas, SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007).

Entretanto, mientras dura el estado de indivisión, los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos. Tal es el criterio expresado por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1992: *“que es doctrina de esta Sala la de que el testamento por sí solo no es suficiente para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia, mientras no se haga la liquidación de la misma y, por consecuencia de ella, la partición y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente, toda vez que el patrimonio del causante viene a constituir una especie de comunidad de bienes mientras permanece indiviso, la cual cesa al efectuarse la partición, que confiere al heredero la propiedad exclusiva de los bienes que se les haya adjudicado. . .”*

No es esencial a la conservación de la comunidad hereditaria que esta mantenga dentro de su objeto la totalidad de los bienes que la integraban al tiempo de su constitución. La comunidad puede también subsistir aunque alguno o algunos de los bienes que integran el caudal hereditario salgan de ella, como ocurre en el caso de disposición

⁹⁷La adquisición de la herencia tiene lugar en nuestro Derecho, según la doctrina mayoritaria, mediante su aceptación, conforme al sistema tradicional adquisitivo romano, y frente al sistema germánico, en el que los llamados a la herencia son *ipso iure* herederos, a menos que renuncien a la herencia, y por lo tanto, la aceptación de las personas llamadas a la herencia da inicio a la comunidad hereditaria. Una revisión crítica de la posición tradicional respecto del sistema adquisitivo de la herencia puede encontrarse en MONJE BALSAMEDA, Oscar, “El concepto de herencia yacente y su tradicional vinculación al sistema de adquisición hereditario”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo Garcia*, cit, págs. 3311 y sigs.

La del nacimiento de la comunidad hereditaria por la aceptación es también la solución del Derecho catalán. Aunque el artículo 463-1, redactado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, señala que *“si concurren a la sucesión, simultáneamente, una pluralidad de herederos, adquieren el patrimonio hereditario en proporción a sus respectivas cuotas”*, el artículo 411-5 establece que *“la herencia deferida, la adquiere el heredero con su aceptación”* y, con arreglo al 461.1 *“El llamado a la herencia podrá libremente aceptarla o repudiarla”*. Por tanto, la muerte del causante produce únicamente la apertura de la sucesión, pero la adquisición efectiva se produce con la aceptación y ello sin perjuicio de los efectos retroactivos de ésta. La regulación es la tradicional en Cataluña, y los preceptos citados reproducen los artículos 1 párrafo 2º, 5 y 16 del CS.

conjunta de bienes singulares por parte de todos los coherederos, en el de destrucción de algún bien, o en el de partición parcial, recayente sobre bienes concretos.

Las rentas percibidas durante el periodo que transcurre entre el fallecimiento del causante y la partición se atribuyen a sus partícipes a efectos tributarios. Como señaló la Secretaría General de Operaciones Financieras de en su respuesta de 7 de julio de 2008, con ocasión de una consulta sobre reembolso de las participaciones del fondo de inversión integradas en el haber hereditario durante la indivisión, “. . . desde el fallecimiento de la causante y durante el período de indivisión, hasta la partición de herencia. . . habrá existido una comunidad de bienes formada por todos los causahabientes a la que, en el ámbito tributario, habrá resultado de aplicación el régimen de atribución de rentas previsto en los artículos 10, y 88 a 91 del Texto Refundido del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, (TRLIRPF), los cuales establecen la atribución de las rentas obtenidas por las comunidades de bienes a sus comuneros según las normas o pactos aplicables en cada caso, teniendo en cuenta que las diversas rentas atribuidas conservarán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan”. En el caso estudiado, la SGOF consideró como fecha de adquisición de las participaciones la fecha de fallecimiento de la causante de la sucesión y como valor de adquisición el resultante de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

2.2.2.2. La denominada “comunidad hereditaria provisional”. Su regulación en el Derecho catalán

La situación anterior a la aceptación en la que los herederos están llamados a la misma, pero aún no han manifestado su voluntad de aceptarla o repudiarla o no se han producido los hechos que implican que la herencia ha sido aceptada o repudiada es la que conocemos como “herencia yacente”. Ocurre sin embargo, que esta situación puede prolongarse en el tiempo a la espera de esta decisión, puesto que el Código civil no otorga efectos a la aceptación solo por alguno o algunos de los herederos.

El Derecho civil catalán posterior a la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones contiene por primera vez en nuestro Derecho moderno una regulación completa y sistemática de la “comunidad hereditaria”⁹⁸, a la que dedica el capítulo II del título VI. Con ocasión de esta regulación, y con el propósito de abreviar la fase de yacencia de la herencia, se ha introducido el artículo 411-9, núm. 4:

Siempre que los llamados a la herencia sean diversos, la aceptación de uno de ellos extingue la situación de herencia yacente. Mientras la totalidad de los llamados no acepta o no se produce la frustración de las llamadas, la administración ordinaria de la herencia corresponde al heredero o herederos que han aceptado, con aplicación,

⁹⁸Un análisis del nuevo régimen de la comunidad hereditaria en Cataluña puede consultarse en VALLÉ MUÑOZ, José Luís. “Comunidad hereditaria y partición”. *XV Jornadas de Derecho catalán en Tossa*, organizadas por el Instituto de Derecho Europeo y Comparado de la Universidad de Girona. <http://civil.udg.edu/tossa>. Fecha de consulta: 30/07/2012.

si existe más de uno, de las normas de la comunidad hereditaria. El aceptante o aceptantes pueden, bajo su responsabilidad, pagar las deudas de la herencia y las cargas hereditarias, satisfacer las legítimas y cumplir los legados.

Conforme a la regulación catalana basta la aceptación de uno sólo de los herederos para que la situación de yacencia se extinga, correspondiendo al aceptante, o, en su caso, a los varios que hayan aceptado, la administración ordinaria de los bienes. De este modo se da lugar, con anterioridad al momento de la aceptación, a una especie de “comunidad hereditaria provisional”, si bien con facultades restringidas, y que en todo caso, para consolidarse, requerirá de la aceptación de otros herederos.

Ello no modifica el hecho de que en la regulación sucesoria catalana, la comunidad hereditaria no nace realmente hasta la aceptación de la herencia por todos los herederos, aunque a este estado previo se le apliquen, si existe más de un heredero aceptante, las normas de la comunidad hereditaria. La nueva regulación anticipa o prepara a ciertos efectos el nacimiento de la comunidad, aunque limitando su alcance a la atribución al aceptante o aceptantes de la capacidad para realizar actos de administración ordinaria, así como para, bajo su responsabilidad, pagar las deudas de la herencia y las cargas hereditarias, satisfacer las legítimas y cumplir los legados.

Se trata, pues, de dos tipos de atribuciones diferentes: las de administración ordinaria de los bienes, dirigida a mantener sin merma patrimonial el caudal hereditario hasta la aceptación de los demás herederos, la cual corresponde en todo caso a los aceptantes, y, de otro lado, las que implican el pago de deudas, cargas, legítimas y legados, las cuales pueden realizar, si bien tales actos se producen “bajo su responsabilidad”. Excluidas quedan otras facultades, como la realización de actos de disposición sobre los bienes.

Esta figura, que abrevia la fase de yacencia y permite adoptar las primeras medidas para la administración ordinaria del patrimonio relicto a la espera de la aceptación de los restantes herederos, sin que les alcance la responsabilidad por los actos realizados podría, *de lege ferenda* adoptarse por la regulación del Derecho común, si bien el régimen aplicable, a falta de una regulación completa y sistemática de la comunidad hereditaria de la comunidad hereditaria sería fundamentalmente el resultante de las disposiciones adoptadas por los aceptantes y, a falta de éstas el de la comunidad ordinaria. La actuación de los aceptantes en esta fase permitiría conocer y ordenar el patrimonio, conservar los bienes evitando una eventual depreciación económica y, a través de las facultades de pago, entrar en la comunidad de herederos definitiva con el activo neto de la herencia, facilitando su gestión posterior.

2.2.3. Función de la comunidad hereditaria

La transitoriedad y la accidentalidad señaladas como características de la comunidad hereditaria se vinculan de forma directa a su función, que no es otra, en opinión mayoritaria de la doctrina, que la de adoptar medidas que aseguren durante el periodo previo a la partición la conservación del valor de los bienes y la protección de los

futuros titulares, preparando de este modo la posterior liquidación y adjudicación del patrimonio hereditario. La comunidad hereditaria no es, pues, una situación encaminada al incremento del patrimonio hereditario, o a consolidar su disfrute por parte de los partícipes en la comunidad, sino solo a asegurar su conservación para facilitar la liquidación.

No se atribuye a la comunidad hereditaria una función propia de carácter económico o social, incluso si su duración se extiende en el tiempo, sea por disposición del testador, por acuerdo de los coherederos, o simplemente por no practicar éstos *de facto* la división, sin mediar pacto expreso alguno. La de la comunidad hereditaria es, pues, una función tradicionalmente admitida como meramente instrumental, abocada al momento fundamental de la partición y adjudicación del caudal entre los partícipes y facilitadora de estas operaciones, a lo que contribuyen, por ejemplo, el pago de deudas y cargas de la herencia o el abono de los legados.

Y puesto que el ordenamiento jurídico la considera una situación transitoria, destinada a cesar, y no a subsistir, tiende a ponerle fin a través de distintos mecanismos, como el reconocimiento de derechos de adquisición preferente, de la facilidad para el ejercicio de las acciones de división, o de la potestad concedida autoridad judicial para practicar la división. En esto se diferencia de las denominadas comunidades funcionales, donde la situación de comunidad es buscada por las partes o por el ordenamiento jurídico, con una vocación de permanencia, para dar solución al ejercicio de derechos individuales⁹⁹.

En estos casos, no siempre cabe atribuir a dejadez o abandono de los partícipes el retraso en la liquidación y adjudicación del haber. Esta actuación puede responder a la convención tácita de los coherederos de permitir al cónyuge viudo el disfrute íntegro del patrimonio hereditario, incluso cuando no se ha impuesto en testamento el usufructo universal bajo *cautela socini*, y así es frecuente que se prolongue la comunidad hasta el fallecimiento de éste, realizándose posteriormente la partición de sus bienes junto con los del cónyuge premuerto. El transcurso del tiempo puede también ser útil cuando, por los motivos que fueren, no es conveniente dividir los bienes hasta un momento posterior, por ejemplo, porque sufrirían en ese momento depreciación económica y resulta preferible conservar su mayor valor manteniéndolos unidos y acordar una administración que permita que fructifiquen hasta el momento en que se estime adecuado dividirlos (lo que puede ocurrir por ejemplo con la empresa familiar, los conjuntos patrimoniales, los fondos de inversión, etc). El propio transcurso del tiempo

⁹⁹Sin embargo, y sin dejar de reconocer la naturaleza incidental y transitoria que para nuestro ordenamiento tienen las situaciones de comunidad, modernamente doctrina y jurisprudencia matizan la conclusión que tradicionalmente se obtenía en relación con su carácter indeseable. Podría incluso admitir matices la afirmación habitual de que la comunidad hereditaria carece por completo de función, o que esta deba necesariamente quedar reducida a un puro instrumento, preparatorio de la liquidación y adjudicación del haber hereditario, en el presupuesto de que una y otra fase se seguirán en un lapso de tiempo no excesivamente amplio. Si no una función en el sentido señalado, en la situación comunitaria puede apreciarse a menudo en la práctica una utilidad, que se encuentra en la base de muchas comunidades extendidas en el tiempo y atiende a la satisfacción de los distintos intereses presentes en la sucesión.

puede facilitar las operaciones de la partición, dando tiempo a la formalización de los acuerdos previos necesarios, que puede requerir algún tiempo y algún alejamiento del momento del fallecimiento del causante.

De hecho, siendo cierto que la situación de comunidad no ha sido buscada de intento por los partícipes para cumplir una función jurídica, lo es también que ello no excluye que, una vez surgida puedan, en el uso preferente que en la ordenación de esta situación tiene la autonomía de la voluntad, acordar lo necesario para que se ajuste a sus intereses y necesidades, y configurar, en función de unos y otras, un régimen propio. En ocasiones, estos pactos, expresos o tácitos, entre los partícipes de la comunidad, cambian la propia fisonomía jurídica de la comunidad, de manera que, aunque formalmente no se ha realizado la partición de los bienes y continúa la situación de comunidad, *de facto*, la figura se ha transformado o incluso ha sido sustituida por otra a la que correspondería aplicar un régimen jurídico distinto.

Los pactos entre los coherederos, pueden asimismo jugar un papel fundamental a la hora de propiciar una administración fructificante de los bienes, establecer normas de funcionamiento de la comunidad hereditaria que pueden orientarse a su mantenimiento por un tiempo prolongado e incluso una “liquidación por partes” de los bienes o de algunos de ellos¹⁰⁰, programada en función de lo que las circunstancias requieran y ordenada a través de actos dispositivos adoptados de común acuerdo. Así, por ejemplo, en la compleja configuración actual de muchos productos financieros, la venta anticipada de los mismos, a petición de cualquiera de los coherederos conforme a la facultad de instar la división hereditaria que le corresponde, puede resultar económicamente muy lesiva para todos los titulares de derechos sobre los mismos. En realidad, cada elemento del patrimonio puede requerir un trato distinto.

Estaríamos entonces ante situaciones en las que cabe dudar de la tradicional consideración de la comunidad hereditaria como una situación indeseable sobre el argumento de que impone serias limitaciones a la autonomía de los herederos. La autonomía es precisamente la fuente primordial para el régimen jurídico de la figura, y su utilización en el sentido indicado, puede llegar a configurar un régimen deseable y conveniente para sus intereses, y la continuidad en esta situación resultar una condición necesaria para alcanzarlos.

2.3. Naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria

2.3.1. Planteamiento del problema

La de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria es una de las cuestiones que ha motivado mayor debate en nuestro derecho sucesorio durante el último siglo, en parte propiciado por la falta de regulación específica y sistemática de esta situación por

¹⁰⁰No es tampoco infrecuente que los partícipes acuerden la disposición de alguno o algunos bienes del haber, o de parte de ellos, con el fin de satisfacer el impuesto sucesorio, continuando la comunidad en el resto de los bienes.

parte del Código civil, que ha obligado a construir importantes aspectos del régimen de la gestión, administración y disposición de los bienes de la comunidad hereditaria a través de la aplicación de las normas reguladoras de la comunidad de bienes, de los planteamientos de la doctrina y de las aportaciones jurisprudenciales. A pesar de todo lo cual, como señalan DIEZ PICAZO Y GULLÓN, el problema “no admite una solución perfectamente clara”¹⁰¹.

La cuestión dista de tener un interés exclusivamente teórico como en ocasiones se ha dicho. De hecho, se planteó inicialmente con un directo interés práctico: el de determinar las facultades dispositivas que asisten a los coherederos, actuando tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan en situación de comunidad hereditaria. En particular, como señala LACRUZ¹⁰², la cuestión es si el coheredero puede enajenar, él solo, la parte alícuota que tiene en la herencia aplicada o alguno de los objetos singulares que componen el caudal.

Como en otras situaciones de comunidad, el problema lo plantea la titularidad del derecho común, y, en consecuencia, la necesidad de compaginar la pluralidad de sujetos con la unidad del derecho. La interrogación acerca de qué derecho corresponde a cada heredero sobre cada cosa y derecho de la herencia se resume, una vez admitida la bipartición entre los dos tipos de derecho hereditario, en determinar si los coherederos tienen reconocido un derecho “*in concreto*” sobre los bienes integrantes de la misma, o si, por el contrario, partiendo de su consideración unitaria como “*universitas iuris*”, cada uno de ellos es titular, junto con los demás, de un derecho “*in abstracto*” que se proyecta globalmente sobre el patrimonio hereditario indiviso.

Bien entendido que, en este último caso, no hay asignación más que de cuotas ideales sobre dicho patrimonio, hasta que, por la partición, se haga cada heredero propietario exclusivo de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1068 Cc), operándose así la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el caudal relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados. Estas titularidades pueden, en efecto, proyectarse sobre los bienes bien en forma de propiedad exclusiva, bien en la de proindivisión, ya que, como señala la STS de 16 de octubre de 2010 “*de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas, o romana*”¹⁰³.

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria ha acumulado aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia en muy distintas direcciones, desde la inicial dicotomía entre la *communio incidens* romana y la *Gemeinschaft zur gesamten Hand* alemana en la que quedaba resumida la cuestión, hasta formulaciones híbridas e intermedias que la han emplazado en ocasiones a mitad de camino «*entre el condominio ordinario y la persona moral*». En la moderna doctrina, partiendo de su difícil

¹⁰¹DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Tomo V. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 254.

¹⁰²LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, vol. V, Sucesiones*. Ed. Dykinson, 4ª edición, revisada y puesta al día por Rams Albesa, 2009, pág. 98.

¹⁰³Vid. también las SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1998, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008.

encaje en los arquetipos jurídicos señalados, es frecuente rechazar el exceso dogmático y preguntarse por la utilidad del debate, planteándose si muchos de los problemas no obtienen mejor solución por otras vías.

Sin embargo, al estudio de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria debe anteceder, a nuestro juicio, el de otras dos cuestiones previas: de un lado, la del ámbito objetivo de la comunidad, entendiendo por tal el tipo de relación que los partícipes en la comunidad hereditaria mantienen con el patrimonio; de otro, la del análisis de los principales arquetipos jurídicos e históricos de la comunidad: la comunidad germánica o en mano común y la comunidad romana, o por cuotas, a los que buena parte de nuestra doctrina la ha adscrito, con unos u otros matices.

2.3.2. Dos cuestiones preliminares

2.3.2.1. La relación entre los sujetos y el objeto

Resulta interesante, toda vez que a la cuestión de la naturaleza jurídica importa mucho el tipo de relación del sujeto —de los sujetos— con los bienes o el patrimonio, dedicar un espacio previo al estudio del ámbito objetivo de la comunidad hereditaria desde la perspectiva de esta relación, esto es, a determinar la naturaleza, plural o única de la propia cotitularidad y el objeto sobre el que se proyecta, o lo que es lo mismo, la forma en que los bienes y derechos hereditarios pertenecen a los copartícipes. Se trata de un tema en absoluto pacífico, y relacionado íntimamente con las distintas posiciones en torno a la propia naturaleza de la comunidad.

Las principales opiniones en torno a esta cuestión pueden agruparse como sigue¹⁰⁴.

A. La comunidad hereditaria como cotitularidad única sobre un patrimonio.

Es la posición defendida, entre otros, por DE LA CÁMARA, OSSORIO, LACRUZ o FERRANDIS VILELLA. Todos ellos coinciden en la consideración de la comunidad hereditaria como una comunidad de carácter universal, una *universitas iuris*¹⁰⁵, en la que varias titularidades cualitativamente iguales concurren sobre un patrimonio, concebido abstractamente como unidad, y no por lo tanto sobre cada uno de los elementos

¹⁰⁴Véase ESPÍN CANOVAS, Diego, “Tres problemas del derecho sucesorio español”, publicado originalmente en *Anales de la Universidad de Murcia*, vol XIV, núms. 3–4, Derecho, Curso 1955–1956. Recogido en *Cien Estudios Jurídicos del profesor Diego Espín Cánovas* (Colección seleccionada desde 1942 a 1996), vol II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 920–923.

¹⁰⁵Esta concepción, que hemos estudiado en el capítulo anterior, ha podido defenderse en nuestro derecho positivo sobre la redacción de los artículos 1531, 1533 y 1534 Cc, que modulan la responsabilidad del vendedor en el caso de venta de herencia cuando esta se transmite “*sin enumerar los elementos de que se compone*” (art. 1531), así como, a efectos del saneamiento, en el caso de que se venda “*alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos*” (art. 1533), obligando asimismo al comprador de la herencia, salvo pacto en contrario “*a satisfacer al vendedor todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma*” (art. 1534), dado que la transmisión de la herencia no impedirá a los acreedores, dirigirse contra el heredero transmitente para satisfacer sus créditos, ni a éste eludir su responsabilidad.

que individualmente la integran. En este sentido, como señala FERRANDIS VILELLA¹⁰⁶ “no puede admitirse que existan tantas comunidades como objetos, o sea, que haya una comunidad hereditaria sobre cada uno de ellos”.

En parecidos términos, entiende LACRUZ¹⁰⁷ que la comunidad entre herederos es una comunidad universal, que versa sobre toda la herencia, “. . . y no, —aunque lo contrario podría deducirse de los artículos 1514, 1517 y 1860 del Código civil, que parecen presuponer una comunidad sobre cada objeto concreto, y cuyo modo de expresión es ciertamente defectuoso— sobre los bienes singulares y derechos”.

Para los partidarios de esta concepción, solo la consideración unitaria y abstracta de la herencia, que permite agrupar como un todo las relaciones jurídicas, tanto activas como pasivas, integrantes del caudal relicto, al tiempo que prescinde de los elementos particulares que lo integran puede dar sustantividad conceptual a la comunidad hereditaria.

B. La comunidad hereditaria como cotitularidad plural sobre bienes singulares.

Esta posición ha sido sostenida sobre todo por CHAMORRO¹⁰⁸ y BELTRÁN DE HEREDIA. Para el primero, la comunidad hereditaria no es comunidad sobre un único objeto, ni siquiera universal, sino que consiste en una pluralidad de comunidades ordinarias, tantas como cosas integren la herencia, caracterizadas como comunidades del tipo romano, si bien con la especialidad de que no es posible el ejercicio del derecho de disposición por cada comunero. La pluralidad de herederos concurrentes sobre el patrimonio hereditario demanda, en su opinión, una regulación o régimen propio que permita su ejercicio y evite el conflicto de intereses, pero no alcanza a modificar la naturaleza o el objeto del derecho indiviso.

También BELTRÁN DE HEREDIA¹⁰⁹ ha argumentado en contra de la idea de la comunidad hereditaria como cotitularidad sobre un patrimonio, rechazando cualquier fundamento en nuestro Derecho para la consideración de la herencia como *universitas iuris*. Muy al contrario, entiende este autor que tales bienes no tienen una consideración conjunta, ni proporcionan otra utilidad distinta que la de los bienes individuales que la componen, ni existe una unidad de destino a un fin, que sí puede encontrarse, en cambio, en otros complejos patrimoniales.

El patrimonio hereditario se configura así como un simple complejo de bienes unidos, transitoriamente, en virtud del fenómeno de la delación hereditaria en la que encuentran su origen y fundamento, bien entendido que esa unión circunstancial no produce una comunidad, sino simplemente una cotitularidad. Dentro de la misma estaría comprendido todo el complejo de bienes que tenía el causante, no solo las cosas, sino los créditos y las deudas, no susceptibles, como ya sabemos, de verdadera comunidad. Si están incluidos dentro del complejo hereditario no es porque formen parte de una

¹⁰⁶FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit, pág. 45.

¹⁰⁷LACRUZ BERDEJO, *Notas a la traducción de Binder*, pág. 248.

¹⁰⁸CHAMORRO PIÑERO, S, “Los derechos hereditarios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 169, 1941, págs. 330 y sigs.

¹⁰⁹BELTRÁN DE HEREDIA, José, *La comunidad de bienes en derecho español*, págs. 99 y sigs.

comunidad, sino con el único fin de facilitar la división de aquel complejo, que no llega a adquirir carácter de unidad.

No obstante, aparte de la cotitularidad de este complejo de bienes, de carácter transitorio señala BELTRÁN DE HEREDIA “*es indudable que existe una verdadera comunidad respecto de aquello (cosas y derechos) que puede estar en común*”. Una comunidad de carácter especial, pero cuyo contorno general es sin duda el de una comunidad de bienes por cuotas, sometida a las normas de los artículos 392 y siguientes del Código civil.

En definitiva, para los autores que participan de esta concepción, lo único que los herederos adquieren en virtud de la sucesión es el título hereditario, y en ningún caso una universalidad, o un derecho “*in abstracto*” recayente sobre la misma, sino solo uno “*in concreto*” que se proyecta directamente sobre los bienes que la integran. Un derecho que el heredero adquiere desde el momento mismo de la muerte del causante, y que a éste momento retrotrae sus efectos, conforme al artículo 657 del Código civil.

En contra de la admisión de la masa hereditaria como un objeto de derecho distinto de los elementos singulares que la integran se ha manifestado también DE COSSIO¹¹⁰, para quien la afirmación de tal derecho conduciría a una conclusión absurda, tanto si se entiende que el derecho recae sobre la totalidad de la masa como si se refiere solo al posible activo, puesto que, si se entiende que el derecho recae sobre la totalidad de la masa, entonces, en caso de incluir ésta solamente pasivo, se daría un derecho sobre una masa de deudas, lo que carece de sentido; y si, por el contrario, se entiende que recae sólo sobre el posible activo, entonces ya no estaríamos ante un verdadero derecho sobre la herencia, sino únicamente sobre los elementos restantes “*deducto aere alieno*”.

C. La comunidad hereditaria como cotitularidad única sobre el patrimonio hereditario y cotitularidad plural sobre los bienes hereditarios.

Aunque con distintos matices, como veremos, estas tesis consideran conciliables las posiciones estudiadas. La concepción que entiende que la titularidad de los coherederos recae sobre un patrimonio universal y la que sostiene que su objeto lo constituyen bienes singulares se explican mejor si se establece la distinción entre el entero patrimonio hereditario, sobre el cual existe una comunidad, y cada uno de los bienes que lo integran, los cuales a su vez y separadamente, son objeto de comunidades especiales.

Las explicaciones en torno a esta concepción no pueden, sin embargo, reconducirse fácilmente a la unidad, sino que varían notablemente según los autores. Así, GARCÍA VALDECASAS¹¹¹ entiende la comunidad hereditaria como una comunidad sobre la herencia como un todo —esto es, sobre el completo patrimonio hereditario—, encuadrable entre las de tipo germánico, sin que a su parecer desvirtúen esta adscripción la existencia de cuotas disponibles y la posibilidad, admitida en nuestro Derecho, de pedir en cualquier momento anterior a la partición la división de la herencia. Pero dentro

¹¹⁰DE COSSIO, A, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 566.

¹¹¹GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, “La comunidad hereditaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, pág. 256, 1953, y *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, t. 191, pág. 395, 1952

de esta mancomunidad, reconoce el autor que pueden existir tantas comunidades como derechos singulares integran la herencia, comunidades que tienen carácter germánico, ya que en ellas no existe división por cuotas ni posibilidad de pedir la división material del objeto.

Otra de las posiciones singulares dentro de esta concepción es la sostenida por ROCA SASTRE¹¹², quien aborda la cuestión partiendo de la distinción entre el objeto mediato y el objeto inmediato de la comunidad hereditaria. Ésta última recae “*directamente sobre el patrimonio relicto, y solo mediatamente se refiere a los bienes singulares o concretos que integran el corpus universitatis; solamente se proyecta sobre estos bienes por el hecho de formar los mismos el contenido de dicho patrimonio*”. Las cosas particulares no son vistas en su singularidad, con entidad propia, sino como partes de un todo, como elementos de un patrimonio.

Estos son, en esencia, los modelos sobre los que se elaboran las distintas teorías en torno a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria. A menudo han sido estudiadas en función de su mayor o menor afinidad a alguno de los arquetipos históricamente prevalentes.

2.3.2.2. Los modelos históricos de organización de la comunidad hereditaria: comunidad romana o por cuotas y la comunidad germánica. Antecedentes y caracterización

El problema de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria se ha reducido con frecuencia a la cuestión de su asimilación *per relationem* a la comunidad romana o por cuotas o a la comunidad germánica, seguramente como consecuencia de la diferente concepción del heredero que mantuvieron ambos sistemas¹¹³. Aunque este planteamiento reductivo ha perdido buena parte de su vigencia, y connota para la doctrina moderna una simplificación excesiva, mucha de la dogmática en torno a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria se ha construido sobre el mismo, por lo que resulta útil comenzar por caracterizar ambas comunidades, como fruto de la evolución histórica, a fin de identificar sus rasgos propios en el régimen de la comunidad hereditaria española.

¹¹²ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, vol. II, Barcelona, 1948, págs. 538 y sigs.

¹¹³De hecho, como ha destacado CASTILLO MARTÍNEZ, “*resulta frecuente entre los civilistas contraponer, en el estudio de las instituciones jurídicas, «lo romano» a «lo germánico».* Tal comparación, para el Derecho castellano anterior al Código civil, contrapone la normativa de las Partidas y el Derecho romano a la del Fuero Viejo, el Fuero Real y los Fueros Municipales. Siguiendo tal argumentación, la contraposición más extendida es la resultante de oponer el modelo de comunidad «romana», extraído de las Pandectas y finalmente regulado en nuestro Código civil en los precitados artículos 392 y siguientes, con el otro modelo «germánico» de comunidad, dotada ésta de una finalidad que cumplir, cuyos miembros se encuentran unidos entre sí por un vínculo personal, procediendo de acuerdo en el disfrute y la gestión de los bienes comunes, resultando su participación en la cosa común no enajenable y el contenido de la misma no expresado en partes alícuotas comunes”. Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, “Aspectos jurídico-privados del fenómeno comunitario”, cit. págs. 622 y 623.

Con respecto a la comunidad romana o por cuotas, el derecho romano de época más antigua parece haber conocido una situación de comunidad familiar, bajo la denominación de *consortium* y más técnicamente, de *societas ercto non cito*¹¹⁴. Esta antigua forma de comunidad establecida entre los *sui heredes* a la muerte del causante no constituía, a pesar de su denominación, una *societas*¹¹⁵, sino una comunidad de carácter jurídico-familiar, y no meramente patrimonial, en la que quedaban incluidos no solo los bienes de la herencia, sino también las nuevas adquisiciones¹¹⁶.

La *societas ercto non cito* no atribuía a los coherederos cuotas de participación en la masa hereditaria, sino el pleno dominio (dominio *in solidum*) de la parte que a cada uno correspondía sobre las cosas tenidas en común, con posibilidad de realizar en ellas, por sí solo, actos dispositivos que los demás coherederos estaban obligados a respetar. El fallecimiento de alguno de los comuneros o el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* ponían fin a esta comunidad. Esta figura desaparece a comienzos del periodo clásico, si bien daría origen más tarde a la *societas omnium bonorum*.

El derecho clásico y justiniano responden a un modelo comunitario distinto, basado, de un lado, en un fuerte individualismo, jurídico y económico y, de otro, en la correlación establecida entre las nociones de patrimonio y personalidad. Señala JÖRS-W. KUNKEL¹¹⁷ que cuando en Roma eran llamadas a heredar varias personas conjuntamente, se constituía entre ellas una relación jurídica por su naturaleza idéntica a la copropiedad: la delación a cada heredero se refería a la totalidad de la herencia, pero por virtud de la concurrencia que la pluralidad indicaba, el derecho de cada uno se reducía a una parte ideal, a la cuota correspondiente¹¹⁸.

En la nueva forma de organización común de los bienes conocida como *communio pro indiviso* las cuotas no eran, pues, partes materiales de herencia, sino la medida

¹¹⁴ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni* en Bull. Ist. Dir. Rom., vol. XLII. Roma, 1934, págs. 571 y ss. Señala ARANGIO que a propósito de la *societas ercto non cito* se citan varios testimonios (alguno de Ciceron), pero especialmente tiene interés el fragmento de las Instituciones de GAYO descubierto en El Cairo en 1933. Dice GAYO: *Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturales societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso...* (III, 154 a). Vid. también MONIER, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius*, París, 1933.

¹¹⁵Vid. LEVY, “Neue Bruchstücke aus den Institutionen Gaius”, en el núm. 54 de la *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Weimar, 1934; vid págs 279 y sigs. Es curioso, observaba LEVY, que a esta comunidad de los *sui heredes* la designe GAYO con el nombre de *societas* uniendo a esta palabra dos epítetos que tienen técnicamente en Derecho Romano una significación contrapuesta: ... *legitima simul et naturales societas*. Sin embargo, a juicio de este autor, ambos términos están cumplidamente justificados: el de *legitima* porque es indudable que esta forma de comunidad fue establecida por la Ley de las XII Tablas; el de *naturalis* porque sin necesidad de nuevo *consensus* se produce en esta *societas* la continuidad del dominio que corresponde en cierto modo a los *sui*, ya que estos aun en vida del padre se consideran a manera de dueños (... *vivo quoque parente quodam modo domini existimantur*).

¹¹⁶ARIAS RAMOS, J. “Los orígenes de la sociedad: *societas* y *consortium*”, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, págs. 142 y ss.

¹¹⁷JÖRS-W. KUNKEL, *P Römisches Privatrecht*. (Derecho Privado Romano) Traducción española de la segunda edición alemana, 1965. Parágrafo 218, pág. 481.

¹¹⁸CELSO, D. 32, único, 80: “... *totam hereditatem... singulis data esse, partes autem concursu fieri*”.

de la coparticipación en ella de cada coheredero o —lo que es lo mismo— la cuantía de la limitación que se imponía a cada uno por la concurrencia de los demás. Los herederos no eran ya plenos dueños de la cosa común ni de una parte material de ella, sino sólo de una parte ideal sobre el todo. Cada coheredero podía disponer de la cuota que le correspondía, sin necesidad de contar con la aprobación o consentimiento de los demás, pero de cada objeto por entero sólo podrán disponer todos ellos conjuntamente.

La coexistencia de cuotas como expresión de la medida de la participación en la cosa común de los coherederos hacía también necesario un régimen específico que permitiera a cada uno conservar, usar, disfrutar y disponer de la misma sin perjudicar el derecho de los demás ni verse perjudicado por su ejercicio.

La importancia de la idea de cuota es destacada por VOICI¹¹⁹, al caracterizar la comunidad hereditaria romana como “*una comunidad pro parte pro indiviso, [donde] cada coheredero es titular de una cuota del ius hereditatis, y en proporción adquiere los frutos de las cosas hereditarias y usa de ellos, a menos que no sea posible un uso in solidum por parte de todos*”.

De este modo, la herencia, de primera intención, pasaba a los coherederos como una universalidad indivisa. En tal estado podía persistir y los herederos beneficiarse de ella y explotarla en común, pero también podían promover su extinción. En el derecho romano ya se consideró que esta *communio pro indivis* o constituía un estado indeseable y transitorio, que imponía limitaciones a la autonomía de los herederos y constituía una fuente permanente de litigios. En coherencia con esta concepción, reconocía a cada uno de ellos la facultad de solicitar en cualquier instante la división de la comunidad, ejercitando la *actio familiae erciscundae*. La acción fue introducida por la Ley de las XII Tablas¹²⁰ y, a diferencia de la *actio petitio hereditatis*, era imprescriptible.

Como resultado de esta evolución, en la comunidad romana o por cuotas se destacan las características siguientes:

- (a) No existe una sola comunidad sobre el patrimonio hereditario; por el contrario existen tantas comunidades por cuotas como bienes y derechos singulares haya en la herencia.
- (b) En consecuencia, a cada coheredero le corresponde una cuota sobre cada uno de los bienes y derechos singulares que se integran en la comunidad. De hecho, la idea de cuota tiene en la comunidad hereditaria de tipo romano un carácter central, y en torno a ella se organizan los aspectos relativos a la titularidad, disfrute, responsabilidad y disponibilidad, sometidos a régimen de mayoría o unanimidad. En la primera jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado prevalece, en línea con esta concepción de la herencia indivisa, la idea de la inscribibilidad de las cuotas sobre cosas determinadas adquiridas por herencia, hechas por los coherederos “*prescindiendo de los particulares efectos que produzca*

¹¹⁹VOICI, *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1960, págs. 675 y ss.

¹²⁰«*Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum. . .*». D. 10.2, Fam. Erc, 1, pr., Gaius, lib. VII, ad Ed. Prov.

la enajenación según la legislación y la jurisprudencia civil” (Resolución de 16 de diciembre de 1876), verificándose dicha inscripción mediante la presentación del testamento como único título, sin que fuese necesario acreditar la aceptación de la herencia, los títulos adquisitivos de las fincas ni la relación de bienes.

- (c) Sobre dicha cuota, cada coheredero tiene plena disponibilidad, pudiendo enajenarla, transmitirla a título oneroso o gratuito y gravarla; no obstante, para el Derecho histórico distinguen tanto BIONDI¹²¹ como VOICI¹²² según los actos dispositivos se realicen antes o después de la *litis contestatio*.

En el primer caso, la disposición de la cuota hacía que ésta saliese de la comunidad hereditaria. Si el coheredero disponía, con mandato de los demás, o con su ratificación, de toda la cosa, debía restituir el dinero correspondiente a la cuota de los mismos, lo que se obtenía con la *actio mandati* o *negotiorum gestorum*, pero no con la *actio familiae erciscundae*; sin embargo, la disposición *post litem contestatam* está prohibida por el pretor, a menos que exista una razón que la justifique, según VOICI, o la consientan los demás coherederos, a juicio de BIONDI.

- (d) Los créditos y deudas no entran a formar parte de la comunidad, ya que resultan divididos automáticamente entre los herederos en proporción a sus respectivas cuotas, al producirse la apertura de la sucesión, conforme al principio “*nomina ipso iure divisa sunt*”. De este modo, surgen tantos créditos o deudas independientes como sucesores, que devienen así acreedores o deudores solidarios, salvo que se trate de deudas de carácter indivisible, en cuyo caso pasan en su totalidad a cada uno de los coherederos.

En el Derecho romano, como señala VOICI¹²³, las relaciones obligatorias no están jamás en relación directa con el estado de comunidad, y así, de su deuda divisible, el heredero responde por el solo hecho de la adquisición hereditaria, permanezca o no en comunidad; mientras del débito indivisible responde *in solidum* también después de terminar la comunidad.

- (e) Cualquier coheredero y en cualquier momento puede poner fin a la situación de comunidad mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, por concebirse aquella como un estado transitorio, surgido *ipso iure* de la adquisición hereditaria y destinado a resolverse y, adicionalmente, como un estado indeseable, en tanto que forma de propiedad colectiva.

La esencia de la comunidad romana se encuentra en la atribución a cada coheredero de un derecho independiente y disponible sobre una cuota ideal de cada objeto hereditario. A esta forma de organización responde la regulación de la comunidad de bienes ordinaria o por cuotas que recogen los artículos 392 y siguientes del Código Civil, en la que varias personas tienen en común bienes o derechos. Es a estas normas de

¹²¹ BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*. Milán, Giuffrè, 1954, págs. 447 i sigs.

¹²² VOICI, *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 681 y sigs.

¹²³ VOICI, *Diritto ereditario romano*, cit.

la comunidad a las que hemos de acudir como regulación supletoria de la comunidad hereditaria, en tanto no sean incompatibles con sus características y normas específicas.

Muy diferente de la comunidad romana, en su origen y caracterización resulta el modelo histórico denominado de comunidad germánica o *Gemeinschaft zur gesammten Hand*.

En el Derecho antiguo, señala PLANITZ¹²⁴, si estaban llamados varios herederos de igual grado, el caudal relicto pasaba a ellos en común, los cuales formaban una comunidad en mano común. A cada heredero correspondía una cuota en la herencia de la cual no podía disponer en forma independiente, aunque podía exigir en todo tiempo la división del caudal relicto, si bien esta última reglamentación era aminorada con frecuencia por la costumbre o el contrato.

La comunidad familiar parece haber sido el principal fundamento del antiguo Derecho germánico. La explicación se encuentra, a juicio de FERRANDIS VILELLA¹²⁵ en que, a falta de una fuerte organización estatal que asegurase la protección de los individuos y la defensa de sus derechos, el grupo familiar asumió esta función de protección y defensa de sus miembros.

Resulta muy interesante el estudio de WEBER¹²⁶, que vincula esta cuestión al concepto de personalidad jurídica y a los intereses del crédito. A su juicio, desde el punto de vista técnico-jurídico, el concepto de personalidad es totalmente superfluo cuando se intenta aplicar a “asociaciones” o “sociedades” que, de acuerdo con su esencia, solo abarcan un número limitado de participantes y se hallan temporalmente limitadas, como ocurre con algunas sociedades mercantiles. En estos casos, una separación absoluta de las esferas jurídicas del individuo y de la totalidad, sería perjudicial al crédito, “*pues la dignidad específica de un crédito se basa también en la existencia de un patrimonio independiente pero, en primer término, en la responsabilidad de todos los miembros por las deudas de la sociedad*”.

Desde este punto de vista, resulta trascendente la cuestión de la representación, que en este tipo de sociedades no pasa necesariamente por la creación de un órgano especial. De hecho, la forma más conveniente para los intereses del crédito capitalista es el principio de mancomunidad (*Gesamthand*), consistente en la legitimación, sea de todos los partícipes a través de una actividad jurídica común, sea de cada uno, de algunos o de uno solo, para obrar como representantes de la colectividad. Y en la responsabilidad de todos, con su persona y patrimonio.

Pues bien, señala WEBER¹²⁷ que este principio deriva de la responsabilidad solidaria de la comunidad doméstica¹²⁸ y adquiere su perfil específico en la subsecuente

¹²⁴PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*. Trad. Española en ed. Bosch, Barcelona, 1957, págs. 380 y sigs.

¹²⁵FERRANDIS VILELLA, *La Comunidad Hereditaria*, cit. págs. 56 y sigs.

¹²⁶WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Un Esbozo de Sociología Comprensiva*. cit. pág. 567.

¹²⁷WEBER, Max, *Ob. cit.* pág. 568.

¹²⁸De la que derivaría también como desarrollo adecuado a los fines de la explotación capitalista el derecho actual de la sociedad mercantil en nombre colectivo, dado que las distintas formas de las coman-

comunidad hereditaria, tan pronto como se inicia una separación jurídica del patrimonio hereditario y el patrimonio individual, de la responsabilidad común y la responsabilidad de cada individuo

De este modo, la comunidad *zur Gesamten Hand* se configura como una agrupación natural cuyos fundamentos se encuentran en la comunidad de sangre y en la vida en común. La muerte del cabeza de familia no rompe esta situación; no hace nacer una comunidad hereditaria, sino que continua entre los coherederos la comunidad familiar preexistente. Lo único extinguido es la jefatura del difunto cabeza de familia, que se sustituye por un principio de igualdad y, en consecuencia, si hay un gerente o administrador de la comunidad, éste no actúa en nombre propio —como había hecho en vida el jefe de la familia— sino, simplemente, en calidad de representante. La íntima fusión entre los miembros de la familia, basada en el parentesco y en la convivencia, sobrevive al causante, porque no hay interés en disolver la comunidad familiar.

La titularidad correspondía en todo caso a la “mano común”, y sólo ésta podía actuar con verdadera eficacia jurídica. Es la actuación conjunta de los coherederos, a los que se confieren derechos indeterminados sobre la totalidad, pero ningún derecho concreto sobre bienes singulares, la que permite administrar el patrimonio, responder de las deudas y cobrar los créditos, en un sistema en el que, como destaca ROMÁN GARCÍA¹²⁹, la comunidad hereditaria se extiende tanto al activo como al pasivo hereditario.

Siendo indudable que voluntad conjunta gobierna la comunidad, tanto hacia adentro como hacia afuera, ha de advertirse que la mancomunidad germánica no era incompatible con la atribución a los comuneros de una cierta esfera de autonomía, incluso con la atribución de derechos y deberes individuales respecto a todo o parte del objeto común, ni, como hemos señalado, con la atribución a cada comunero de la facultad de instar la división. Es la facultad dispositiva sobre el objeto común lo que en general, ha de permanecer en la esfera propia de la mano común.

La evolución posterior del derecho de los pueblos germánicos llegaría incluso a reconocer al coheredero una participación concreta sobre la totalidad de la herencia; si bien se trata de una participación que siempre tendrá un carácter indeterminado; incluso en cuanto cuota conjunta solo resultará alienable después de la recepción del Derecho romano.

A falta de regulación legal específica y de un análisis histórico más preciso, los autores españoles suelen atribuir a la comunidad germánica, o “comunidad en mano común”, los siguientes caracteres:

ditas serían combinaciones de este principio con el derecho de la universalmente difundida *commenda* y de la *societas maris*. La sociedad germánica de sociedad limitada, afirma WEBER, es una nueva invención racional para sustituir a la sociedad por acciones, “que no es jurídicamente adecuada a los fines de pequeñas empresas de responsabilidad familiar, especialmente la comunidad hereditaria, y resulta sumamente incómoda para la moderna exigencia de publicidad”. WEBER, Max, ob. cit., pág. 568.

¹²⁹ROMÁN GARCÍA, A. *Derecho de Sucesiones. Instituciones de Derecho Civil Español* (VII). Mc. Graw Hill. Madrid, 1999, págs. 71 y ss.

- (a) Los bienes hereditarios pasan en su totalidad e indivisos a los coherederos y se encuentran afectos a una finalidad colectiva, de modo que existe sobre el patrimonio hereditario una única comunidad, proyectada sobre la totalidad del patrimonio hereditario considerado como una unidad y no tantas comunidades como bienes haya en la herencia¹³⁰.
- (b) Existe un vínculo personal entre los comuneros, habitualmente de carácter familiar, a diferencia de la copropiedad romana o en proindivisión, en la que predomina el carácter real de la relación, esto es: los comuneros se relacionan sólo en tanto en cuanto propietarios del mismo bien.
- (c) Los coherederos no tienen reconocidas cuotas o partes ideales sobre cada uno de los derechos integrantes de la herencia. La titularidad del patrimonio hereditario corresponde a todos como conjunto, lo que no obsta para que cada uno tenga reconocida una participación en la herencia como un todo, pero ninguna en cada uno de los objetos singulares. El derecho de cada comunero puede considerarse completo, pero limitado, en tanto que los demás tienen igual derecho a la totalidad del patrimonio hereditario.
- (d) El coheredero carece por lo tanto de derecho independiente alguno sobre una parte ideal de cada objeto, del cual pueda disponer individualmente. Esa facultad de disposición sobre bienes singulares corresponde solo al conjunto de los coherederos, a la mano común, aunque puede crearse un órgano de administración y disposición con facultades más o menos amplias, sin que esto provoque el nacimiento de un ente social.
- (e) La gestión y disposición de bienes en la comunidad sigue también la regla de la mancomunidad.
- (f) La comunidad hereditaria integra tanto el activo como el pasivo del causante, porque los créditos y las deudas no se dividen automáticamente entre los coherederos.
- (g) Ninguno de los coherederos puede ejercitar la acción de división sobre una o varias cosas concretas de las que forman parte de la herencia, sino que la acción de división se refiere a ésta en su conjunto.

¹³⁰ Señala ROCA SASTRE que el derecho de los comuneros se extiende “a todas y cada una de las cosas de la masa patrimonial, pero no consideradas en su singularidad, sino como elementos integrantes de un todo, y cada uno de ellos tiene un derecho de propiedad completo, pero limitado, porque otro tiene igual derecho a la totalidad, y de aquí que debe reducirse en su ejercicio mancomunado y no según sus cuotas”. Vid. ROCA SASTRE, Ramón M^a, “La comunidad de gananciales: destino en caso de renuncia”, *RCDI*, marzo de 1930, págs. 167 y sigs. También en “La partición hereditaria ¿ es acto traslativo o declarativo de la propiedad?”, *RCDI*, septiembre y octubre de 1929, págs. 641 y sigs.

2.3.3. Posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria

Expuestos los modelos históricos de organización de la comunidad hereditaria con mayor pervivencia e influencia, corresponde ahora dar cuenta de su presencia en la doctrina española, en gran parte dedicada tradicionalmente a la discusión sobre la adscripción de la figura a uno u otro estos modelos, o ante las dificultades planteadas, a la construcción de tesis intermedias. La doctrina moderna, sin embargo, ha abandonado este camino y a menudo considera dogmáticamente inútiles éstos intentos, orientándose preferentemente a la búsqueda de soluciones a los problemas que realmente se plantean.

2.3.3.1. Partidarios de la adscripción “romana” de la comunidad hereditaria

Entre los partidarios de la adscripción “romana” de la comunidad hereditaria en el derecho español figura CHAMORRO¹³¹. Para este autor, en la herencia indivisa no hay comunidad sobre un objeto único, ni siquiera de carácter universal. La comunidad hereditaria se resuelve en una pluralidad de comunidades igual al número de cosas y derechos reales comprendidos en la herencia, y del mismo modo existen tantos créditos y obligaciones “mancomunadas” como derechos y obligaciones individuales existan.

Dichas comunidades se ajustan al tipo de la comunidad romana o por cuotas indivisas, si bien con una especialidad, la restricción que para el comunero implica la carencia de la facultad de disponer de su derecho en cada comunidad, que no podrá ser enajenado, cedido o hipotecado antes de la partición, como sería posible en otros casos al amparo del artículo 399 del Código civil. Esta limitación se explica, según el autor, como una restricción del ejercicio del derecho hereditario indiviso establecida en beneficio de cada coheredero. Es el principio de indemnidad de los coherederos el que impone la limitación de los actos dispositivos sobre las cuotas relativas a los bienes hereditarios antes de la partición, a menos que medie el consentimiento de todos los sucesores universales.

La tesis de CHAMORRO, cuyo punto de partida se encuentra en la negación de la propia existencia y sustantividad del derecho hereditario, que carecería de “objeto”, plantea dificultades, porque no reconoce el carácter patrimonial de la herencia, ni la aplicación del principio de la subrogación real. Los derechos reales o de crédito que se transmiten son los mismos que el causante ostentaba y que, desde el momento de su muerte, pasaron al patrimonio sucesor, sin más especialidad que el sometimiento a un régimen especial que se encamina a la liquidación, y sin que la existencia de varios herederos represente alteración esencial de los mismos.

En alguna medida participa también ROCA SASTRE de esta posición, aunque en un sentido diferente, puesto que admite la existencia de una comunidad unitaria sobre el total patrimonio hereditario, si bien considera dicha comunidad como romana, “*en*

¹³¹CHAMORRO PIÑERO, S., “Los derechos hereditarios”, *RGLJ*, 1941, págs. 325–331.

*cierto modo —o sea, siempre sin ver en la herencia una suma de comunidades sobre cada cosa singular que la integra, ya que, cada una de ellas no puede considerarse aisladamente sino como parte de un todo— puede decirse que la comunidad hereditaria es de tipo romano, pero cada cosa singular está atribuida a los herederos en comunidad germánica o en mano común, y hallándose ausente en ellas, en consecuencia, toda idea de cuota y, por tanto de negociabilidad de la misma*¹³².

La distinción entre objeto mediato y objeto inmediato de la herencia, antes aludida toca una preocupación fundamental, y sirve a ROCA para explicar un aspecto que ha motivado confusión: la comunidad hereditaria es comunidad romana o por cuotas en cuanto recae directamente sobre la herencia, en su unidad patrimonial, ya que las cuotas están configuradas como elementos patrimoniales y son negociables; en cambio, respecto de las cosas o elementos singulares que integran el patrimonio relicto, la comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, “*pues tales cosas, en su individualidad propia, son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ellas pertenece plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas, al mancomún de herederos, precisamente por el hecho de producirse las mismas, en este aspecto, como simples partes de un todo*”.

Siguiendo de cerca esta posición, mantiene ROYO¹³³ que la comunidad hereditaria es, en cuanto a la *hereditas*, comunidad por cuotas, al modo romano, y en referencia a cada bien concreto, comunidad *zur gesamte Hand* o mancomunidad que solo permite la disposición cuando todas las manos concurren a la enajenación o al gravamen.

2.3.3.2. Partidarios de la adscripción de la comunidad hereditaria al tipo “germánico”

La defensa de la adscripción “germánica” de la comunidad hereditaria española se ha realizado, de una parte, sobre la base de la titularidad común del patrimonio hereditario, ligada al concepto de la “*universitas iuris*” y, de otra, sobre la falta de atribución a los coherederos de cuotas sobre bienes y derechos concretos y determinados de dicho patrimonio y de facultad de disponer sobre los mismos, como es propio en cambio de la comunidad ordinaria, puesto que sólo por la división del caudal relicto se adjudican estos a sus titulares.

Es frecuente resumir la defensa de esta posición en las tesis defendidas por GARCÍA VALDECASAS. Para este autor, la comunidad hereditaria comprende una suma o pluralidad de relaciones jurídicas que puede concebirse, bien como una comunidad sobre el patrimonio hereditario considerado como un todo unitario, o bien como una suma de comunidades existentes sobre los distintos derechos singulares que componen la herencia. Pero solo el modelo de comunidad “*zur gesamten Hand*” o en mano co-

¹³²ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, II, pág. 539. Vid. También ROCA SASTRE, *Notas a la traducción española de Ennecerus*, V. 1º, pág. 17

¹³³ROYO, *Derecho sucesorio*, pag 236.

mún “*puede informar y estructurar la comunidad sobre un patrimonio como un todo unitario*”¹³⁴.

La comunidad hereditaria española recae indudablemente sobre la herencia como un todo. Es cierto que “*dentro de ella se pueden distinguir tantas comunidades como derechos singulares integran la herencia*”, pero “*en cada una de estas comunidades no existe división por cuotas, ni puede pedirse la división material del objeto; son típicamente comunidades zur gesamten Hand*”¹³⁵. Y este principio de mancomunidad no se desvirtúa a juicio del autor por el hecho de que, como admite, la comunidad sobre el patrimonio lleve consigo la existencia de cuotas disponibles y la posibilidad de pedir la división de la herencia.

El rechazo jurisprudencial a la división *ipso iure* de créditos y deudas divisibles y la constitución de una comunidad por cuotas sobre cada uno de los derechos reales divisibles como dos de las notas características de la comunidad romana y, al mismo tiempo, la admisibilidad de la indisponibilidad por parte del coheredero de su participación en derechos singulares, como principio característico de la *Gesamten Hand*, han servido como argumento para defender el encaje de la comunidad hereditaria española en este tipo de comunidad.

También DE COSSIO¹³⁶ ha puesto de manifiesto la proximidad de la comunidad hereditaria con la germánica, aunque con matices. Partiendo de la titularidad comunitaria de los coherederos, que tiene por objeto la totalidad patrimonial, y no los elementos concretos que la integran, para este autor la peculiar naturaleza de la relación que vincula a los herederos con la herencia indivisa hace que el derecho hereditario que cada uno ostenta difícilmente pueda ser considerado como un derecho real “... *porque su objeto —la herencia considerada como una unidad indisoluble— no es una cosa, sino un patrimonio*”. En consecuencia, entiende DE COSSIO que la titularidad de los bienes es única e incluye todos los bienes y derechos de la herencia vinculados unitariamente.

LLEDÓ YAGÜE¹³⁷ destaca la condición de la comunidad hereditaria como cotitularidad sobre un patrimonio, sobre una cosa incorporal, (lo que la separa del condominio romano), y en la que los coherederos responden solidariamente de las deudas de la herencia, (art. 1084 Cc), la cual aparece como un objeto unitario de responsabilidad, lo que es también impropio de una auténtica copropiedad romana.

Sin embargo, y a pesar de que estas posiciones han obtenido a menudo influencia en otros autores y, más frecuentemente, en la jurisprudencia, la comunidad hereditaria en

¹³⁴GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, “La comunidad hereditaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, 1953, pág. 242

¹³⁵GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *La comunidad hereditaria*. cit. pág. 256. El autor trata de explicar la comunidad hereditaria española partiendo de la teoría del patrimonio, encuadrándola en la teoría alemana de los llamados patrimonios colectivos o en mano común, que una parte de esa doctrina considera manifestación de las “*universitas iuris*”.

¹³⁶DE COSSIO, A. *Instituciones de Derecho Civil, Tomo II*. Revisado y puesto al día por DE COSSIO Y MARTÍNEZ, Manuel y LEÓN ALONSO, José. Ed. Civitas, 1988, págs 605 y 606.

¹³⁷LLEDÓ YAGÜE, Francisco (Dir.), *Compendio de Derecho Civil, Tomo V*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 420 y 421.

el Derecho español no tiene a nuestro juicio fácil encaje en el modelo de la comunidad germánica.

Por un lado, no se percibe un fin colectivo “funcional” de la comunidad, que constituye, con las matizaciones que hemos señalado al tratar de su función, un estado de tenencia compartida, previo a la partición, cuyo fin primordial es el de desembocar en la liquidación de la herencia. Por otra parte, la participación de cada coheredero es libremente disponible, como resulta del artículo 1067 Cc, siendo así que lo que se trasmite, es el contenido económico que le corresponde al heredero en la herencia, pero no la condición de heredero, que es personalísima del instituido como tal, al modo de una especie de *res extra commercium* (RDGRN. de 29 de agosto de 1925) que no puede ser objeto de cesión (STS. de 9 de octubre de 1962). Finalmente, cada uno de los sucesores puede pedir la división y reparto de la herencia común, puesto que esa es la finalidad de esta comunidad y, hasta que la división se produzca, las normas aplicables a la administración y disposición de los bienes relictos son las de la copropiedad llamada “romana”, regulada en el Código Civil.

Por lo tanto, el único rasgo de la comunidad hereditaria que coincide con los de la llamada comunidad zur Gesamte Hand, es el de que ésta se configura como un todo unitario —aunque sin que ello permita considerarlo como un objeto propio de derecho¹³⁸—, en el que la cuota de los herederos no se proyecta sobre cada uno de los diferentes bienes que se comprenden en la herencia, sino sobre el conjunto. El resto de sus rasgos la aproximan a la llamada comunidad romana.

La razón de que a la comunidad hereditaria se la haya calificado con frecuencia de «germánica» encuentra un motivo histórico, que radica en la idea extendida desde finales del siglo XIX, tanto en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo como en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, según la cual en una herencia los bienes del causante constituyen una unidad cuyo destino primordial es responder por las deudas del causante o las del propio caudal hereditario, resultando posteriormente ser los sucesores quienes habrán de dividirlos entre sí.

En nuestro ordenamiento se han calificado como comunidades germánicas algunas situaciones en las que concurren algunos de los caracteres propios de éste tipo de comunidad pero que, a pesar de su semejanza, constituyen en realidad comunidades colectivas que no coinciden exactamente con aquella. Así se han considerado, además de la comunidad hereditaria, la comunidad conyugal de gananciales (arts. 1344 y ss Cc), y la comunidad de pastos y leñas (arts. 600 a 604 Cc). En los ordenamientos civiles territoriales se han adscrito a este modelo, la comunidad en mancomún de la Ley 377 CDFNav, que es indivisible, salvo pacto unánime, sin que ningún comunero pueda disponer de su parte sin consentimiento de todos los demás titulares, la comunidad en mancomún del art. 585 CDF Arag. sobre pastos, leñas y demás ademprios que provienen de posesión inmemorial o se han constituido mediante título, y en la que todos

¹³⁸Pues, como señala ALBALADEJO, “*es distinto considerar unitariamente un conjunto de bienes y derechos que pertenecen directamente a los comuneros, que estimar que legalmente hay un objeto solo (que sería el que pertenecería directamente a los comuneros), constituido como partes del mismo, por las diversas cosas singulares*”. ALBALADEJO, *Manual de Derecho Civil*, cit. pág. 119, nota núm. 1.

los comuneros son titulares colectivamente y han de actuar de este modo, siendo también la comunidad indivisible, y algunas del CCCat, como las derivadas de regímenes de bienes matrimoniales comunitarios (arts. 232-30 a 232-38) o, más dudosamente, la que resulta de las adquisiciones onerosas efectuadas con pacto de supervivencia (arts. 231-15 a 231-18).

2.3.3.3. Posiciones eclécticas o intermedias

La constatación de que la comunidad hereditaria española participa en sus caracteres de elementos propios de la comunidad romana o por cuotas y de la comunidad germánica, ha llevado a algunos autores a formular tesis intermedias o eclécticas, situadas entre ambos modelos, aunque a menudo con predominio de los elementos de una u otra.

Entre estas posiciones figuran las de GARCÍA GRANERO y SANZ. El primero señala que *“no son totalmente extrañas a la comunidad hereditaria las notas de la gesamte Hand, aunque, fuerza es reconocerlo, en algunos aspectos se parecen más al condominio romano”*¹³⁹. En consecuencia, explica el autor la comunidad hereditaria del Derecho español como una institución híbrida o intermedia, para la que pueden hallarse coincidencias tanto con la comunidad romana como con la germánica.

En el estudio de éstas, distingue GARCÍA GRANERO¹⁴⁰ entre el régimen interno y el externo de las relaciones entre los partícipes en la comunidad: *“En el régimen interno y en cuanto al goce de las cosas comunes, se rige por las reglas de la proindivisión romana, de la que toma también el carácter transitorio y la existencia de cuotas. En el régimen externo, a efectos de garantía de los acreedores de la herencia y de ejercicio de los poderes dispositivos, actúan los principios rectores de la gesamten Hand, de la que asimismo recibe la indeterminación e inconcreción de los derechos eventuales de los coherederos”*.

SANZ parte del cambio de titularidad que se produce en las relaciones del causante como consecuencia de su fallecimiento, quedando en su lugar todos los coherederos conjuntamente, lo que genera una cotitularidad que abraza tanto los elementos activos del patrimonio como las deudas. Ahora bien, esta cotitularidad, afirma el autor, es de muy difícil caracterización, *“pues en algún aspecto se asemeja a la germánica, y en otros, sobre todo en cuanto a las deudas, a la cotitularidad solidaria; en cambio, está muy lejana de la comunidad romana o por cuotas”*¹⁴¹

¹³⁹GARCÍA GRANERO, J. “Cotitularidad y comunidad (*Gesammte Hand* o comunidad en mano común)”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 1946, págs. 623 y sigs.

¹⁴⁰GARCÍA GRANERO, J. “Cotitularidad y comunidad (*Gesammte Hand* o comunidad en mano común)”, cit., págs. 145 y sigs.

¹⁴¹SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva ley hipotecaria*, Ed. Reus, Madrid, 1945, pág. 112.

DE LA CÁMARA¹⁴² entiende la situación de comunidad hereditaria como una manifestación especial de la comunidad romana, referida no a una serie de bienes y derechos sino a la herencia como un todo, esto es, como unidad patrimonial, lo que no significa que la herencia sea un objeto unitario de derechos que se sobreponga a la pluralidad de objetos que la integran, sino solamente que la totalidad de esos bienes y derechos está sometida a un tratamiento conjunto y unitario. De lo que resulta que, aunque en el plano puramente fenomenológico podría pensarse en tantas comunidades como objetos tiene la herencia, esas comunidades no tienen vida independiente, sino que se las considera como formando parte de una sola comunidad y sujetas a un mismo tratamiento jurídico.

Entre las denominadas habitualmente teorías intermedias, en tanto que no adscritas a los arquetipos de la comunidad romana ni de la germánica, se cuenta también la formulada por JERÓNIMO GONZÁLEZ, para quien la comunidad hereditaria se ha resistido siempre a ser tratada como una copropiedad de tipo individualista, pero, por otra parte, no ha llegado a formar un patrimonio independiente ni ha conseguido constituir una situación jurídica sujeta a reglas de liquidación que uniesen estrechamente los bienes con el pasivo. El autor considera a la comunidad hereditaria como un patrimonio autónomo, situándola técnicamente “*entre la personalidad jurídica y la copropiedad*”¹⁴³.

La posición de DE CASTRO¹⁴⁴ sobre esta cuestión está directamente vinculada a su negación de la elaboración conceptual del “*derecho hereditario in abstracto*”. Al tratar del objeto del derecho subjetivo y sobre la base de la distinción entre el objeto del derecho y su contenido, y de la constatación de la moderna extensión del concepto de cosa, el autor excluye la posibilidad de que las *universitas rerum* puedan ser objeto de derechos —y por lo tanto de un supuesto derecho hereditario *in abstracto*—, dado que el derecho subjetivo, en tanto que “*situación firme y clara, de poder concreto*” exige una exacta determinación —natural o económica— del objeto. Sobre el conjunto patrimonial que la herencia representa no se prodría hablar de derechos, sino de titularidad o cualidad jurídica “*que determinará el ser sujeto de una multiplicidad de derechos subjetivos concretos*”.

De CASTRO caracteriza la situación de comunidad hereditaria como de interinidad y considera que los inconvenientes del derecho hereditario *in abstracto* “*hacen preferible admitir que la pluralidad de titulares del patrimonio hereditario... es un obstáculo transitorio (interinidad) para la determinación de quien sea el sujeto de cada derecho*”. Esta indeterminación limitada y transitoria del sujeto respecto de todos y

¹⁴²DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*. Segunda ed. Actualizada por Esperanza Martínez Radio. Ed. La Ley, Madrid 1999, págs 414 y sigs.

¹⁴³GONZÁLEZ, Jerónimo, “La comunidad hereditaria”, cit, págs. 174–175 y 182. Las tesis de JERÓNIMO GONZÁLEZ tuvieron amplia influencia sobre la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que acogieron en algún momento la tesis de la “persona intermedia”.

¹⁴⁴DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Ed. Cívitas, Madrid, 1984, pág. 583. Reedición facsimilar de los dos volúmenes publicados por el Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952.

cada uno de los derechos subjetivos concretos que contiene la masa patrimonial permite a DE CASTRO explicar otras muchas situaciones en las que se produce la atribución de un conjunto patrimonial a un sujeto, como la sociedad de gananciales, la comunidad universal o la masa del concurso.

Obsérvese que entonces la existencia de una pluralidad de herederos no exigiría el reconocimiento de un derecho de copropiedad sobre los bienes que integran la herencia, sino una situación en la que existe una indeterminación transitoria entre varios sujetos respecto de la titularidad de cada uno de los derechos subjetivos que integran el patrimonio hereditario, y que permanecerá hasta tanto tenga lugar la liquidación y adjudicación de los bienes, momento en el cual la titularidad interina devendrá en titularidad concreta de cada coheredero sobre cada uno los bienes y derechos adjudicados.

2.3.4. Crítica de estas posiciones

Para LASARTE¹⁴⁵ las posiciones planteadas en torno a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria han tratado de resolver dos cuestiones centrales, de un lado, la de la determinación objetiva de la comunidad hereditaria y, fundamentalmente, la de si las deudas u obligaciones que integran el pasivo forman parte de la comunidad o si en esta se incluyen solo los bienes y derechos transmisibles y que no se hayan extinguido por el fallecimiento del causante; de otro, la de si los derechos y facultades de los coherederos en situación de indivisión recaen globalmente sobre la herencia, considerada en su conjunto, o si, por el contrario, deben imputarse a todos y cada uno de los bienes y derechos que puedan conformar la herencia entendida en sentido objetivo.

Pero a su juicio, los criterios defendidos tradicionalmente para justificar la adscripción de la comunidad a alguna de las formas básicas, romana o germánica, no admiten una conclusión terminante para el debate. Este se resume en la aparente paradoja de que, respecto de los bienes concretos, la comunidad hereditaria reclama la idea de mancomunidad o actuación común de todos los coherederos, mientras que, respecto de la herencia globalmente considerada, resulta posible reclamar la aplicación del esquema típico de la comunidad por cuotas.

También LACRUZ ha rechazado este planteamiento, que trata de resumir la cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria en la dicotomía entre estos dos modelos tradicionales, entendiendo que no es posible abordar la comparación entre comunidad romana y germánica sin incurrir en equívocos, especialmente en razón de la debilidad de la construcción de esta “*comunidad germánica*”, que no se corresponde a su juicio con ninguna en particular, sino que se trataría de una “*síntesis arbitraria realizada sobre los ordenamientos jurídicos de muchos pueblos en diversas épocas*”, que carecen, además, de características comunes¹⁴⁶.

¹⁴⁵LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho civil VII. Derecho de Sucesiones*. Ed. Marcial Pons, 6ª edición, 2010, págs. 328–329

¹⁴⁶LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, t. III, vol 2, cit. págs. 496 y sigs. Señala el autor: “*En primer lugar, el anacronismo de poner en pie de igualdad dos ordenamientos jurídicos en etapas*

Sin embargo, el citado autor no duda que en nuestro derecho se puede encontrar una serie de instituciones, de carácter general o de particularidad específica, que responden, en mayor o menor grado, a algunos de los rasgos que se predicen del modelo de comunidad germánico. Entre ellos se encuentran la comunidad hereditaria, la comunidad conyugal, los montes vecinales de mano común y los aprovechamientos comunales de pastos y leñas.

En ocasiones, la jurisprudencia ha relativizado incluso las diferencias entre ambos tipos de comunidad. Lo hizo así la sentencia de 10 de abril de 1990 (FJ 1º), en un supuesto de comunidad sobre arrendamiento, concediendo escasa importancia, excepto desde el punto de vista conceptual, a las diferencias tradicionalmente señaladas entre los dos principales arquetipos de comunidad, destacando sus elementos generales comunes: *“su diferenciación es más de tipo conceptual, y así se entiende en la primera pertenecer a los titulares individualmente en porciones ideales o cuotas indivisas, mientras en la segunda o comunidad en manos reunidas, se entienda pertenece a la colectividad de la que forman parte cada uno de los copropietarios, pero siempre en una y otra ofreciéndose ese carácter que le es común la de la su indivisión actual, sus cuotas o porcentajes lo son ideológicos o imaginativos en total oposición a toda significación de determinación o división material o física específica, sobre la que recae sus derechos”*.

Señala asimismo la Sentencia que *“cuando una cosa o un derecho en el presente supuesto el arrendamiento del local objeto de autos, corresponde por cuotas (partes indivisas) de tal modo que pertenece a todos, pero sin que ninguno tenga derecho privativo a toda la cosa o parte determinado, puesto que al no estar dividida materialmente, esa parte no es física o material, separada de las demás sino, como antes se decía, ideal o intelectual, que sólo se concibe con la imaginación, determina que sea esa comunidad la que a través de sus componentes disfruta de la cosa o del derecho como verdadera y único titular; es decir, se reconoce a cada comunitario todas las facultades dominicales, pero limitadas por igual derecho de los demás”*.

muy distintas de su desarrollo: un ordenamiento como el romano, en fase de avanzada madurez técnica y al servicio de un Estado y una sociedad muy evolucionados, y otros, los resumidos bajo el nombre de “derecho germánico”, en una etapa muy incipiente de economía familiar y tribal, y operando en un medio social y político primitivo. Luego, la circunstancia de que no existe un “Derecho germánico”, sino los ordenamientos, mal conocidos, de multitud de pueblos y tribus, de los cuales la doctrina extrapola unos rasgos más o menos comunes de tal modo que acaso el resultado de la extrapolación no coincida con ninguna normativa histórica. Y finalmente, y esto es lo más grave, el hecho de que la comunidad germánica que describen los autores, y más todavía los españoles, no es una comunidad concreta regulada por algunas leyes concretas de algún concreto pueblo para una concreta ocasión, sino una síntesis arbitraria realizada sobre los ordenamientos jurídicos de muchos pueblos en diversas épocas, y además asumiendo notas características de algunos tipos de comunidad —sobre todo, de las familiares—, que faltan, sin embargo, en otros. La que propone, entonces, la doctrina como “comunidad germánica” es una abstracción, un modelo teórico, pero no un instituto operante, en términos generales, en un tiempo y lugar determinados”.

2.3.5. Posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado

La mayor parte de las teorías estudiadas han tenido reflejo en la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y el Notariado, que a su vez han evolucionado influyéndose mutuamente, mostrando desde resoluciones muy tempranas preocupación por la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria y por las consecuencias prácticas de unas y otras concepciones, particularmente a los efectos de los actos dispositivos y del acceso de los derechos al Registro de la Propiedad¹⁴⁷.

La posición del Tribunal Supremo fue evolucionando desde la afirmación inicial de la comunidad hereditaria española como un tipo de comunidad germánica. Esta posición se produce en respuesta al problema de la posibilidad o no de transmitir bienes concretos de la masa por uno solo de los coherederos, y a la eventual registrabilidad de tales transmisiones, y es adoptada a partir de la sentencia de 4 de abril de 1905¹⁴⁸, que inició un nuevo camino al negar al coheredero título de dominio sobre bienes concretos y determinados, mientras la herencia no se liquide y, por consecuencia de ella, se haga la correspondiente adjudicación. La sentencia admitió la aplicación del artículo 399 Cc, pero limitando el efecto de la cesión o hipoteca a la parte que se adjudique al heredero al cesar la comunidad, al tiempo que reconoció al coheredero la facultad de disponer antes de la partición de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia.

A ésta siguieron las sentencias de 30 de enero de 1909 y 19 de noviembre de 1929¹⁴⁹ y 5 de julio de 1958¹⁵⁰, posteriormente reiterada en las de 2 de abril de 1971;

¹⁴⁷Una completa exposición de la evolución de la primera jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo en torno a la naturaleza de la comunidad hereditaria puede consultarse en GONZÁLEZ, Jerónimo, “La comunidad hereditaria”, *RCDI*, 1931, págs. 177–179.

¹⁴⁸En suma, la sentencia reconoce que el heredero puede disponer, aún antes de la división de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia; ahora bien, mientras ésta no se liquida, y, por consecuencia de ella, se hace la correspondiente adjudicación de lo que a aquel corresponda, carece de verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados. Esta doctrina del Tribunal Supremo, favorable a la admisibilidad de actos dispositivos condicionales antes de la partición fue considerada ambigua por JERÓNIMO GONZÁLEZ Ob. cit, pág. 364), y contradictoria por GARCÍA BERNARDO LANDETA, puesto que si el coheredero carece de título de dominio sobre bienes concretos, no se entiende bien como puede disponer de la parte que se le adjudique en ellos al cesar la comunidad. Véase GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo. “Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo”. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 49–50, julio–diciembre, 1965, pág. 95.

¹⁴⁹En similares términos a la de 4 de abril de 1905, ésta Resolución estableció que mientras la herencia esta indivisa, a cada heredero “sólo le corresponde una participación en la comunidad hereditaria, de donde se sigue que un coheredero sin la representación de los demás no puede transmitir el dominio de una cosa de la herencia”.

¹⁵⁰La sentencia estima condicional, y no nula, la venta de un bien de la herencia otorgada por un solo coheredero antes de la partición, alegando que se trata de una obligación, y no de un derecho real: “el heredero podrá incluso en estado de indivisión, enajenar por si mismo no solo la porción de cuota ideal que le corresponde en el as hereditario, sino igualmente las cosas determinadas comprendidas en el caudal relicto, si bien con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones particionales”.

5 de mayo de 1972 y otras muchas, entre ellas, recientemente, la de 2 de diciembre de 2010 (FJ 3º) para la que “*Efectivamente, y es doctrina y jurisprudencia constante de nuestros tribunales, la comunidad hereditaria se constituye como una comunidad germánica*”.

Por su parte, la Dirección General de los Registros y el Notariado partió, bajo postulados eminentemente prácticos, de la consideración de los coherederos como dueños proindiviso de cada elemento de la herencia, al modo romano (RR. de 16 de diciembre de 1876; 25 de febrero de 1888¹⁵¹ y 14 de diciembre de 1894). La comunidad hereditaria era considerada como comunidad por cuotas sobre cada uno de los elementos que la integran, admitiendo la inscripción proindiviso del derecho hereditario, entendiendo como indisputable el derecho que asiste a todo condueño para inscribir su participación en la cosa común.

Esta posición tenía la ventaja de permitir a cada coheredero la inscripción de su título sucesorio sobre cada uno de los bienes existentes en la herencia, aun antes de la partición (RR. 1 de julio de 1863, 2 de marzo de 1864, 26 de noviembre de 1864 y 7 de octubre de 1880) lo que, sin duda, resultó altamente beneficioso para los interesados.

En los años veinte¹⁵², siguiendo la influencia de JERÓNIMO GONZÁLEZ y con base en el Reglamento Hipotecario de 1915, que permitía la inscripción de los actos dispositivos sobre el derecho hipotecario inscrito y concebido como cuota indivisa sobre bienes singulares de la herencia, acoge también el Centro Directivo en algunas Resoluciones la tesis de la persona intermedia (RR. de 22 de septiembre de 1924 y 29 de agosto de 1925). En Resoluciones de 21 de febrero de 1923, 22 de septiembre de 1924, 29 de agosto de 1925, 6 de diciembre de 1926 y, finalmente, en la de 1 de diciembre de 1927, la Dirección General trató de explicar a través de la naturaleza jurídica de la herencia indivisa como “universum ius” el hecho de que se admitiera la inscripción del derecho hereditario sobre cada finca de la herencia a nombre de cada coheredero, medida por su “cuota”, testada o intestada, si bien en realidad, esa “cuota”, nada decía del derecho de cada coheredero sobre la finca objeto de la inscripción, sino sobre un objeto diverso, el patrimonio hereditario¹⁵³.

¹⁵¹La Dirección General de los Registros y del Notariado exigió en esta Resolución para poder inscribir el derecho hereditario, en primer lugar que los bienes figurasen inscritos a favor del causante, y en segundo lugar, que hubiese un solo heredero, o varios que soliciten la inscripción *pro indiviso*. La situación jurídica así constituida no se diferencia de la copropiedad romana, y los coherederos podían inscribir su participación en la cosa común —entendiendo por tal no la masa hereditaria como *universitas*, sino los bienes— con absoluta independencia de los demás partícipes.

¹⁵²El asunto preocupaba a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en 1920 propuso como tema de las Memorias que habían de redactar los registradores el de los inconvenientes prácticos que planteaba el artículo 71 RH y concordantes para la inscripción y gravamen del derecho hereditario. El resumen de las memorias se publicó en el Anuario de 1922 (págs. 504 y ss.).

¹⁵³Véase GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, “Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo”, cit., págs. 98 y 99. Para el autor, las Resoluciones citadas se encontraban ante el dilema de acercar la comunidad hereditaria a la concepción romana para hacer inteligible el artículo 71 del RH de 1915, o acercarla a la comunidad germánica para cumplir con los artículos 1067 y 1068 del Cc y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo reseñada, y optó con acierto por alejar la herencia indivisa del sistema romano.

El Tribunal Supremo se inclinó posteriormente, a favor de la consideración de la comunidad hereditaria como un tipo especial de comunidad, situada entre el condominio ordinario y la persona moral y dotada de un principio de régimen orgánico. Es paradigmática en esta dirección la importante sentencia de 30 de abril de 1935, en la que se planteó abiertamente la cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, al declarar que la comunidad entre coherederos, constituye “*un tipo especial de comunidad que si bien está comprendida en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el tit. III del libro II del Código civil, tiene características propias y un principio de régimen orgánico, que la erigen en una categoría intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral...*”¹⁵⁴.

Acogieron también esta tesis numerosas sentencias, como las de 25 de noviembre de 1961; 17 de marzo de 1963; 17 de mayo de 1963 y 21 de marzo de 1968 así como otras posteriores, defendiendo algunas de ellas el derecho hereditario *in abstracto* y la construcción jurídica consiguiente (SS. de 29 de enero de 1943; 6 de mayo de 1958; 25 de noviembre de 1961; 17 de marzo de 1963; 11 de diciembre de 1964; 17 de marzo de 1966; 6 de febrero de 1984; 7 de marzo de 1985 y 16 de mayo de 1991), en tanto que en alguna sentencia aislada, como la de 7 de octubre de 1963, defendía el Tribunal Supremo, por el contrario, la tesis negativa del derecho hereditario *in abstracto*.

Posteriormente, el Centro Directivo afirmó la separación de la comunidad hereditaria respecto de la comunidad ordinaria de corte romano regulada por nuestro Código civil, aproximándose más a su caracterización como comunidad germánica. Ejemplo de esta posición fue la Resolución de 29 de agosto de 1925, que afirmó que “*la situación jurídica de una masa hereditaria correspondiente a varias personas se distingue de la propiedad proindiviso inscribible por cuotas: primero en que se refiere a un patrimonio, y no a un objeto singular; segundo, en que el coheredero no puede disponer hipotecariamente de la parte de un inmueble que acaso haya de pertenecerle cuando se realice la partición; y tercero, en que está admitida la inscripción sobre una finca cualquiera de las cuotas que los coherederos se atribuyen en la unidad patrimonial, aunque ésta pueda contener inmuebles inscritos en diferentes Registros a nombre de los causantes*”.

En esta línea de razonamiento, la Resolución de 21 de febrero de 1925 estableció las características propias de la comunidad hereditaria española frente a la romana,

¹⁵⁴Para GARCÍA VALDECASAS “*esta categoría intermedia no puede significar otra cosa que una mancomunidad de tipo germánico*”. Se apoya este autor en que la misma sentencia afirma que a la suma de todos los coherederos corresponde íntegramente la titularidad sobre el patrimonio hereditario, y sobre las cosas individuales que lo integran, lo que significa que todos los coherederos conjuntamente pueden disponer de bienes particulares, bien se construya como disposición colectiva del singular objeto o bien como una pluralidad de disposiciones simultáneas sobre las partes alicuotas del mismo. Vid. GARCÍA VALDECASAS, “*La comunidad hereditaria*”, cit. pág. 250.

Por otra parte, señala GARCÍA-BERNARDO LANDETA que, de un lado, el principio de organización, que separa la herencia indivisa de la copropiedad, y la acerca a la persona jurídica, es contradictorio con la finalidad de la herencia indivisa, finalidad liquidatoria, y, por lo tanto, transitoria y extintiva; y de otro, la categoría intermedia es algo muy difuso, pues en la herencia y en el condominio hay pluralidad de sujetos y en la persona jurídica, uno solo. Véase GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, “*Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo*”, cit. pág. 102.

señalando que se trata de “*una comunidad forzosa de caracteres específicos que liga a los interesados en forma mucho más enérgica que la proindivisión ordinaria, tanto por las consecuencias derivadas de la representación del “de cuius” y de la solidaridad con la que responden de sus obligaciones, como por la indeterminación de los derechos que a cada heredero corresponden en las cosas hereditarias*”.

Varias sentencias del Tribunal Supremo (SS. 4 de abril de 1905; 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909 y 18 noviembre de 1918) habían negado a los coherederos, durante la situación de indivisión cualquier derecho sobre bienes concretos de la herencia, y motivaron un cambio radical en la doctrina del Centro Directivo que transitó hacia la comunidad en mano común en las Resoluciones de 21 de febrero de 1923; 6 de diciembre de 1926; y 27 de enero de 1987, (ésta como “*obiter dictum*”).

Un poco más allá fue la Resolución de 1 de junio de 1943, al afirmar que “*el derecho hereditario, admitido por las disposiciones que implantaron la primitiva Ley Hipotecaria para enlazar los títulos universales mortis causa con las fincas y derechos inscribibles, desenvuelto más tarde en una forma un poco ambigua, como si se apoyara en la antigua doctrina de que, dada la unidad de la herencia, los herederos son propietarios proindiviso de los bienes relictos desde la muerte del causante, y, por último, regularizada bajo la influencia del Derecho alemán como mancomunidad de orden privado o copropiedad en mano común, entra en la práctica actual a gozar de los privilegios del Registro, sin ajustarse rigurosamente a los principios de prioridad, publicidad y especialidad, y puede introducir la confusión en los libros hipotecarios si no se vigila escrupulosamente el contenido de los documentos presentados para inscribirlo*”.

La sentencia de 6 de mayo de 1958, inspirada en las tesis de ROCA SATRE, definiendo claramente la postura del Tribunal Supremo en esta cuestión, señalando que:

la comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que estas se hayan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables; mientras que respecto de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas, en su individualidad propia, son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ellas pertenece plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas, al mancomún de herederos, precisamente por producirse las mismas, en este aspecto, como simples partes de un todo, y registrado el derecho hereditario, el asiento lo publica en su propia naturaleza, o sea como cuota de un patrimonio del cual la finca o derecho inscrito es uno de tantos elementos integrantes, hasta que por la partición se transforman las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados.

La sentencia trata de cohonstar los derechos que los coherederos ostentan sobre el patrimonio (de cuota) y los que ostentan sobre los diversos elementos que integran la herencia (de mancomún), pues la cuota sobre el patrimonio es negociable, mientras que las cosas pertenecen “*plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas, al*

mancomún de los coherederos”, pero les pertenecen “*como simples partes de un todo*”. No son, pues, las cosas las que constituyen el objeto del derecho, sino la herencia en su unidad patrimonial.

La STS de 5 de noviembre de 1992 (FJ Cuarto, 1º), tras reiterar la doctrina de la Sala de que el testamento por sí sólo no es suficiente para justificar la adquisición de la herencia, mientras no se lleve a cabo su liquidación y, por consecuencia de ella, la partición y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente (STS de 7 de junio de 1958), señala que el patrimonio del causante viene a constituir una especie de comunidad de bienes mientras permanece indiviso, la cual cesa al efectuarse la partición, que confiere a los herederos la propiedad exclusiva de los bienes que se les hayan adjudicado (Sentencia de 14 de noviembre de 1958), y que si bien ni el testamento ni la declaración de herederos *abintestato* son por sí solos títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados, porque tales títulos solo confieren un derecho abstracto sobre el patrimonio relicto que permanece en indivisión, no es menos cierto que, una vez practicada la partición, aquel derecho abstracto se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le hayan adjudicado, ostentando a partir de dicha adjudicación, una titularidad ordinaria (Sentencia de 1 de julio de 1986).

La jurisprudencia ha venido admitiendo, pues, dentro de la comunidad hereditaria la existencia de cuotas y la negociabilidad de las mismas, pero entendiendo que estas recaen sobre la herencia como patrimonio o universalidad, no sobre los derechos determinados que la integren. En consecuencia, se admite que cada heredero podrá disponer de la parte alícuota indivisa que le corresponda en la herencia; pero no de bienes concretos, ni siquiera la parte proporcional que pueda corresponderle en bienes concretos y determinados que formen parte de la misma —a menos que se haga afecta a la eventualidad o condición de que la cosa o porción enajenada sea adjudicada al condueño enajenante—, porque como muy reiteradamente se ha afirmado, mientras no se practica la división, los coherederos carecen de verdadero título de dominio sobre tales bienes, y no puede concretarse cuales corresponden a cada uno de los coherederos.

La STS de 26 de enero de 2012 (FJ 2º) reitera¹⁵⁵ que el objeto de la partición es la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación del activo de la herencia, “*especificando cuotas abstractas en derechos concretos, sustituyendo las cuotas o derechos que tienen los coherederos en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se adjudican; la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero*”.

La moderna jurisprudencia tiende, como también la doctrina, a no plantear la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria bajo la tradicional dicotomía entre la comunidad romana o por cuotas y la comunidad germánica, y opta más frecuentemente por caracterizar la figura en lo necesario para extraer consecuencias que permitan fundamentar la solución del caso concreto.

¹⁵⁵Ccitando las anteriores SS. de 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 3 de febrero de 1999, 28 de mayo de 2004 y 12 de febrero de 2007.

Esta jurisprudencia se produce a menudo en el momento de la partición y enfoca la situación de indivisión desde entonces, especialmente en torno a la titularidad y a la naturaleza de los derechos que hasta ese momento ostentaban los coherederos, al momento en que surge realmente en su favor el derecho de propiedad —que se fija en la partición y adjudicación de los bienes, y no en la aceptación de la herencia— y, en su consecuencia, a la falta de legitimación que hasta ese momento tienen para ciertos actos que requieren la condición de propietario, como el ejercicio de la *actio communi dividundo* sobre bienes concretos incluidos en el patrimonio hereditario o la reclamación de estos para sí, y no para la comunidad.

2.3.6. Conclusiones. “Una paradoja a modo de confusión”

Acaso el planteamiento de los dos modelos históricos sea hoy poco más que una idealización y una simplificación, aunque hayan tenido y tengan su pertinencia para comprender la comunidad hereditaria, y probablemente sea más adecuado atender a sus características propias para elaborar un régimen orgánico que, atendiendo a una prelación normativa que privilegia la autonomía de la voluntad, sea capaz de dar respuesta a los problemas que se plantean.

Para el Derecho español, la contigüidad de los dos modelos en algunos puntos fundamentales ha producido, a juicio de ROCA SASTRE, PUIG FERRIOL, BADOSA COL¹⁵⁶ y LASARTE “una paradoja a modo de confusión” que impide distinguir el juego diverso de los dos tipos de comunidad. Si consideramos los bienes concretos que integran el patrimonio hereditario, la comunidad hereditaria parece responder al modelo de comunidad germánica, ya que se precisa la actuación conjunta o mancomún de todos los coherederos, singularmente a efectos de la realización de actos dispositivos, ya que ninguno puede disponer aisladamente de aquellos sin el concurso de los demás. Sin embargo, si cambiamos el enfoque y observamos la herencia globalmente, es posible reclamar la aplicación del esquema propio de la comunidad romana o por cuotas, ya que cualquier coheredero es libre de disponer de su participación ideal sin necesidad de contar con la anuencia de los demás.

Ya la STS de 23 de junio de 1958 expresaba la paradoja que inevitablemente confunde este planteamiento, dado que la comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que estas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables, mientras que, respecto de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto, dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas, en su individualidad propia, son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ellas pertenece plenamente en bloque o sin configuración de cuotas al mancomún de herederos precisamente por

¹⁵⁶ROCA SASTRE, R. M^a, PUIG FERRIOL, L.; BADOSA COLL, F, “Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. Kipp”, en *Tratado de derecho Civil. Ennecerus, Kipp y Wolf*. T. V Derecho de sucesiones, vol II. Ed. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 253; LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho civil VII* cit., pág. 331.

el hecho de producirse las mismas, en este aspecto, como simples partes de un todo. En consecuencia, registrado el derecho hereditario, el asiento lo publica en su propia naturaleza, o sea, como cuota de un patrimonio del cual la finca o derecho inscrita es uno de tantos elementos integrantes, hasta que por la partición se transformen las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados.

Tampoco las normas que contiene el Código civil respecto de la comunidad hereditaria ayudan a dilucidar estas cuestiones. El art. 1084 Cc, referido al pago de las deudas hereditarias después de la partición, no parece adoptar los principios rectores de la comunidad romana, al establecer implícitamente que las deudas del causante no se dividen automáticamente entre los coherederos en el momento de adquirir estos la herencia, puesto que este efecto sería contradictorio con la responsabilidad solidaria que como regla general consagra dicho artículo para todas las deudas hereditarias, divisibles o indivisibles. Sin embargo, otros preceptos, como el art. 1514.2º y el art. 1517, sobre el ejercicio del retracto convencional parecen argüir a favor de aquel modelo. Es cierto la comunidad de bienes que regulan los artículos 392 y siguientes del Código civil, que han de aplicarse con carácter supletorio a la comunidad hereditaria puede referirse tanto a bienes y derechos singulares como a un patrimonio, pero lo es también que regulan sobre todo la situación relativa a la copropiedad, y en ninguno de ellos se alude al patrimonio.

La influencia de las tesis formuladas en torno a los modelos de la comunidad romana y la comunidad germánica ha seguido congregándose en torno a la cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria hasta constituirse en un obstáculo para la visión clara del problema.

En buena medida, el debate la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, en su recorrido histórico, resulta útil para la mejor comprensión de la institución, pero está vigente solo en tanto del mismo puedan extraerse conclusiones, de cara a perfilar mejor su régimen jurídico y de funcionamiento. Esta opinión comparten distintos autores en la doctrina reciente:

- (a) Entiende LASARTE¹⁵⁷, que la cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria no admite una conclusión terminante si se aceptan los criterios tradicionalmente defendidos respecto de los dos tipos o modalidades básicas de comunidad, la romana y la germánica. En efecto, la inexistencia de cuotas y la exclusión de la posibilidad de dividir el haber común que habitualmente caracterizan a la comunidad germánica, la alejan de la situación de comunidad hereditaria, en la que la posición de los coherederos se representa en una cuota respecto del haber, si bien, mientras la comunidad subsista, ninguno de los coherederos puede atribuirse cuota alguna respecto de ninguno de los bienes que forman parte de la masa. En lo que hace a éstos, no cabe hablar de copropiedad por cuotas. Se produce de este modo, señala esta autor, la aparente paradoja de que, respecto de los bienes concretos, la

¹⁵⁷LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de Sucesiones*, cit, págs. 330–331.

comunidad hereditaria reclama la idea de la mancomunidad o actuación conjunta de los coherederos, en tanto que, respecto de la herencia globalmente considerada, es posible reclamar la aplicación del esquema típico de la copropiedad por cuotas.

- (b) En opinión de COLINA GAREA¹⁵⁸ en el Derecho español resulta inútil intentar reconducir la comunidad hereditaria a la alternativa de los tipos romano y germánico, ya que, al poseer aquélla notas y cualidades propias de uno y otro tipo, no resulta fácilmente encajable en ninguno de los dos. Es más, la configuración de la comunidad hereditaria con arreglo al tipo de la comunidad romana o con sujeción al tipo germánico, no resuelve todos los problemas que presenta aquella comunidad en el Derecho actual. Las cuestiones que se planteen encuentran solución sin necesidad de recurrir a la naturaleza jurídica que corresponda a esta peculiar forma de comunidad¹⁵⁹. Por otra parte, de los diversos preceptos del Código Civil se puede extraer una regulación positiva más o menos completa de la comunidad hereditaria, de la cual se pueden deducir rasgos característicos de esta institución sin necesidad de intentar adscribirla a los moldes romanos o germánicos¹⁶⁰.
- (c) También para CLEMENTE MEORO¹⁶¹ la discusión resulta en buena medida ociosa, si atendemos a su régimen y apreciamos que muchas de las cuestiones que se plantean encuentran solución sin necesidad de recurrir a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria.

La naturaleza de la comunidad hereditaria en nuestro Derecho debe partir de su calificación como una comunidad forzosa, universal, de carácter transitorio e incidental y de sus rasgos privativos, que impiden su perfecto encaje en ninguno de los modelos históricos estudiados si no es a costa, como señaló FERRANDIS VILELLA¹⁶² de una interpretación forzada de su régimen jurídico

Pero es cierto también que la falta de un régimen general y sistemático para la comunidad entre coherederos obliga a acudir, en lo que no resulte incompatible con los escasos preceptos referidos a la comunidad hereditaria, al de la comunidad ordinaria, y aunque éstas contemplen fundamentalmente la copropiedad sobre cosas singulares y no puedan resolver satisfactoriamente otros problemas propios de la comunidad hereditaria, rigen en aspectos tan importantes como la defensa, administración, uso, disfrute, disposición y extinción de la comunidad, en defecto de disposición del causante o acuerdo de los coherederos. Y la comunidad ordinaria que regulan los artículos 392 y siguientes y que generalmente se considera el tipo general de comunidad en nuestro ordenamiento, se halla construida fundamentalmente sobre los principios de

¹⁵⁸COLINA GAREA, Rafael, “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, 2002, pág. 240.

¹⁵⁹Como ya señaló FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, págs 55–56.

¹⁶⁰Sigue aquí también COLINA a FERRANDIS VILELLA, *La comunidad Hereditaria*, cit, pág. 56.

¹⁶¹MEORO, Clemente, “La comunidad hereditaria”, en *Derecho de Sucesiones*, coord. Por Vicente Montés, pág. 584

¹⁶²FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit. pág. 56.

la comunidad romana y, en particular, sobre la idea de cuota, que es la medida de la participación del coheredero sobre la masa hereditaria (aunque no se conceda sobre cada uno de los bienes del caudal relicto, y por eso no puede afirmarse la existencia de tantas comunidades como bienes y derechos singulares).

Esta afirmación de las cuotas ideales y negociables sobre la herencia concebida en su totalidad, que se basa en una participación indeterminada sobre los objetos y derechos singulares, es la que señala fundamentalmente la ordenación de las relaciones entre los coherederos y la que autoriza la consideración de la comunidad hereditaria como una comunidad próxima a la romana, sobre todo desde el punto de vista del derecho positivo, aunque, como ha quedado dicho, con aspectos singulares o privativos.

Estaríamos así en presencia de un tipo especial de comunidad comprendida en el marco general de la comunidad ordinaria que regulan los artículos 392 y siguientes del Código Civil y que, si no un régimen completo, sistemático y bien definido, tiene al menos un principio de régimen orgánico¹⁶³. Y ello teniendo muy en cuenta que este régimen es supletorio respecto de las normas específicas que, sobre todo en sede de partición, recoge el Cc y de los pactos o acuerdos de los coherederos, capaces de modelar aspectos esenciales de la comunidad hereditaria, en atención a los intereses de los copartícipes.

Lo que resulta verdaderamente interesante, como advierte COLINA GAREA¹⁶⁴ es centrarse en el análisis del régimen jurídico aplicable a la comunidad hereditaria en el Derecho español para extraer del mismo sus rasgos de identidad, al margen de que en virtud de ellos resulte encuadrable en el modelo romano o germánico.

Éste régimen propio resulta de las soluciones legales, del uso del margen de autonomía concedido a los coherederos para, a través de los pactos, modelar la figura dentro de los límites del derecho imperativo, y de las aportaciones de la jurisprudencia, que, unidas a la elaboración de la doctrina han acabado por construir un *corpus* de soluciones, enriquecidas por las adoptadas en algunos derechos civiles territoriales, que ofrece respuesta a los problemas más frecuentes, y que se ha ido adaptando a las necesidades. El recurso a los artículos 392 y siguientes del Código ha de hacerse con cautela, pues se trata de un régimen pensado sobre todo para la copropiedad, que, en aplicación a la comunidad hereditaria, requiere adaptación a sus especiales características.

¹⁶³La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 11 de diciembre de 1998 determinó la forma de conciliar esa concepción de la comunidad hereditaria con el principio de especialidad en los términos previstos por los artículos 9 de la Ley y 51 y 54 del Reglamento, al señalar respecto de las formas de cotitularidad, que no recaen sobre bienes individuales, sino sobre patrimonios, que «su reflejo registral debe acomodarse a sus específicas características, de modo que en la inscripción de cada uno de los singulares bienes que las integran, habrán de recogerse las circunstancias necesarias para que quede debidamente expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe, esto es, practicando el asiento a favor de los cotitulares de la masa patrimonial en que aquél se integra, con especificación de sus respectivas cuotas sobre el todo, en su caso, las especiales normas de gestión y disposición que conforme al título resulten aplicables».

¹⁶⁴COLINA GAREA, Rafael, "Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, 2002, pág. 240.

2.4. Caracteres de la comunidad hereditaria

Aunque acudiendo a distinta terminología, la mayoría de la doctrina actual coincide en caracterizar la comunidad hereditaria con las notas que a continuación estudiamos:

1. La comunidad hereditaria constituye *comunidad de carácter universal*, que no recae sobre bienes particulares y concretos, sino sobre la herencia globalmente considerada como una unidad, esto es, sobre una “*universitas*”. Con las matizaciones que han quedado expuestas, se entiende que generalmente que no hay sino una única comunidad que se proyecta sobre la herencia concebida como un conjunto unitario de objetos cuya vinculación intelectual se produce en base a su pertenencia al causante, de modo que no puede afirmarse que existan tantas comunidades como bienes haya en la herencia.

Sobre la herencia así concebida, lo que los herederos ostentan es una titularidad compartida, o si se quiere un “derecho abstracto”, que está en función de las cuotas que tengan en la sucesión, y que en ningún caso se proyecta sobre todos y cada uno de los bienes o derechos que componen el haber hereditario, sino en la titularidad de la misma, concebida como una unidad.

Pese a ello se admite que todo copartícipe pueda disponer libremente de su cuota sin necesidad de contar con el concurso o anuencia de los demás, aunque no de su participación en bienes o derechos singulares, quedando a salvo el derecho de retracto que se contempla en el art. 1067 Cc para el caso de que la enajenación o transmisión hubiese sido efectuada a favor de un tercero extraño a la comunidad. En cambio, ningún coheredero puede disponer o realizar alteraciones sobre particulares bienes concretos por sí mismo y aisladamente, ya que para ello se exige el consentimiento unánime de todos y cada uno de ellos (art. 397 Cc). En este punto rige el criterio de la actuación mancomunada o conjunta de la comunidad.

La cuota no sirve como medida inmediata de responsabilidad por las deudas, puesto que no rige en nuestro Derecho el principio *nomina et debita ipso iure dividuntur* y, en consecuencia, los créditos y las deudas de la herencia no se dividen automáticamente entre los coherederos en proporción a sus cuotas.

Desde el carácter universal de la comunidad hereditaria se entiende la norma del artículo 42.6º de la Ley Hipotecaria, que permite a los herederos pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos hereditarios en el Registro correspondiente, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos¹⁶⁵.

¹⁶⁵El artículo 152 del RH establece que “a los efectos de las anotaciones preventivas reguladas en los artículos anteriores, los legatarios de parte alícuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos”, lo que significa que nuestra legislación hipotecaria no permite al legatario de parte alícuota obtener la anotación preventiva de legado prevista en el artículo 42.7º de la LH, sino la anotación preventiva de derecho hereditario del artículo 42.6º de la misma. Cfr. GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, ed. Civitas, 1990, comentario en nota núm. 35, pág. 180.

Por lo tanto, nuestro sistema registral no autoriza a los coherederos a solicitar la inscripción registral de cuota a su favor respecto de los bienes que obran en el Registro inscritos a favor del causante, sino que les atribuye solo la facultad de instar la anotación preventiva de su derecho hereditario abstracto¹⁶⁶ sobre los bienes inmuebles que formen parte del haber hereditario. Lo que quiere decir, sin duda, que la comunidad hereditaria se concibe también en nuestro sistema registral como universal porque el derecho de cada copartícipe no se proyecta sobre bienes concretos, sino sobre la totalidad de la herencia universalmente considerada, y sólo así puede acceder al Registro de la propiedad en tanto no tenga lugar la división y adjudicación de los bienes.

Así resulta del artículo 46.1 LH que dispone que *“el derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, solo podrá ser objeto de anotación preventiva. Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trata de anotar”*.

2. La comunidad se califica de *“hereditaria”*, sin que la calificación signifique que todos los herederos o solo los herederos participen en ella. En rigor, no se trata de una comunidad *“de herederos”*, sino de una comunidad que se proyecta sobre una herencia y en la que, además de los herederos (sucesores a título universal), pueden integrarse como partícipes todas aquellas personas que tengan un derecho sobre una parte alícuota de la herencia, sin haber sido llamados a percibir bienes concretos y determinados, tales como los legatarios de parte alícuota. La expresión *“hereditaria”* se dirige más bien, como señala COLINA GAREA¹⁶⁷ a reforzar el carácter universal de la comunidad, en cuanto que no recae sobre bienes concretos, sino sobre la totalidad de la herencia considerada en su conjunto como un unidad.

3. Se considera tradicionalmente la comunidad hereditaria como *de carácter forzoso*, porque su constitución no precisa de la voluntad de los partícipes, ni se origina por ésta, sino que tiene lugar con independencia de dicha voluntad y por el simple hecho de la concurrencia de una pluralidad de herederos que aceptan la herencia habiendo sido llamados a una parte alícuota de la misma.

Y si la comunidad tiene un carácter meramente accidental, se entiende, aunque la cuestión admite matices, que el ordenamiento procure por distintos medios poner fin cuanto antes a esta situación, bien sea a través de los derechos de adquisición preferente, a través de las acciones de división, o concediendo a la autoridad judicial esta potestad en protección del interés individual por encima del colectivo.

¹⁶⁶El derecho hereditario abstracto puede asimismo ser objeto de anotación de embargo. La anotación preventiva de embargo debe practicarse, conforme al artículo 166.1º del RH *“sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento judicial en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor”*.

¹⁶⁷Vid. COLINA GAREA, R, *“Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 6, 2002. pág. 242.

El carácter forzoso puede venir referido también, en determinadas circunstancias, a la permanencia en la situación de comunidad. En particular, el artículo 1082 Cc, establece que los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, lo que, se ha sostenido, quizás quiera decir que los coherederos se ven forzados a continuar en la situación de indivisión, aunque voluntariamente hayan querido salir de tal situación solicitando la partición, mientras no procedan a abonar las deudas hereditarias.

La norma del artículo 782.4º LECiv, tras reconocer el derecho de oponerse a la partición de los herederos reconocidos como tales o que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo, establece que dicha petición podrá deducirse “*en cualquier momento antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero*”. Es decir, podría entenderse que incluso después de que la división haya producido la extinción de la comunidad hereditaria y hecho a cada uno de los coherederos dueño de una parte de los bienes, puede ejercitarse la oposición, con tal de que no haya tenido lugar aún la entrega efectiva de los bienes adjudicados.

De hecho, la oposición a que se refiere el art. 1082 Cc es a que “*se lleve a efecto*” la partición y no estrictamente a que se realice y por eso puede ejercitarse desde que se insta el proceso de partición judicial —para la cual carecen de legitimación los acreedores— hasta el momento anterior a la entrega de los bienes adjudicados a cada coheredero, pero no pueden interrumpir el proceso particional. Como señaló la STS 5 marzo 1991 la única manera de evitar la consumación de la partición radica en suspender si no el proceso particional, si al menos la ejecución de las operaciones que previenen los apartados 1 y 2 del art. 788 de la LEC, y así imposibilitar la inscripción registral.

La situación de comunidad se impone, pues, en todos los supuestos de sucesión hereditaria, salvo en los casos en que el testador realiza por sí mismo la partición hereditaria comprendiendo la totalidad de los bienes hereditarios.

4. La transitoriedad propia de la comunidad hereditaria permite afirmar que se trata de una *comunidad incidental o transitoria*, porque ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, pudiendo pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia (arts. 1051, 1052 cC, en los mismos términos que, para la comunidad ordinaria, se recogen en el art. 400 Cc)¹⁶⁸.

Así se ha mantenido tradicionalmente en nuestro Derecho, como recuerdan, entre las más recientes, las sentencias de 7 de julio de 2006 y 27 de marzo de 2009 “*la idea que se mantiene desde el principio es que nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad (nemo invitus compellitur ad conmmunionem), que no es*

¹⁶⁸Sin embargo, ningún copartícipe puede ejercitar la acción de división sobre una o varias cosas concretas que formen parte de la herencia, sino que el ejercicio de la misma se refiere a esta en su conjunto considerada en su universalidad. Todo ello sin perjuicio de que los coherederos acuerden unánimemente una partición parcial en virtud de la cual se centren en la división de una parte de la herencia y no en su totalidad (art. 1079 Cc).

*sino un estado transitorio mirado con disfavor por el ordenamiento (communio est mater discordiarum)*¹⁶⁹.

Además, y de acuerdo con el art. 1965 Cc, la acción de división de la herencia tiene carácter imprescriptible, lo que facilita notablemente su ejercicio, pero puede ser al mismo tiempo una de las causas de la frecuente prolongación en el tiempo de esta situación, pues no prescribiendo la acción para pedir la división, los coparticipes no se ven compelidos a practicarla en un plazo.

La transitoriedad propia de la comunidad hereditaria y las facilidades que se otorgan a cada coheredero para salir de la situación de indivisión se comprenden desde el rechazo que los Códigos liberales —incluido el español de 1889— sentían hacia toda forma de propiedad colectiva como opuesta al absolutismo, individualismo y exclusivismo dominical. En realidad puede entenderse que la ley, no dota a la comunidad hereditaria de una función económico-social propia, dado que no persigue el incremento del patrimonio hereditario ni su disfrute, sino solo su conservación temporal, y se dirige exclusivamente a subvenir una situación de hecho —la de una herencia ya aceptada pero todavía no partida—, presupone que el interés de los comuneros es abandonarla cuanto antes y por lo tanto debe atribuírsele un carácter interino, sin perjuicio de que el causante o los propios coherederos puedan pactar plazos de duración para la misma¹⁷⁰.

La ley procesal reconoce asimismo a favor de cualquier heredero o legatario de parte alícuota la facultad de reclamar judicialmente la división de la herencia “siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador partidario designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial” (artículo 782.1º LECiv).

Con carácter general el apartado 3 del art. 782 LECiv permite a los acreedores de la herencia o de los coherederos ejecutar las acciones que les asistan, en el juicio declarativo que corresponda, contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, pero les niega legitimación para instar la partición judicial de la herencia y no les permite suspender ni entorpecer las actuaciones divisorias

Por otra parte, conviene matizar que la comunidad hereditaria no deja de ser transitoria por el hecho de que la situación de indivisión de la herencia se prolongue en el tiempo, sea porque el testador haya prohibido la división (no extinguiéndose sino mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad, conforme al artículo 1051.2º Cc), sea porque hayan pactado los herederos dentro de los límites legales, o, simplemente porque, sin haber pactado la indivisión, no la realicen, incluso durante varias generaciones, como de hecho ocurre a veces.

¹⁶⁹En muy similares términos se expresan las sentencias de 9 de octubre de 1986, 21 de marzo de 1988, 19 de octubre de 1992, 4 de abril de 1997, entre otras muchas.

¹⁷⁰No obstante, se ha planteado, con referencia a la comunidad de bienes, si la división de la cosa común que puede pedir un comunero para salir de la situación de indivisión es siempre necesaria o recomendable; o si por el contrario, las excepciones a la misma deberían permitirse e incluso normalizarse, pues, la comunidad de bienes, a veces, no es tan perjudicial como se supone, sino más bien al contrario, es necesaria para la consecución de unos fines determinados Véase. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi, “La ¿necesaria? división de la comunidad de bienes”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 720, agosto de 2010.

La transitoriedad de la comunidad hereditaria debe entonces ser entendida en sentido de una situación que no es permanente ni definitiva porque tarde o temprano habrá de finalizar, normalmente desembocando en la partición de los bienes hereditarios como causa más común, pero no exclusiva de extinción de la comunidad.

La posibilidad reconocida al causante por el art. 1051 del Cc de prohibir la partición de la herencia y la facultad que se atribuye a los herederos de pactar la permanencia en la indivisión por un periodo no superior a diez años, aunque prorrogable (art. 440 Cc) podría hacer pensar, frente a los señalados caracteres de incidentalidad y transitoriedad, en una comunidad voluntaria y, en cierto modo permanente, o, al menos, no sujeta a extinción en cualquier momento.

Pero, a nuestro juicio, ninguno de estos preceptos obsta al carácter forzoso de la comunidad. En lo que concierne al artículo 1051, porque, como el propio precepto señala, aún cuando el causante prohíba la división “*esta tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las que se extingue la sociedad*”, y entre las causas de extinción de la sociedad recoge el artículo 1700.4º Cc, por remisión al art. 1705 la petición de cualquiera de los socios, siempre que no se hubiera señalado término para la duración de aquella, lo que permite afirmar que la situación de comunidad es incidental, tanto si el testador ha señalado un término para la prohibición de división como si no lo ha hecho. En el primer caso porque la indivisión sólo durará el tiempo dispuesto por el testador y no permanecerá definitivamente, pudiendo a su expiración solicitarse su disolución por cualquier coheredero y en el segundo porque, al no haberse fijado plazo, su mandato será irrelevante pudiendo cualquier coheredero en todo tiempo ejercitar la acción de división.

Tampoco la voluntad manifestada por los partícipes en el sentido de pactar la prolongación de la situación de indivisión que permite la aplicación del art 400 Cc, es óbice al carácter incidental o transitorio de la comunidad hereditaria, puesto que dicha voluntad solamente actúa a los limitados efectos de prolongar en el tiempo una situación en cuya constitución no intervinieron, que se produjo con independencia de su voluntad y que, antes o después, en un plazo más o menos largo, volvera a ser susceptible de extinción por voluntad de cualquiera de los copartícipes, sin haber perdido nunca su carácter de incidental.

La comunidad hereditaria es, pues, en nuestro Derecho, una comunidad cuyo elemento real, o patrimonial, lo forman los bienes dejados por el causante —“masa hereditaria” o “caudal relicto”— y cuyo elemento personal o subjetivo son la pluralidad de herederos, cuya titularidad se ostenta conjuntamente, es decir, no se concreta sobre bienes determinados de dicha masa, sino que se proyecta sobre el total que integra el contenido de la herencia, sin que ésta se constituya por ello en un objeto de derecho nuevo y distinto de aquellos.

La aplicación del régimen jurídico de la comunidad hereditaria ha de realizarse, no sólo con respeto a los pactos o acuerdos a que hayan llegado los partícipes en la misma en uso de la autonomía de la voluntad que constituye la fuente de preferente aplicación, y de las escasas normas específicas del Código civil integrantes de éste régimen, sino también las características privativas de la figura en el Derecho español que quedan

expuestas. Es en éstas donde pueden encontrarse soluciones adaptadas a los problemas y necesidades propios de la figura, lo que obliga asimismo a tenerlas presentes en la adaptación de las normas propias de la comunidad ordinaria de los artículos 392 y siguientes del Cc, en tanto que régimen de aplicación supletoria.

2.5. Elementos personales de la comunidad hereditaria. Sujetos incluidos y excluidos

2.5.1. Comunidad de los herederos y comunidad de los partícipes por cuotas

Es habitual señalar que la comunidad hereditaria tiene como presupuesto la concurrencia de una pluralidad de sujetos llamados a la herencia de un causante como sucesores a título universal, es decir, en el conjunto de sus bienes y derechos, o en una parte de ellos.

Ahora bien, la necesidad de distinguir las situaciones de titularidad plural que tienen lugar con motivo del fenómeno sucesorio hace preciso aclarar que la comunidad no se califica de hereditaria porque todos sus partícipes sean herederos, ni porque todos los herederos hayan de formar parte necesariamente de ella, sino que tiene lugar entre los sucesores, herederos o no, llamados a una parte de los bienes hereditarios no concretada en bienes determinados.

No parece, por lo tanto, exacto identificar la comunidad hereditaria con la existencia de una pluralidad de sucesores a título universal, incluso si éstos ya han aceptado la herencia. No todos los herederos son partícipes en la comunidad hereditaria, y viceversa, no todos los copartícipes en la misma tienen la cualidad de herederos. Resulta perfectamente posible que haya personas que, aun siendo llamadas a la herencia con la condición de herederos, no formen parte de la comunidad hereditaria (sería el caso del heredero instituido *ex re certa* o de aquellos sucesores a título universal a los que el causante haya adjudicado bienes concretos en pago de su cuota), y es igualmente posible encontramos con auténticos copartícipes en la comunidad que integran la misma sin tener la cualidad de herederos, (como ocurre en el caso de los legatarios de parte alcuota).

LACRUZ¹⁷¹ expresa estas ideas señalando la necesidad de distinguir entre una comunidad de los herederos y una comunidad de los diversos partícipes, por cuotas, que no está reservada a los herederos, aunque reciba también el nombre de comunidad hereditaria. Es el derecho de alícuota sobre el conjunto de los bienes y derechos relictos integrantes de la masa lo que determina la cualidad de comunero.

En parecidos términos se expresa ALBALADEJO¹⁷², para quien la comunidad no es hereditaria porque los partícipes sean herederos, lo que no es preciso, pues basta que sean sucesores, que tanto pueden ser herederos como legatarios; y hasta cabe que, siendo heredero, no se sea partícipe en la comunidad. Así, por un lado, considera partícipe al legatario de parte alícuota, que no es heredero, y a los herederos que tengan derecho a bienes indeterminados, en tanto que no participan en ella los herederos cuyo derecho recae sobre bienes determinados, como el heredero instituido en cosa cierta, o aquel a quien, aún habiendo instituido en una parte alícuota de la herencia, sin embargo, el causante le adjudicó bienes concretos en pago de ellos, como ocurre para todos los instituidos cuando el propio testador practica la partición total de sus bienes.

2.5.2. Sujetos incluidos y excluidos de la comunidad hereditaria

2.5.2.1. Situación del heredero

La cuestión de determinar cuándo el llamado a la herencia es efectivamente heredero se resuelve en una cuestión de interpretación. Esto no representa ningún problema en la sucesión *ab intestato* o legítima pues serán los llamados por la Ley para recibir la herencia. Pero sí plantea dificultades en la sucesión testamentaria, puesto que en ella puede resultar que el testador instituya heredero a una persona aunque no le deje más que una o varias cosas determinadas y cabe por el contrario que el testador deje a alguien y a título de legado una parte alícuota de su herencia.

De hecho, resulta obvio que el heredero, en general, forma parte de la comunidad hereditaria. Sin embargo, no resulta tan sencillo precisar a que llamamos “heredero”, ni la cuestión puede abordarse en detalle en este trabajo, más allá del recurso a la delimitación de la figura por oposición a la del legatario¹⁷³.

¹⁷¹LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, cit. pág. 98. La comunidad de herederos, señala LACRUZ, “no presupone que todos ellos (y solo ellos) participen en el caudal, por cuotas; reúne a quienes al recibir con una cualidad no patrimonial e intransferible, aquellas posiciones jurídicas del causante que él no podría destinar a título singular, resultan deudores de sus deudas; les confiere la posesión íntegra del activo relicto y la misión de liquidarlo. Entran en este consorcio los instituidos en cosa cierta, y no participan de él los legatarios, ni siquiera los de parte alícuota”. Por el contrario, la comunidad de partícipes «aún denominándose “comunidad hereditaria” no está reservada a los herederos; abarca la parte transferible de la posición de heredero; en ella las deudas pueden no afectar directamente a los partícipes, suponiendo un minus a detraer del activo bruto; y no comprende más bienes que los no destinados singularmente por el testador, mediante legado o institución en cosa cierta».

¹⁷²ALBALADEJO, Manuel, *Manual de Derecho Civil*, cit. pág. 118.

¹⁷³Las diferencias entre ambas figuras se ponen de manifiesto, entre otros aspectos, en los siguientes:
a) el heredero sucede en las relaciones jurídicas activas y pasivas del causante, en tanto que el legatario

Este parece ser el criterio de nuestro Código civil, que pretende establecer la distinción entre herederos y legatarios sobre una base de carácter objetivo, y al mismo responde la norma del artículo 660 del Código civil, que llama heredero “*al que sucede a título universal*”, y legatario “*al que sucede a título particular*”. El artículo 768 Cc insiste en esta misma línea, al señalar que “*el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*”. Lo que cuenta es, pues, cómo y en qué se sucede. Aunque el testador pretenda atribuir a alguien la cualidad de heredero, si lo que le atribuye es un elemento singular del patrimonio, debe ser considerado como legatario, cualquiera que sea su voluntad. Sólo ordenando una sucesión a título universal es posible una institución de heredero propiamente dicha.

El propio Código civil se ocupa en el artículo 668.2º de establecer, en caso de duda, una interpretación que no privilegia el sentido literal de las palabras usadas en el testamento, sino en cuanto sean vehículo de la intención del testador: “*En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de éste concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia*”.

La norma se produce en línea con el artículo 675 Cc, que contiene la disposición general para la interpretación de los testamentos, considerando decisiva la intención del testador. Pero obsérvese que dicha intención no es suficiente, por sí sola, para otorgar al sucesor la cualidad de heredero o legatario, como no lo son las palabras utilizadas cuando existe incertidumbre: la institución puede resultar ser a título de heredero, aunque no se haya utilizado esta palabra, pero su sólo uso no es suficiente para que la disposición se entienda hecha a título de herencia, si no refleja una clara voluntad acerca de la institución de heredero. Para comprobar la claridad de la voluntad del testador en este sentido no basta la norma interpretativa del artículo 668.2º Cc, que no ofrece criterios para ello. Habrá de acudir a las normas generales de los artículos 1281 y siguientes, que contienen los elementos o criterios generales de interpretación de los contratos.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que en el supuesto que nos ocupa, los criterios de interpretación no pueden actuar con plena libertad, sino considerando que el Código establece claramente en el artículo 660 qué ha de entenderse por heredero, de modo que la interpretación deberá dirigirse a dilucidar, no cual sea la voluntad del testador, sino

se limita a adquirir elementos del activo; b) sólo el heredero responde personalmente de las deudas de la herencia, aunque el legado pueda en ocasiones resultar indirectamente afectado por ellas. c) en consecuencia, cabe señalar una diferencia en la forma de adquirir. Para la herencia hace falta aceptación, mientras que para los legados rige el llamado sistema germánico (adquisición inmediata o delación revocable). Aunque esta cuestión sea discutida en la doctrina, a favor de ésta tesis cabe alegar el art. 882.1º del Cc que comienza diciendo: “*Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere...*”; d) por último, hay una importante diferencia en cuanto a la adquisición de la posesión: el art. 440.1º del Cc establece: “*La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia*”, mientras que para el legado, rige la regla del art. 885 del Cc: “*El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla*”.

si ésta es clara respecto del llamamiento a título de heredero, que necesariamente será llamamiento a título universal, puesto que es así como el Código lo entiende. El propio artículo 668-2, *in fine* parece, reafirmar esta idea al señalar que, si se puede constatar la clara voluntad del testador hacia el “concepto” de heredero, “*valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia*”, con lo que tímidamente establece una presunción a favor de éste tipo de sucesión.

Para ROCA SASTRE¹⁷⁴ son necesarios dos requisitos o condiciones para que en nuestro Derecho pueda hablarse de heredero: un requisito objetivo, consistente en que el llamamiento sea a título universal, conforme al artículo 660 Cc; y otro subjetivo, que la disposición testamentaria refleje la intención de atribuir la cualidad de heredero, conforme al artículo 668.2º Cc. En defensa de la vigencia del criterio subjetivo en nuestro Código civil, y sobre la base del art. 668, 2º, afirma ROCA «*que este precepto confirma evidentemente que en el Código civil no basta para ser heredero que uno sea llamado a una cuota hereditaria, sino que además se requiere que el testador le confiera la cualidad de heredero, bien explícitamente, empleando materialmente esta palabra, bien implícitamente por circunstancias que revelen que éste era su deseo, voluntad o intención; no cabe duda, pues, que el llamado a una cuota hereditaria sería un legatario de parte alícuota*».

En cuanto al legitimario, en su condición de heredero forzoso puede promover juicio divisorio. A excepción de que la legítima le hubiere sido satisfecha por vía de donación (que no sea de cuota hereditaria) o por legado (que no sea de parte alícuota) o por institución de cosa cierta y determinada (art. 768 C. Civil).

El derecho aragonés sigue en este punto un criterio que atiende al contenido cualitativo del llamamiento, con independencia de la denominación utilizada y de la parte de la herencia a la que se haya sido llamado. Así lo recoge el artículo 466, del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo de 22/03/2011, relativo al nombramiento de heredero, que dispone:

1. Tendrá la consideración de heredero el nombrado para suceder, en todo o en parte, en las relaciones patrimoniales y personales del causante que no se extingan por su muerte, cualquiera que sea la denominación que éste le haya dado y tanto si ha sido llamado a la totalidad o a una cuota del caudal como a uno o varios bienes determinados.

2. Los designados sucesores por causa de muerte que no sean herederos tendrán la consideración de legatarios.

3. El llamado a una cuota de la herencia será considerado heredero y el llamado a cosa determinada, legatario, salvo que resulte que otra es la voluntad.

Por otra parte, conforme a la tradición del Derecho civil aragonés, no es necesaria la institución de heredero para la validez del testamento o pacto sucesorio.

El artículo 465 del mismo cuerpo legal completa esta regulación al establecer:

¹⁷⁴Cfr. ROCA SASTRE, RAMÓN M^a., “El legado de parte alícuota”, en *Estudios de Derecho privado*, II; Ed. Aranzadi, 2009, pp 189, 190 y 191.

El pacto sucesorio y el testamento serán válidos aunque no contengan institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes. También lo serán aunque el instituido sea incapaz de heredar o no acepte la herencia.

2.5.2.2. Situación del legatario

El artículo 660 Cc establece: “*Llámase... legatario al que sucede a título particular*”. El artículo 668.1º señala que “*El testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado*”.

El legatario es llamado por el testador a la sucesión particular de bienes o derechos que se excluyen del conjunto de la herencia, y no a la totalidad o a una parte o cuota ideal de la misma. En consecuencia, no forma parte de la comunidad hereditaria, dado que adquiere exclusivamente el bien o derecho al que ha sido llamado y lo hace, según la doctrina mayoritaria, *ipso iure*, de conformidad con la norma del art. 881 Cc, que establece: “*El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos*”.

En este sentido, afirma LASARTE¹⁷⁵ que, frente al heredero, el legatario es un mero sucesor a título particular, en el doble sentido de que solo resulta beneficiado por la atribución testamentaria de derechos de carácter singular que recaen sobre bienes y/o derechos concretos de la herencia (o que, sin serlo, recaen sobre los herederos) y de que, en general, puede desentenderse de la suerte de herencia en su conjunto, al menos respecto de las deudas, pues no es responsable de ellas.

Incluso esta sucesión a título particular y su sentido esencial de favorecimiento o enriquecimiento patrimonial, que han llevado a veces a considerar al legatario una especie de “donatario *mortis causa*” parece diluirse en algunos supuestos, como el del legado de cosa ajena o aquellos en que el legado es sometido a una carga tan gravosa que anula el beneficio o enriquecimiento que habría de recibir el legatario, como admite el art. 858 Cc¹⁷⁶.

La sucesión a título singular del legatario no puede en caso alguno acarrear los efectos propios de la designación o institución de heredero, particularmente en cuanto a la sustitución de un sujeto por otro, que, además, no se limita a las posiciones puramente patrimoniales.

Tampoco en el caso de legado de cosa ajena que regula el artículo 861.1º Cc¹⁷⁷ forma parte el legatario de la comunidad hereditaria, pues sigue tratándose de una

¹⁷⁵LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Sucesiones*, cit, pág. 12.

¹⁷⁶Señala el art. 858 Cc que “*El testador podrá gravar con mandas y legados, no solo sólo a su heredero, sino también a los legatarios. Estos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado*”. El Código Civil no establece, pues, límite al importe de la manda o legado impuesta por el testador sobre el legatario sino sólo una limitación de la responsabilidad de éste hasta donde alcance el valor de su beneficio patrimonial, que quedaría, en caso de activarse la aplicación del 858.2º Cc, reducido a una disposición meramente formal o afectiva.

¹⁷⁷Establece el art. 861.1º Cc: “*El legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación*”.

sucesión a título particular, tanto en el caso de que el heredero adquiriera la cosa legada para entregársela, como en el que, por no serle posible, le entrega su justa estimación, pues esta ocupa el lugar de aquella. Excepto en lo que atañe a su atribución particular, el legatario puede desentenderse de la herencia, al menos en los que se refiere a las deudas hereditarias, puesto que no responde de ellas.

2.5.2.3. Situación del legatario de parte alícuota

El legado de parte alícuota es aquel en el que el testador “lega” a una persona una cuota de la herencia, entendida como una fracción ideal matemáticamente expresada en el patrimonio hereditario¹⁷⁸.

Una parte de nuestra doctrina entiende necesario distinguir, en función de si la parte alícuota en que el legado consiste viene referida al conjunto de la herencia o a una parte de los bienes, o al valor remanente de la herencia, entre el legado de parte alícuota impropio o *pars hereditatis* y el legado de cuota propiamente dicho o *pars bonorum*. Así, para LASARTE¹⁷⁹ el legado de parte alícuota impropio o *pars hereditatis* es aquel en el que la parte alícuota en que resulta instituido el denominado legatario se refiere al conjunto de la herencia, en sus aspectos activos y pasivos, y en este caso se entiende que el denominado legatario es verdaderamente un heredero en la cuota designada por el causante, y por lo tanto, se le han de aplicar íntegramente las normas relativas a los herederos.

Pero el legado de parte alícuota puede estar referido no a la herencia en su conjunto, sino a bienes, o al valor remanente de la herencia, una vez liquidadas las deudas y cargas hereditarias. Entonces hablaríamos de legado de cuota propiamente dicho o *pars bonorum*, pues al dejar el testador una parte de sus bienes, por ejemplo, una vigésima parte, y no de la herencia en su conjunto, estaría manifestando su intención de que sea beneficiado con una cuota de sus bienes, pero al mismo tiempo, de que no sea heredero, lo que convierte en improcedente en estos casos la asimilación con la institución hereditaria, puesto que la interpretación de la voluntad del testador arrojaría que deseó instituir legatario, y no heredero.

El Código civil no regula la figura del legado de parte alícuota, salvo en cuanto a la mención que del mismo hace en el artículo 655, y ello a pesar de la extensión con que regula otras modalidades de legado, y de hallarse aquella reconocida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 1038¹⁸⁰) y en la Ley Hipotecaria de 1861¹⁸¹,

¹⁷⁸Como si el testador, tras instituir herederos a sus hijos, “lega” el tercio de libre disposición a un hermano.

¹⁷⁹LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Sucesiones*, cit., págs. 90 y 91

¹⁸⁰La norma reconocía legitimación para promover el juicio de testamentaria a “cualquiera de los legatarios de parte alícuota del caudal” (art. 1038.3º), posibilidad que no se reconocía a favor de los demás legatarios.

¹⁸¹Vedando a los legatarios de parte alícuota la posibilidad de solicitar la anotación preventiva en su favor, conforme al artículo 42.7º, mientras que admitía dicha posibilidad para los demás legatarios. Sin embargo, el artículo 152 del Reglamento Hipotecario equiparaba al legatario de parte alícuota con el heredero —como aún hace—, reconociendo a favor de ambos la facultad de pedir la anotación preventiva

ambas anteriores a su publicación, especialmente en cuanto a la posibilidad de instar el juicio de testamentaría y de obtener el legatario anotación preventiva de su derecho por la vía del artículo 42.6º LH (anotación del derecho hereditario) y no del art. 42.7º LH (anotación de legado). La ausencia de regulación en el Código plantea problemas en cuanto al régimen jurídico aplicable a este tipo de legados, sin que parezca que las afirmaciones que en el sentido indicado contienen aún estas normas basten para sustituirlo o para construirlo.

De hecho, no han faltado autores que nieguen su misma posibilidad. Así, HERNÁNDEZ GIL¹⁸² señala que basándose la distinción entre herencia y legado en los conceptos de sucesión a título universal y particular, no hay margen para el legado de parte alícuota, pues “*toda participación propiamente alícuota en la herencia es herencia*”. También OSSORIO MORALES¹⁸³ se opuso a su admisión, señalando, en alusión a la mención contenida en el artículo 655.3º Cc que «*si esa referencia a los legatarios que no lo sean de parte alícuota —hecha de un modo incidental, en una parte del Código no dedicada a las sucesiones— carece de sentido y sólo se explica por un error del legislador, sería totalmente infundado querer apoyarse en ella, para justificar a sensu contrario la admisibilidad, en nuestro ordenamiento vigente, de legados de parte alícuota*».

Sin embargo, la figura del legado de parte alícuota es generalmente admitida en nuestro Derecho. El mencionado artículo 655.3º del Código Civil, al tratar de los legitimados para pedir reducción de las donaciones, alude a ellos al señalar que “*los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella*”. La referencia a los legatarios que no lo sean de parte alícuota, se interpreta en el sentido de que en el Código se reconoce la existencia de legatarios de parte alícuota.¹⁸⁴

del llamado derecho hereditario, acogida en el artículo 42.6º y desarrollada en el artículo 146 de su Reglamento. En Cataluña establecía el artículo 224 de su Compilación que el legatario de parte alícuota “*no podrá promover el juicio de testamentaría, pero sí pedir anotación preventiva de su derecho*”

¹⁸²HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. Derechos Reales. Derecho de Sucesiones*. Vol IV, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1989, págs 478 y sigs.

¹⁸³OSSORIO MORALES, J. “El legado de parte alícuota (en torno a la distinción entre heredero y legatario)», *Estudios de Derecho Privado*, Barcelona, 1942, pág. 123 ss, ESPÍN resume los principales argumentos esgrimidos, sobre todo por OSSORIO en contra de la admisibilidad de la figura del legatario de parte alícuota en nuestro Derecho en los siguientes: a) que la referencia al mismo en el artículo 655 Cc se debe a un manifiesto error en que incurrió nuestro legislador al transcribir, con algunas modificaciones el análogo precepto del Código italiano de 1865 (art. 1092; b) que la regulación hecha por la ley de Enjuiciamiento civil de la intervención del legatario de parte alícuota en el juicio de testamentaría en los arts. 1038 y siguientes no puede servir para argumentar la posibilidad de tales legatarios en el régimen del Código civil, c) que nuestro Código sigue el criterio moderno objetivo para la determinación de la sucesión universal o particular, como lo demuestra el art. 768 y d) que el argumento que se pretende deducir en favor de la tesis subjetiva de los artículos 675 y 668, al señalar la voluntad del testador como norma decisiva para la interpretación del testamento, carece de fundamento y por tanto no existe contradicción alguna entre esos preceptos y los arts. 660 y 678, de sabor objetivo. Vid. ESPÍN, Diego. “Tres problemas del derecho sucesorio español”. cit, págs. 176 a 179.

¹⁸⁴Así, ya en TRAVIESAS; “Legados”, *RDP*, XVIII, 1931, pág. 101); y también SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2. » ed. Madrid, 1919, IV-2, pág. 1129, entre nuestra doctrina tradicional.

Es cierto que el precepto ha recibido la casi unánime crítica¹⁸⁵ de la doctrina porque, siendo su espíritu el de que solo los legitimarios que lo sean al tiempo del fallecimiento del donante, aunque no lo fuesen al tiempo de hacerse la donación, puedan pedir la reducción, y puesto que el sentido de la acción es proteger la legítima, sobra toda referencia al legatario de parte alícuota y a los acreedores del difunto que, por no ser legitimarios, no podrían pedirla¹⁸⁶.

También la ley procesal hace referencia a esta figura con ocasión de la regulación de los procesos divisorios. El artículo 782, 1 L. E. Civ. señala que “*Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia. . .*”. Aluden también a los legatarios de parte alícuota en la LECiv los artículos 783.2, 792.2º, 793.3º y 5º, y 795.2º y 4º. La norma procesal regula la figura acercándola, cuando no equiparándola, a la del heredero a los efectos de la adopción de medidas cautelares durante las indivisión de la herencia y en relación con la partición y división del haber hereditario¹⁸⁷.

La legislación hipotecaria se ocupa del legatario de parte alícuota al tratar de la práctica de las anotaciones preventivas. El artículo 146, 3º RH establece:

La anotación preventiva a que se refiere el número sexto del artículo 42 y el artículo 46 de la Ley se practicará mediante solicitud. . . 3º. De los legatarios de parte alícuota. . . .

Por su parte, el artículo 152 del RH considera a los legatarios de parte alícuota como “*asimilados en todo caso a los herederos*” a los efectos de las anotaciones preventivas reguladas por los artículos anteriores, lo que implica que puede obtener la anotación preventiva de derecho hereditario (artículo 42, LH) y no la de legado (artículo 42.7º LH). En opinión de GARCÍA GARCÍA¹⁸⁸, el precepto debe ser interpretado en el sentido de que, respecto a las referencias que en los artículos a los que la norma remite se hacen a “herederos” o “legatarios”, el legatario de parte alícuota quedaría comprendido a tales efectos entre los herederos, y no entre los legatarios.

Como los únicos legatarios que tienen derecho a promover el juicio de testamentería, conforme al art. 782.1º LECiv son precisamente los de parte alícuota, según

¹⁸⁵Véase, ZURILLA CARIÑANA, M^a Ángeles, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), Ed. Aranzadi, 2001, opágs. 809 y 810.

¹⁸⁶Si bien los acreedores del difunto disponen de otras vías para conseguir sus fines, como el ejercicio de la acción revocatoria para impugnar la donación hecha en fraude de sus derechos.

¹⁸⁷La Res. DGRN de 20 de julio de 2007 señala que es admitido por la generalidad de la doctrina, y por la jurisprudencia que el legatario de parte alícuota puede pedir la partición, e intervenir en el avalúo, pero no todos están de acuerdo en que deba intervenir en la partición de la herencia, lo que no resulta del Cc (art 655), ni de la LH ni del RH (art 42.7 y 146.3 y 152). El Centro Directivo se apoya en los preceptos de la LEC para dar una respuesta positiva y desestimar el recurso en este punto: art 782.1 que reconoce al legatario de cuota el derecho a reclamar la división de la herencia; el art 783.2 donde en caso de división judicial indica que se mandará convocar a Junta, a los herederos, legatarios de cuota y cónyuge viudo; art 784.1 que le reconoce la cualidad de miembro de la Junta y art 793.3 que establece que debe ser citado para la formación de inventario.

¹⁸⁸GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed, Civitas, 1990, pág. 180, nota 35.

acabamos de ver, se deduce de ello que la Ley Hipotecaria al permitir la anotación preventiva de su legado a los legatarios que no sean de parte alícuota, ya que no pueden pedir la división judicial de la herencia, está excluyendo de la anotación de su derecho a los legatarios de parte alícuota. De esta forma el art. 42 LH citado aun sin mencionar a tales legatarios, está implícitamente refiriéndose a los mismos.

También en los derechos civiles territoriales goza la figura de reconocimiento normativo. Así, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones se refiere en su artículo 427-36 al legado de parte alícuota en los siguientes términos:

- 1. El legado de parte alícuota tiene el carácter de legado de eficacia obligacional y atribuye al legatario el derecho que le sean adjudicados bienes del activo hereditario líquido por el valor correspondiente a la parte alícuota fijada por el causante, salvo que el heredero opte por pagarlo en dinero, aunque no haya en la herencia.*
- 2. El legatario de parte alícuota no responde como deudor de las obligaciones y las cargas hereditarias.*
- 3. No obstante lo establecido por el apartado 2, si después de percibir el legado apareciesen deudas ignoradas, el legatario debe reintegrar al heredero la diferencia entre el valor fijado originariamente en la parte alícuota y su valor real, dado el importe del activo hereditario. En cambio, si se descubren bienes o derechos nuevos o se llegan a cobrar créditos hereditarios considerados dudosos o eventuales, el heredero debe abonar al legatario la parte correspondiente al valor de estos bienes, derechos o créditos.*

También el Código del Derecho Foral de Aragón se refiere en su artículo 468 al legado de parte alícuota, otorgando prevalencia a la voluntad del disponente:

Si es voluntad del disponente que el llamado a parte alícuota de la herencia sea legatario, no será deudor de las obligaciones y cargas de la herencia y concurrirá a la partición con el heredero, pero cuando no sea legitimario solo tendrá derecho a percibir el valor de lo legado en bienes del activo hereditario líquido si el heredero no opta por pagarlo en dinero, aunque no lo haya en la herencia.

Por su parte, el Derecho navarro establece una presunción en favor del legado de parte alícuota, a menos que la voluntad del testador se haya manifestado de otro modo. Así lo dispone la ley 219, párrafo 1º, de la Compilación Navarra:

Toda disposición sucesoria de parte alícuota se entenderá como legado, salvo que el instituyente la hubiere ordenado a título de heredero, o que hubiera dispuesto de toda la herencia en legados sin institución de heredero.

A falta de regulación en el Código civil, la jurisprudencia se ha mostrado partidaria de admitir la figura del legatario de parte alícuota, incluyéndolo en el número de los partícipes en la comunidad hereditaria.

El criterio jurisprudencial es el de considerar partícipes de la comunidad hereditaria a todos los sucesores llamados a una parte alícuota de la herencia, tanto si son herederos

como legatarios, pues también son comuneros los legatarios de parte alícuota (SSTS de 14 de noviembre de 1955 y 24 de enero de 1978), salvo que su derecho sea *pars valoris* y pueda satisfacerse tanto con bienes hereditarios como en patrimonio extraherencial.

Este criterio adoptaron la Resolución de 4 de noviembre de 1935¹⁸⁹ y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1940¹⁹⁰, que por primera vez abordan de forma directa la admisibilidad de esta figura en nuestro Derecho, reconociendo la

¹⁸⁹Resolución de 4 de noviembre de 1935:

Tanto en la mayoría de los Códigos modernos como en la doctrina nacional y extranjera predomina el criterio de considerar el legado de parte alícuota como una verdadera disposición de carácter universal, hasta el punto de entenderse que no ostenta la cualidad de heredero el llamado con esta denominación a quien no se atribuya la adquisición del patrimonio del de cuius y sí al que lo adquiere en su totalidad o en una porción matemática aunque no haya sido llamado como heredero, ya que la institución no debe ir unida a las palabras, sino que deriva de la sustancia misma de la disposición, de tal manera que, cualesquiera que sean las expresiones empleadas por el testador, será reconocido como heredero el sucesor en la universalidad de los bienes o una cuota parte de ellos, teniendo toda otra persona favorecida la cualidad de legatario.

Si bien en el marco de nuestro Derecho positivo podría parecer aventurado establecer una absoluta identidad entre heredero y legatario de parte alícuota, no lo es, en cambio, estimar que, dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado, la ausencia de su reglamentación en el Código civil y la facultad que de un lado se otorga y de otro se niega a este legatario por los arts. 1038 de la ley de Enjuiciamiento civil y 42, núm. 7º de la ley Hipotecaria, deben serles aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento, por el sucesor, del patrimonio en que ha de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada». Pueden verse también las RR. de 26 de marzo de 1952, 30 de junio de 1956, 12 de junio de 1963 y 8 de marzo de 1965.

¹⁹⁰Sentencia de 16 de octubre de 1940: «Examinado el tema a la luz de la más nutrida doctrina científica, inspirada en el criterio objetivo de la herencia, la nota distintiva de los conceptos de heredero y legatario, no la da, como era norma en el Derecho romano, la voluntad del testador, manifestada en las palabras con que hace el llamamiento a su herencia, sino que surge del propio contenido de la disposición testamentaria, según atribuya a los sucesores el patrimonio en su totalidad o parte proporcional (herencia), o en alguno de sus elementos individualizados o grupo de ellos concretamente determinado (legado), y así, el legatario de parte alícuota tendrá la condición de heredero, porque sucede en bienes indeterminados, esto es, en una parte abstracta del universum ius».

Si se examina el tema en nuestra legislación y en la doctrina jurisprudencial, ya no se podrá afirmar que impere netamente el criterio objetivo, pues si bien es verdad que la norma básica de distinción la da el artículo 660, corroborado por el 768 del Código civil, de marcado sabor objetivista, no se puede prescindir de la tendencia espiritualista o de acatamiento de la voluntad del testador, que fluye, no sólo del arraigo que en nuestro país tiene el legado de parte alícuota como institución distinta de la de heredero, y del entronque subjetivista del vigente Derecho español con el Derecho romano, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, sino también y principalmente, de los arts. 675 y 668 del Código, que imprimen a la intención del causante el rango de ley de la sucesión, máxime en aquellos casos en que por existir disposiciones testamentarias de tipo ético-afectivo o jurídico-familiar, resulte más acusada la distinción, o en aquellos otros en que aparezca diáfana la voluntad del testador en el sentido de que uno de los instituidos sea el continuador de su personalidad y otro sea el legatario de parte alícuota, incluso con exención de cargas; por lo que procede concluir que en el estado actual de nuestro Derecho positivo no existe identificación absoluta de los conceptos de heredero y legatario de parte alícuota, siquiera el

existencia de ciertas notas de analogía entre la figura del legado de parte alícuota y la del heredero en virtud de las cuales deba ser citado el legatario de parte alícuota a la formación de inventario, como si se tratase de heredero.

El sentido de esta primera jurisprudencia no es otro que el esencialmente pragmático de aproximar ambas figuras y aplicar al legatario de parte alícuota aquellos preceptos de la regulación propia del heredero *“cuyo fin inmediato es el conocimiento, por el sucesor, del patrimonio en que ha de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada”* (Res. 4 noviembre 1935). Es decir se trata, ante todo, de posibilitar al legatario de parte alícuota el conocimiento del patrimonio en que ha de participar.

Esa es también la razón que guía al Tribunal Supremo, al matizar el criterio objetivo de los artículos 660 y 768 Cc con la necesidad de tomar en consideración el elemento espiritualista o de acatamiento de la voluntad del testador. Este criterio se basa en los precedentes del Derecho histórico español, en los artículos 675 y 668 del Cc y en *“el arraigo que en nuestro país tiene el legado de parte alícuota como institución distinta de la de heredero”*. El Tribunal Supremo rechaza la completa identificación entre ambas figuras, admitiendo sin embargo coincidencias en el trato legal justificadas *“por la nota común que los preside, como sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente”* y, atendiendo especialmente a la responsabilidad por las deudas hereditarias, atribuye al legatario de parte alícuota *«una condición asimilable a la de heredero a beneficio de inventario»*. (S. 16 octubre 1940), en tanto que su responsabilidad se encuentra limitada —si es que el testador no le ha excluido por completo de ellas— al límite de su haber líquido.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1963, señaló que *«dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada»*. La sentencia aborda de nuevo la distinción conceptual entre ambas figuras, entendiendo que el heredero es *“aquel sucesor a quien es atribuido la totalidad de las relaciones patrimoniales del difunto, o una parte alícuota de ellas, independientemente del nombre con que sea designado, legatario es el sucesor en bienes o derechos determinados, concepto confirmado por el artículo 768 de nuestro Código civil, pues si el heredero instituido en una cosa cierta y determinada ha de ser con-*

trato jurídico de ambos ofrezca múltiples aspectos de coincidencia por la nota común que los preside, como sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente.

Entre esos aspectos cabe señalar el de responsabilidad por deudas hereditarias, tratándose de legatario de parte alícuota en pleno dominio o en nuda propiedad que no haya sido excluido de ellas por el testador, ya que el legatario así instituido adquiere, por la propia naturaleza de la institución, una condición asimilable a la de heredero a beneficio de inventario, porque si en relación a los sucesores está constituida la herencia por el haber líquido que resulta después de deducir las cargas, necesariamente el legatario de parte alícuota, supeditado como el heredero a la liquidación del caudal hereditario, habrá de participar en ella proporcionalmente a su cuota hasta el límite de su haber líquido, y no más.

siderado como legatario, recíprocamente, el legatario de parte alícuota habrá de ser calificado como heredero”.

Así el artículo 1038.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 consideraba a los legatarios de parte alícuota como legitimados para promover el juicio de testamentaría, como igualmente establece la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en su artículo 782.1 que están facultados para pedir la división judicial de la herencia.

Y más recientemente, ha señalado la STS de 12 de junio de 2006 (FJ 2º):

... si bien el artículo 660 del mismo Código distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia. Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota —que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes— es distinto del legado de cosa específica —cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza— por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes —aunque sea por diferente título— que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro.@

La necesidad de permitir que el legatario de parte alícuota vele por su interés en el patrimonio hereditario ha permitido a la Dirección General de los Registros y del Notariado explicar su participación en la partición hereditaria, incluso haciendo abstracción de su similitud con la figura del heredero, y sobre la única base de su carácter de copropietario de los bienes hereditarios. Establece la Resolución de 22 de marzo de 2007 que el legatario de parte alícuota —en el caso del legatario del tercio libre de la herencia— debe intervenir en la escritura de partición de la herencia, entendiendo que tiene interés en el mantenimiento de la integridad del caudal hereditario¹⁹¹, no ya como heredero, sino como copropietario de los bienes hereditarios y que se le reconoce, asimismo, derecho al retracto de coherederos del artículo 1067 del Cc.

El legatario de parte alícuota no es un heredero, sino un legatario peculiar, no recibe en masa los derechos y obligaciones del causante, sino una atribución particular, aunque ésta no consista en un bien concreto sino en el conjunto de bienes que quepan en su cuota¹⁹², y un legatario de remanente instituido en una parte alícuota del activo, del saldo resultante después de deducidas las cargas y gravámenes de la herencia¹⁹³, las cuales le afectarán solo indirectamente, en la medida en que afectan a la cifra sobre la que se calcula su cuota, pudiendo disminuirla, pero sin que este obligado

¹⁹¹Por el mismo motivo se estima necesaria su intervención para la disposición de bienes comunes.

¹⁹²ALBALADEJO, M *Manual de Derecho Civil*, cit, pág. 742.

¹⁹³En este sentido, la STS de 11 de enero de 1950, que considera el legado de parte alícuota como una modalidad “irregular”, a modo de “*figura intermedia entre el legado y la herencia propiamente dichos, con múltiples aspectos de coincidencia entre uno y otra por la nota común que los preside de atribución de bienes indeterminadamente*”, lo que se traduce en que, a la muerte del causante, ambos “*adquieren un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando así equiparados en este aspecto por idéntico interés, el heredero y el*

a responder por ellas. Su legitimación se basa en que hasta que se liquide la herencia del causante no puede realizar su derecho y convertir su participación ideal en bienes concretos. Y en esta necesidad de concretar su parte radica su aproximación a la figura del heredero¹⁹⁴.

La admisión del legatario de parte alícuota entre los partícipes en la comunidad hereditaria ha obtenido asimismo reconocimiento jurisprudencial. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2008 considera como legado de parte alícuota el del tercio de libre disposición y de mejora de su herencia realizado por el testador, entendiéndose que el legatario forma parte de la comunidad hereditaria, estando legitimado para instar su división judicial, a diferencia de lo que ocurre con el legatario de cosa ajena según el art. 861 Cc.

En la doctrina, y en la línea de la mencionada jurisprudencia, afirma LASARTE¹⁹⁵ que, al menos a efectos particionales, el legatario de parte alícuota debe ser considerado como un miembro más de la comunidad hereditaria, y, por lo tanto puede instar la partición y es preciso su consentimiento a los efectos de acordar el cuaderno particional.

2.5.2.4. Situación del heredero ex re certa o al que se haya adjudicado bienes concretos en pago de su cuota

La institución de heredero se refiere habitualmente en nuestro sistema a la totalidad o a una parte alícuota de la herencia. Los problemas se han planteado tradicionalmente en los supuestos en los que la institución de heredero se refiere a un bien o a bienes concretos, pues surge entonces la duda de si al instituido debe considerársele heredero o legatario. El artículo 768 Cc parece optar por la segunda posibilidad, al señalar que “*El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*”¹⁹⁶

legatario de parte alícuota a los que afecta por igual la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición...”

¹⁹⁴Vid. STS de 22 de febrero de 1997 (FJ 3º) en la que el testador, sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria, legaba a la esposa en pleno dominio el tercio de los bienes de libre disposición, entendiéndola la sentencia como legataria de parte alícuota respecto de tales bienes y declarando la necesidad de su intervención en la partición.

¹⁹⁵LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de sucesiones*, cit. pág. 92.

¹⁹⁶Sigue así el Código la regla contraria a la vigente en el derecho romano, en la que la utilización por el testador del *nomen iuris* de “heredero” determinaba, aunque fuese instituido en un bien o derecho concreto, su consideración automática como heredero no solo de dicho bien, sino de la totalidad de la herencia, primando así el criterio subjetivo, que privilegia en todo caso la voluntad del testador expresada en dicho *nomen* como ley de la sucesión. Ese criterio sigue también en relación con la figura del heredero *ex re certa*, prescindiendo de dicha mención y haciendo que la institución surta efecto como hecha pura y simplemente. Y lo mismo ocurre con el legatario parciario, al que se considera legatario, y no heredero, por no haber hecho el testador el nombramiento de heredero. Como señala IGLESIAS SANTOS, “*el partarius o legatario no es heres y, de consiguiente, ni pecha con las deudas, ni tiene título para dirigirse, como acreedor hereditario, contra los deudores de la herencia.*”

”. Vid. IGLESIAS SANTOS, Juan, *Derecho Romano*, 17ª edición, ed. Ariel, 2008, pág. 279.

Al heredero instituido en cosa cierta se refiere el artículo 768 Cc: *«El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario»*.

La redacción del artículo 768 Cc podría hacer pensar que el heredero en cosa cierta se equipara, sin más, a un legatario, por estar, igual que aquel, llamado a la sucesión de bienes o derechos “ciertos y determinados”. Sin embargo la generalidad de la doctrina niega al precepto carácter imperativo, y admite la posibilidad de que el heredero en cosa cierta suceda universalmente, si esa es la voluntad del testador.

De este modo, la norma del artículo 768 Cc tendría un valor meramente interpretativo, a modo de “presunción”. Una regla de carácter supletorio que hace al heredero instituido en cosa cierta legatario solo en el caso de que no se pruebe que la voluntad del testador fue llamarlo a la sucesión en la totalidad de sus bienes.

Esta interpretación ha sido asimismo acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en la STS de 9 de marzo de 1993 que afirma, de acuerdo con la doctrina científica mayoritaria, el carácter interpretativo y no imperativo del artículo 768 Cc, afirmando (FJ 2º) que se ofrecen en el precepto “*criterios hermeneúticos que ha de utilizar el juzgador en su tarea de búsqueda de la verdadera voluntad del testador cuando para ello no sea bastante el sentido literal de la disposición testamentaria: dicho precepto tiene, por otra parte, carácter presuntivo en cuanto en él se contiene una presunción iuris tantum en virtud de la cual si a una persona se le deja una cosa determinada, se ha de entender como voluntad del testador la de que esa persona le suceda en la herencia como legatario, aunque en la institución se le designe como heredero*”.

La sentencia es expresiva de una tendencia jurisprudencial restrictiva respecto de la atribución de la condición de heredero al instituido en cosa cierta. Así, en el caso resuelto, a pesar de que en la disposición testamentaria se instituía a los recurrentes como únicos y universales herederos del remanente de todos los bienes y derechos del causante, la circunstancia de contenerse en la misma cláusula una relación concreta de bienes, lleva al Tribunal Supremo a denegarles su condición de herederos, pues habiendo hecho uso el testador de la facultad del artículo 1056 Cc¹⁹⁷, “...*ha fijado el activo hereditario correspondiente a tales herederos en los bienes concretamente especificados. Sin que a ello se oponga que el testador no haya dispuesto por testamento de todos sus bienes, dada la compatibilidad entre la sucesión testamentaria y la in-*

¹⁹⁷La Ley 7/2003, de 1 de abril, reguladora de la Sociedad Limitada Nueva Empresa modificó la redacción del art. 1056.2º Cc en estos términos “*El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844*”.

testada, que permite el artículo 658.3º del Código Civil, lo que conduce a la misma solución a que llega la sentencia de instancia”.

Esta postura nos devuelve a la cuestión tratada más arriba acerca de la norma interpretativa del artículo 675 Cc. Al no ser en el sistema del Código necesaria la institución de heredero para la validez del testamento, la indagación de la voluntad del testador partiendo de los términos utilizados en el testamento adquiere una importancia central. En definitiva, la cuestión dependerá, no de la atribución singular de un bien o derecho por el testador, sino del carácter con que se hace, o lo que es igual, del contenido del llamamiento, puesto que si el instituido recibe un bien o derecho singular de la herencia con el ánimo de beneficiarse en esa exclusiva parte del caudal relicto, deberá considerarse legatario; pero si, por el contrario, el testador desea expresar en ese bien o derecho particular la participación del heredero en la universalidad de la herencia, adjudicándoselos a modo de pago de la parte que le corresponde, estaremos ante una sucesión a título universal, y el heredero *ex re certa* deberá ser considerado heredero, con todas las consecuencias, y particularmente, las derivadas de la responsabilidad por las deudas.

Más claro parece el criterio del Código Civil de Cataluña¹⁹⁸, que decide la cuestión en función de que el heredero instituido en cosa cierta concorra o no con otros herederos instituidos sin esta asignación:

Artículo 423-3. Institución de heredero en cosa cierta.

1. *El heredero o herederos instituidos solo en cosa cierta, si concurren con herederos instituidos sin esta asignación, son simples legatarios de la misma.*
2. *Si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta, son estimados prelegatarios de la misma y, excluyendo la cosa o cosas ciertas, tienen el carácter de herederos universales por partes iguales, si son más de uno.*

En similares términos se expresa la ley 216 de la Compilación Navarra al establecer que “*Si el instituido heredero en cosa determinada no concurre con otro u otros instituidos a título universal, se entenderá llamado a toda la herencia, pero si concurre, será considerado legatario*”.

El nuevo Código del Derecho Foral de Aragón, dando prevalencia al criterio de la voluntad del disponente, establece:

¹⁹⁸La regulación del antiguo artículo 138 del Código de Sucesiones de Cataluña, coincidía prácticamente “a la letra”, con la del nuevo art. 423-3º. Debe recordarse que en Cataluña se mantiene el principio tradicional de necesidad de institución de heredero en los testamentos, con las excepciones, bastante conocidas, del testamento con nombramiento de albacea universal y del otorgado en aplicación del derecho de Tortosa, en el que es posible repartir toda la herencia en legados. (art. 423-1º del Código Civil de Cataluña). Después de la modificación del Libro IV del Código civil de Cataluña, en 2008, los pactos sucesorios, que no se circunscriben a los cónyuges o convivientes, sino que pueden suscribirse también con los familiares por consanguinidad o afinidad hasta cierto grado, no se limitan ya a la institución de heredero o heredamiento, sino que admiten también, conjuntamente con el heredamiento o aisladamente, la realización de atribuciones particulares, equivalentes a los legados en la sucesión testamentaria.

Artículo 467. Heredero ex re certa.

1. Si es voluntad del disponente que el instituido en cosa cierta y determinada sea heredero, responderá de las obligaciones y cargas hereditarias en proporción al valor de lo así recibido; pero no tendrá derecho de acrecer.

2. Si toda la herencia ha sido distribuida entre herederos instituidos en cosa cierta y determinada, sucederán en los bienes de nueva aparición en proporción al valor de lo recibido por cada uno.

3. El instituido en el derecho de usufructo de la herencia, o de una parte o cuota de ella, cuando la voluntad del disponente es que sea heredero, tiene la consideración de heredero ex re certa.

En conclusión, podemos señalar que el instituido formará parte de la comunidad hereditaria cuando el bien o derecho particular que se le asigne represente su parte en un llamamiento universal a la herencia, en tanto que deberá excluirse de la misma cuando su condición sea la de legatario, por haber sido designados en bienes concretos y determinados en virtud de un llamamiento a título particular, esto es, al margen de la herencia.

2.5.2.5. Situación del cesionario de cuota

La cesión de cuota hereditaria plantea a los efectos de nuestro estudio dos cuestiones fundamentales: una, la del retracto de herederos, que se examina en otro lugar; la otra, la de si con la cesión ingresa el cesionario en la comunidad hereditaria.

En relación con la partición, el cedente de su derecho hereditario que enajena su cuota indivisa del caudal, no puede pedir la partición, puesto que ha transmitido y perdido su titularidad, pero el cesionario de la cuota hereditaria en abstracto es parte en la partición, pues se subroga en la posición del cedente al no haber ejecutado los restantes herederos el derecho de retracto que les otorga el art. 1067 Cc.

La jurisprudencia concede legitimación al cesionario para instar la partición, concurrir a la misma y oponerse a la práctica sin su intervención. Si la cesión tiene lugar una vez instada la partición judicial se producirá una sucesión procesal “*inter vivos*” (art. 17 LECiv).

La solución, entendemos, ha de ser la misma en cuanto a la pertenencia a la comunidad hereditaria. El cesionario no adquiere la condición de heredero, que es intransmisible por cuanto comprende facultades de carácter personalísimo, pero ocupa la posición del heredero cedente y ostenta sobre la cuota los derechos que correspondían a aquel, incluidos los relativos a su concreción a través de la partición, a cuyo resultado se condiciona el alcance efectivo de la transmisión¹⁹⁹. Todo ello además de

¹⁹⁹Puesto que el derecho hereditario abstracto no otorga facultad alguna sobre bienes concretos, ni cuotas sobre el conjunto de los bienes que forman el haber hereditario. La aplicación supletoria del artículo 399 Cc permite al coheredero la trasmisión o enajenación a un tercero de su derecho hereditario in abstracto, pero al mismo tiempo condiciona su alcance, que está “limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad” al coheredero transmitente.

que, como acertadamente señala LASARTE²⁰⁰ existe una razón puramente práctica para sostener este criterio: en caso contrario, nadie adquiriría un derecho hereditario abstracto.

2.5.2.6. Situación del cónyuge viudo

El derecho sucesorio que corresponde al cónyuge viudo como usufructo que recae sobre una cuota del activo hereditario no le confiere directamente la cualidad de heredero, lo que solamente ocurrirá si el testador le ha designado por éste título, conforme al art. 815 Cc, pero ello no obsta para que tenga la condición de legitimario, en base a una cuota conmutable (arts. 839 y 840 Cc), como resulta de los arts. 807.3º y 814 Cc y de la legislación notarial (art. 226 RN).

La jurisprudencia ha entendido que el cónyuge viudo integra la comunidad hereditaria, aunque lo ha hecho en base a distintos argumentos, principalmente sobre la base de que es partícipe de un derecho abstracto en el *universum ius defuncti* o en una cuota del mismo (SSTS de 11 de enero de 1950 y 24 de enero de 1978), o fundándose en su condición de heredero forzoso (STS de 30 de enero de 1960). Se trata, en definitiva, de que el cónyuge viudo adquiere, al igual que los sucesores a título universal, un derecho abstracto que es preciso concretar o fijar mediante la partición, y por ello se integra en la comunidad hereditaria (STS de 11 de enero de 1950).

Sin embargo, la situación del cónyuge viudo en cuanto a la legitimación para solicitar judicialmente la partición hereditaria se ha visto modificada frente al criterio de la legislación anterior por la LECiv nacida de la reforma de la Ley 1/ 2000, que modificando la redacción el criterio del antiguo art. 1038, reduce el círculo de legitimados activamente para promover juicio divisorio a los herederos y a los legatarios de parte alícuota, negándola de manera explícita a acreedores y no haciendo mención del cónyuge supérstite (art. 782 LECiv).

A juicio de TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO²⁰¹, puede resultar un acierto que el art. 782 no mencione al cónyuge viudo entre los legitimados para instar la partición, ya que la cuestión dependerá de la ley aplicable a la sucesión. Ello implica que su legitimación está vinculada a si se le atribuye o no una cuota de la comunidad hereditaria y si ésta es la posición del cónyuge viudo en nuestro Código, entonces debe reconocérsele legitimación, a través de su equiparación con el legatario de parte alícuota y de conformidad con el artículo 839 Cc. Sin embargo, dicha legitimación carece de sentido en aquellos ordenamientos que reconocen una libertad de testar pura, o en los que no se atribuye al cónyuge viudo como legitimario, tal y como sucede en el derecho civil de Cataluña (arts. 451-3 y 451-4 CCCat). En Navarra, conforme al principio de libertad de testar de las leyes 149 y 267 FNav, la ley 253 reconoce al cónyuge viudo el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto

²⁰⁰LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Sucesiones*, cit, pág. 335.

²⁰¹TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, “La legítima en el Código Civil (II)”. *Tratado de legítimas*. TORRES GARCÍA, Teodora Felipa (coord.). Barcelona: Atelier, 2012, págs. 118 y 119.

en el momento de su muerte, por lo que también se le debe reconocer legitimación para instar la división.

Y sin duda alguna, señalan los citados autores, estará legitimado el cónyuge viudo para instar la división cuando, como hemos visto, está instituido nominalmente como heredero (art. 815 Cc), pero entonces lo estará en cuanto tal, y no como cónyuge viudo y legitimario (STS de 12 de junio de 2006).

A favor de la interpretación de que el silencio de la LECiv no impide al cónyuge solicitar la partición se ha invocado también, por una parte, que el art. 807 del Código Civil le confiere la condición de heredero forzoso, con independencia de la cuantía de los bienes que conforman su legítima, y, por otra parte, que el art. 782 de la LECiv no lo excluye, por lo que la correlación de ambos preceptos le confiere legitimación para instar la partición judicial de la herencia, con independencia de su legítima. Por otra parte, el cónyuge viudo aparece expresamente citado en otros preceptos de la LECiv relacionados con las operaciones divisorias, en particular, en los arts. 783.2 (convocatoria de junta para designar contador y peritos) y 793.1 (citación para formación de inventario).

Mayoritariamente las Audiencias Provinciales se muestran favorables a esta una interpretación que permite al cónyuge viudo solicitar la partición (SAP de Salamanca de 5 de marzo de 2003, SAP. de Madrid, de 20 de octubre de 2004, SAP. de Baleares, de 19 de julio de 2006 o SAP de Valencia, de 13 de octubre de 2008).

En cuanto a la situación de la pareja de hecho estable, en el caso de fallecer uno de sus miembros, el supérstite carece de derechos sucesorios legales en el Derecho común, sin perjuicio de que pueda reclamar indemnizaciones compensatorias al amparo del principio general del derecho que proscribe el enriquecimiento injusto o sin causa (paradigmática a tales efectos resulta la STS 17 junio 2003)²⁰².

²⁰²La Ley Catalana 10/1985 y en la actualidad el Libro IV del Código Civil catalán Ley 10/2008, reconoce derechos sucesorios al sobreviviente de pareja de hecho estable en igualdad de condiciones que al cónyuge viudo, siempre que la convivencia haya perdurado hasta la muerte del otro y sin establecer distinciones entre pareja homo o heterosexual. Varias normativas autonómicas, como la Balear (Ley 18/2001, arts 12 y 13), la Navarra (Ley 6/2000, ley 253.2º), o la del País Vasco (Ley 2/2003) otorgan al sobreviviente de una pareja de hecho los mismos derechos que al cónyuge viudo.

El Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que dedica los arts. 303 y sigs. (Título VI), a la regulación de las parejas estables no casadas. El Título está integrado por normas procedentes de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, para extender la facultad de adoptar a las parejas estables del mismo sexo, y modificada asimismo por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Se regula, además, junto a la pareja estable heterosexual, otro fenómeno similar, aunque de naturaleza y consecuencias bien diferentes, el de la pareja homosexual en convivencia marital estable.

En particular, establece el art. 311 Código del Derecho Foral de Aragón:

Artículo 311. Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes.

1. *En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar.*

2. *Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyan, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año.*

2.5.2.7. Situaciones especiales: El heredero a condición o a término. El heredero modal

A. Heredero bajo condición

Los artículos 790 a 805 del Cc, integrantes de la sección 4ª del Título III del Libro III se ocupan de la regulación de la institución de heredero y del legado sujetos a condición, como su rúbrica anuncia, pero también de los gravámenes o cargas modales que pueden imponerse sobre éstos y que resultan en la práctica tanto o más frecuentes como las otras determinaciones accesorias.

Establece el artículo 790 Cc que “*las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición*”, remitiendo el artículo 791 Cc al régimen de las obligaciones condicionales —esto es, el contenido en los arts. 1113 y siguientes— en lo no prevenido en esa sección sobre la institución de heredero y el legado condicionales. Debe tenerse en cuenta que la remisión tendrá carácter no supletorio sino de directa aplicación en cuanto se refiera a instituciones sujetas a condición resolutoria, puesto que los artículos 790 y siguientes se ocupan sólo de la regulación de la condición suspensiva²⁰³.

Cuando la condición a la que se somete la institución de heredero es suspensiva, la delación a favor de heredero no produce efecto alguno, y éste no podrá, mientras esté pendiente el cumplimiento de la condición, aceptar o repudiar la herencia, como resulta del artículo 991 Cc, conforme al cual “*Nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto [...] de su derecho a la herencia*”. Por lo tanto, hasta tanto se produzca el acontecimiento futuro e incierto en que la condición consista, estarán en suspenso los efectos propios de la institución y la herencia se pondrá en administración conforme a lo establecido en los artículos 801 al 804 Cc, “*... hasta que la condición se cumpla o haya certeza de que no podrá cumplirse*” (art. 801.1º)²⁰⁴.

²⁰³No obstante, la regulación de la institución de heredero y legatario a condición o término contenida en los artículos 790 y siguientes mantiene algunas diferencias importantes con respecto a la de los artículos 1113 y siguientes. Así, mientras que en las obligaciones condicionales, la condición puramente potestativa determina la nulidad de la obligación condicional, estas condiciones son admitidas como eficaces en materia testamentaria, en los términos de los artículos 795 y 796 Cc. Difiere también el régimen de las condiciones “*imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres*”, que el artículo 792 Cc tiene por no puestas, y por lo tanto no afectan a la validez de la institución hereditaria, en tanto que en el caso de las obligaciones condicionales, conforme al art. 1116 Cc, anulan la obligación.

²⁰⁴Dispone el art. 801.1º: “*Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse*”. Si la condición impuesta fuera postestativa, el Código civil establece en beneficio del instituido una norma especial en el artículo 800: “*Si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o no de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán o no darán lo que fue prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos e intereses*”. Para el caso en que deba ponerse la herencia en administración, plantea LASARTE la cuestión de si lo que ha de ponerse en administración es la herencia en su conjunto o solamente los bienes que pudieran corresponderle al instituido condicionalmente, señalando que ha de defenderse esta última alternativa. Véase, LASARTE, C, *Derecho de Sucesiones*, cit. págs. 96 y 97.

Su asimilación doctrinal a la figura del legatario priva al heredero condicional de la participación en la comunidad hereditaria y de legitimación en relación con la partición. Sin embargo, si llega a acaecer el suceso contemplado en la condición, la institución de heredero producirá todos los efectos que le son propios²⁰⁵, poniéndose fin a la situación de administración, y retrotrayéndose aquellos a la fecha de apertura de la sucesión, de modo que se abrirá para el instituido la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia.

Si por el contrario la condición fuera incumplida, o de cumplimiento imposible, el instituido perderá todo derecho a la herencia, y los bienes que le hubieran correspondido seguirán el curso determinado por el testador o por la ley.

Como se ha señalado, el Código civil no se ocupa de regular el régimen de la condición resolutoria en relación con la institución de heredero²⁰⁶. El instituido sujeto a condición resolutoria será contado entre los herederos, desde el mismo momento del fallecimiento del causante, y mientras el evento en que consiste la condición no tenga lugar. Si el acontecimiento se cumple, entonces la institución devendrá ineficaz de forma retroactiva, y, por lo tanto, deberá llamarse a la sucesión al sustituto designado por el propio testador, o, en su caso, al heredero o legatario con derecho de acrecer o, por último, al sucesor *abintestato*.

En Cataluña, la Ley 10/2008 de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, partiendo de la vigencia en ese territorio del principio “*semel heres, semper heres*” mantiene una regulación mas restrictiva que el derecho común y establece:

Artículo 423-12 Perdurabilidad de la institución de heredero.

1. *El que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tienen por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los plazos suspensivo y resolutorio.*

2. *El instituido heredero bajo condición suspensiva que, una vez cumplida esta, acepta la herencia la adquiere con efecto retroactivo desde el momento de la muerte del testador.*

Se admiten únicamente en Cataluña las condiciones suspensivas, por las que hasta que no se cumpla la condición no adquirirá el heredero la herencia y las condiciones modales, por las que se impone al heredero una carga. El heredero condicional está facultado mientras se encuentra pendiente el cumplimiento de la condición para tomar posesión provisional y administrar de los bienes, así como para intervenir en la partición, entre otras facultades (art. 423-14.1^o)²⁰⁷.

²⁰⁵ Conforme a la regla general del artículo 1114 Cc: “*En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición*”.

²⁰⁶ Quizás, señala LASARTE, por tratarse de una institución extraña al Derecho romano, que mantenía la regla “*semel heres, semper heres*” y carecer los redactores del Código de *materiales de arrastre* previos para su regulación. Véase LASARTE, C, *Derecho de Sucesiones*, cit, pág. 98.

Con todo, la figura es poco frecuente en la práctica y la remisión del artículo 791 Cc al régimen de las obligaciones condicionales permite resolver los problemas que se planteen.

²⁰⁷ Artículo 423-14. Facultades del heredero condicional.

La materia fue objeto de modificación por la Ley 10/2008, de 10 de julio del libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones²⁰⁸.

B. El heredero a término

El testador puede también someter la institución de heredero a término, tanto inicial como final. A ambos se refiere el artículo 805.1º Cc: «*Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado*».

Si el término previsto en la institución es inicial, es decir, si se ha señalado un día cierto a partir del cual la institución producirá sus efectos, hasta tanto llega ese momento, el artículo 805.2 Cc²⁰⁹ prevé el llamamiento del sucesor legítimo, si bien este “no entrará en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido”.

Si el término es final, es decir, si el testador ha señalado el tiempo (sea un día cierto o un plazo) para la finalización de los efectos propios de la institución, llegado éste, entrará en los bienes el heredero *abintestato*, “*salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa*” (art. 805.2º).

En consecuencia, el instituido a término será heredero y se contará entre los miembros de la comunidad hereditaria hasta tanto llegue el término inicial, y su lugar sea ocupado por el heredero testamentario, o empezará a serlo a partir del momento en que el heredero testamentario deje de serlo.

En Cataluña, la Ley 10/2008 de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, mantiene también respecto del heredero a término una regulación mas res-

1. El heredero instituido bajo condición suspensiva, mientras esta esté pendiente de cumplimiento, puede tomar posesión provisional de la herencia y administrarla con las facultades y limitaciones que haya establecido el causante o, si no ha establecido ninguna, con las facultades de un albacea universal de entrega de remanente. Si concurre a la sucesión con otros herederos que ya hayan aceptado, estos pueden hacer la partición de la herencia, y el heredero bajo condición está facultado para intervenir en la misma. Una vez hecha la partición, debe mantenerse dicho régimen de administración sobre los bienes asignados a su cuota.

²⁰⁸Como señala la Exposición de Motivos de la Ley, la condición, el plazo y el modo, que el Código de sucesiones regulaba en un mismo capítulo referido a las modalidades en la designación de los sucesores, tienen un nuevo tratamiento sistemático. Por una parte, el régimen jurídico de la condición tiene una sección propia dentro del capítulo de la institución de heredero, a cuyas normas remite posteriormente el capítulo de los legados, en todo lo que es de aplicación también a los legados condicionales. Por otra parte, el régimen jurídico de las disposiciones hechas a plazo se desarrolla con relación a los legados, dada la prohibición de poner plazos a la institución de heredero. Finalmente, el modo sucesorio se configura como una disposición sucesoria más y, por ello, se desplaza a un capítulo específico a continuación de los legados”.

²⁰⁹El llamamiento al sucesor *abintestato* que el propio Código realiza para cubrir el tiempo que deba transcurrir hasta que la institución de heredero a término surta los efectos que le son propios, o el que transcurre desde que el término llega a su fin puede explicar el escaso uso que en la práctica se hace de esta figura, excepción hecha del caso en que el testador prevé sustituciones hereditarias.

trictiva que el derecho común y así establece en su artículo 423-12 que se tienen por no formuladas en la institución de heredero la condición resolutoria y a término suspensivo y resolutorio, admitiéndose únicamente, como se ha señalado, las condiciones suspensivas, por las que hasta que no se cumpla la condición no adquirirá el heredero la herencia y las condiciones modales.

C. El heredero modal

En nuestro sistema, tanto común como foral, la carga modal o modo se encuentra restringido al campo de aplicación de las donaciones y al de la institución de heredero o legatario. A diferencia de la institución a término, la imposición de una carga modal como obligación accesoria a la institución de heredero se da con frecuencia en la práctica, pues permite al testador mandar el cumplimiento de ciertas obligaciones sin imponer una condición.

Conforme al artículo 797.1º Cc, el testador puede hacerlo bien expresando “*el objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere*”.

Dado que la carga modal no afecta ni suspende la atribución patrimonial, nada impide al instituido heredero con esta obligación integrar la comunidad hereditaria, y por eso establece el artículo 797.2º que “*lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego*”, es decir, sin que haya que esperar al cumplimiento de la carga.

2.5.3. Conclusión. ¿Quiénes son partícipes de la comunidad hereditaria?

Hechas las anteriores aclaraciones, podemos retomar la cuestión que planteábamos acerca de quienes forman parte de la comunidad hereditaria y quienes han de considerarse excluidos de ella.

Resulta claro que lo que determina el ingreso o participación en la comunidad hereditaria no es la cualidad de heredero o sucesor a título universal del sujeto en cuestión, sino el haber sido llamado a una parte alícuota ideal o abstracta de la herencia que se proyecta sobre la misma considerada en su conjunto como una unidad, con independencia del título en virtud del cual se efectúa el llamamiento a la cuota. En consecuencia, forman parte de la comunidad los herederos, legales o testamentarios.

Son también partícipes los legitimarios, tanto si se tiene la legítima por *pars hereditatis* como si se le considera *pars bonorum*, pues en ambos casos son copropietarios de los bienes hereditarios (STS de 8 de marzo de 1989). No ocurre igual si la legítima es *pars valoris* y puede satisfacerse con bienes extraherenciales, como ocurre por ejemplo en el Derecho catalán.

Finalmente, participan en ella el cónyuge viudo, cuya cualidad de partícipe resulta de su condición de “heredero forzoso”, o de su carácter de usufructuario de cuota, el

cesionario de cuota y los acreedores que hayan aceptado la herencia por subrogación al amparo del art. 1001 Cc.

Por el contrario, deben quedar excluidos de la comunidad hereditaria todos aquellos llamados a la herencia cuyos derechos recaigan sobre concretos y particulares bienes hereditarios, ya sean herederos o ya sean legatarios, y, cuando se trate de herederos, ya hubiesen sido instituidos *ex re certa* o ya hubiesen recibido del causante por adjudicación bienes concretos en pago de su correspondiente cuota²¹⁰.

2.6. Elementos reales en la comunidad hereditaria

2.6.1. Confusión de patrimonios. La separación automática de patrimonios

Como señala MINGORANCE GOSALVEZ²¹¹, la confusión de patrimonios supone la reunión en un solo sujeto de diferentes masas patrimoniales, producida como consecuencia del llamamiento hereditario y la ulterior aceptación no beneficiaria. El heredero se convierte de este modo en titular de dos masas patrimoniales de distinto origen, a saber, el patrimonio que recibe del causante y el suyo propio, pero de tal modo que ambos se convierten en un sólo patrimonio integrado de los anteriores, que pertenece a un único titular. El efecto principal de la confusión de patrimonios en el heredero, es que también quedan integrados en un sólo grupo los acreedores de la herencia y los del heredero, que pasan todos ellos a ser acreedores del heredero²¹².

²¹⁰El Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, establece en su artículo 416 las siguientes reglas generales de interpretación del testamento:

1. *Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador o, si el testamento fuera mancomunado, la común de ambos testadores. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador o testadores según el tenor del mismo testamento.*
2. *Las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia, comparando unas con otras, y de existir contradicción irreductible no será válida ninguna de las que pugnen sustancialmente entre ellas. Las disposiciones ininteligibles se considerarán no formuladas.*
3. *En los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al heredero instituido y las disposiciones que impongan cualquier carga se interpretarán restrictivamente.*
4. *En la interpretación de las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado deberá integrarse lo dispuesto en este artículo con las normas de interpretación de los contratos.*

²¹¹Cfr. MINGORANCE GOSALVEZ, Carmen. *El pago de las deudas hereditarias*. Ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs 54 y 55.

²¹²La confusión de patrimonios genera una situación compleja, en el caso de aceptación de la herencia por un heredero concursado, planteándose entonces cuestiones sobre su suficiente capacidad o no para emitir la aceptación de los bienes hereditarios, el papel, deberes y facultades de los administradores o

De este modo, y por causa de la aceptación pura y simple, los bienes de la herencia se confunden con los propios del heredero y quedan sujetos a la responsabilidad de sus acreedores personales, los cuales pueden reclamar sobre el patrimonio del difunto que, al venir a la titularidad del heredero, entran en la garantía del artículo 1911 Cc. Es en estos casos de aceptación pura y simple de la herencia cuando el heredero tiene otros acreedores cuando cobra mayor utilidad el beneficio de separación que la Ley reconoce a los acreedores del difunto y a sus legatarios a fin de evitar que, a causa de la confusión de patrimonios, concurran a cobrar con igual derecho legatarios, acreedores hereditarios y acreedores del heredero, con el correspondiente riesgo de que resulten burlados los créditos sucesorios²¹³.

A la confusión patrimonial que produce la aceptación pura y simple de la herencia se refirió la STS de 21 de abril de 1997 en estos términos: “*por la aceptación pura y simple, el heredero asume la representación de la personalidad jurídica del causante, sin limitaciones, y debe pechar con las cargas que aquel consintió en vida, con lo que viene a ser tanto sujeto activo, como pasivo de sus relaciones jurídicas patrimoniales no debidamente extinguidas, accediendo de esta manera a una responsabilidad*

juez del concurso en este contexto, así como el especial supuesto de la aceptación del concursado de la herencia a beneficio de inventario. Cfr. SÁNCHEZ LINDE, Mario, “La aceptación de la herencia del concursado heredero”, en *Diario La Ley* nº 7852, 2012.

²¹³En el Derecho común, entiende MINGORANCE GOSALVEZ que el beneficio de separación de patrimonios opera de manera automática a favor de acreedores del difunto y de sus legatarios sobre la base del principio de responsabilidad patrimonial universal que establece el artículo 1911 Cc, cuya vigencia no elimina la confusión de patrimonios, en tanto los bienes puedan identificarse, de la preferencia establecida en la Ley a favor de los acreedores de la herencia para satisfacer sus créditos con bienes de ésta y de los legatarios sobre los acreedores del heredero, de la posibilidad que el artículo 1082 Cc reconoce a los acreedores del caudal relicto, habiendo varios herederos, para impedir la partición y de la propia regla “antes es pagar que heredar”. Cfr. MINGORANCE GOSALVEZ, Carmen. *El pago de las deudas hereditarias*, cit, págs. 55 y 56, en las que se cita también jurisprudencia favorable a la separación automática de patrimonios (Res. DGRN de 1 de septiembre de 1976). En contra de estos argumentos, puede verse DE LA CÁMARA, “Comentario al artículo 1082 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, cit. pág 2542.

El Código de Derecho Civil Aragonés, aprobado por el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, dedica a la separación de patrimonios el artículo 357:

1. *La confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto.*
2. *La aceptación de la herencia no produce la extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia, ni de los de esta contra aquél.*

Consecuencia de la norma general de separación de patrimonios, el art. 358 reconoce a favor del heredero el derecho a excluir sus bienes del procedimiento de embargo basado en créditos contra la herencia:

Artículo 358. Embargo de bienes del heredero.

El heredero puede oponerse al embargo de bienes de su propio patrimonio basado en créditos contra la herencia por la vía de la tercería de dominio. A la demanda deberá acompañarse necesariamente un inventario de los bienes relictos recibidos, que podrá ser impugnado por el acreedor en el mismo procedimiento.

ilimitada e indiferenciada de la que responden nos solo los bienes hereditarios, sino también los propios”.

2.6.2. Discusión sobre la inclusión o no de las deudas y cargas en la herencia

Señala ALBALADEJO²¹⁴ que el objeto de la comunidad está constituido por los bienes y derechos hereditarios que no correspondan en particular a algún sucesor. Pero aclara este autor que no recae ni sobre las deudas del causante ni sobre las cargas de la herencia. Unas y otras, que forman el pasivo hereditario, pasan a pesar sobre todos los coherederos que, por suceder en concepto de herederos, se convierten en deudores del mismo. Pero los copartícipes en la comunidad, no siendo necesariamente herederos, que son los únicos que suceden en el pasivo, no han tenido necesariamente que convertirse en deudores de las deudas y en obligados a satisfacer las cargas, de forma que si pesan sobre ellos unas y otras, será, no porque son copartícipes en la comunidad, sino porque se trata de copartícipes que son coherederos. Y también pesan sobre los herederos que no sean copartícipes. En resumen, la comunidad hereditaria recae, pues, no sobre la herencia, que comprende activo y pasivo, sino solo sobre el activo hereditario. Ahora bien, para ALBALADEJO, una cosa es que no recaiga sobre el pasivo hereditario y otra que sí comprenda el pasivo que proceda de la propia masa común porque ésta lo ha producido después del fallecimiento del causante.

2.6.3. Concepción de la herencia residual

PEÑA BERNALDO DE QUIROS²¹⁵ ha sostenido para explicar esta situación la tesis denominada de la herencia residual, entendiendo que son los bienes de ésta los que se encuentran afectos al pago de las deudas, y no el patrimonio de los herederos, de modo que lo que éstos heredan es el residuo, lo que reste después de pagados todos los acreedores.

De este modo se niega la confusión de patrimonios entre el del causante y el del heredero hasta el momento en que hayan sido totalmente satisfechos los acreedores, siendo precisamente los bienes que integran el patrimonio del causante los que constituyen la garantía de aquellos. Y esto al margen, afirma PEÑA, de que exista o no beneficio de inventario, pues se trata de una idea que va aneja al propio concepto de herencia.

Para el autor, no obstante la sucesión y mientras haya cargas hereditarias, hay patrimonio hereditario autónomo y diferenciado del patrimonio personal del heredero y es únicamente el remanente, esto es, lo que queda tras la satisfacción de las cargas, lo que se incorpora y confunde en el patrimonio personal del heredero. Así pues, sin dejar

²¹⁴ALBALADEJO, M. *Manual de Derecho Civil*, cit, págs 118 y 119.

²¹⁵PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M, *La herencia y las deudas del causante*, Ed. Comares, 2008, págs 128-129

de estar plenamente vigente respecto de los derechos y obligaciones la concepción de la “sucesión universal” que implica que el heredero adquiere por la sucesión el total patrimonio del causante desde el momento de su muerte (arts. 659, 660, 661, 989 Cc), es también cierto este concepto residual de la herencia en cuanto que lo único que se integrará de forma indiferenciada en el patrimonio personal del heredero es el residuo, lo que queda de la herencia después de satisfacer las cargas.

2.6.4. Bienes incluidos y no incluidos en la comunidad

En todo caso, la comunidad hereditaria recae sobre la herencia y, por tanto, sobre una “*universitas*”— a menos que, como hemos señalado, exista un único bien, en cuyo caso no habrá comunidad hereditaria, sino comunidad ordinaria—, integrándose en su activo conforme al artículo 659 Cc todos los bienes, derechos y acciones que no se extingan por muerte del causante, es decir, todos los bienes y derechos hereditarios, excepto aquellos de que el causante haya dispuesto a título particular, incluidos los créditos, pues estos no se dividen automáticamente entre los partícipes (STS de 26 de febrero de 1973).

Recae también la comunidad sobre los incrementos que hayan experimentado tales bienes o derechos por accesión o incorporación, ya que rige la regla del Senadoconsulto Juvenciano: *fructus augen hereditatem* (art. 1063 Cc y SSTs de 12 de diciembre de 1958, y 7 de enero de 1966). También resulta aplicable a la comunidad hereditaria el principio de subrogación real, de manera que ingresarán en a masa común aquellos bienes que sustituyan a los que la conformaban (p. ej. el precio de los bienes vendidos o la indemnización por los destruidos). Ocurre así, por ejemplo con los bienes adquiridos a consecuencia del ejercicio de un derecho perteneciente a la masa, los recibidos como indemnización por la pérdida o deterioro de objetos hereditarios o por permuta con ellos, los comprados con dinero relicto, el dinero procedente de la venta de bienes de la herencia o las acciones para hacer efectivo el precio, entre otros.

Por otra parte, se incluirán en el pasivo de la comunidad las deudas y cargas generadas por la administración y mejora de los bienes durante el período de indivisión (art. 395 Cc). Con mayores dudas se plantea, como hemos visto, si lo constituyen también las deudas del causante. Si partimos de que la herencia se compone de todos los bienes, derechos y deudas que no se extinguen con la muerte del causante (art. 659), y decimos que la comunidad recae sobre la herencia, —excluidos los bienes que han sido especialmente atribuidos—, hemos de considerar que también recae la comunidad sobre el pasivo hereditario, máxime cuando resulta que el caudal relicto responde de las deudas del causante. Pero téngase en cuenta: que alguno de los partícipes puede no ser deudor (el legatario de parte alícuota); que puede ser deudor algún no partícipe (heredero en cosa cierta, o a quien se han adjudicado bienes determinados por el testador en pago de su cuota); que existe comunidad aunque las deudas superen a los bienes y derechos;

y que la comunidad se extingue por la partición aunque no se hayan pagado todas las deudas (cfr. Art. 1084 Cc)²¹⁶.

Sin embargo, como estudiamos en el Capítulo anterior, la comunidad no se extiende a la totalidad del patrimonio del causante, ni desde el punto de vista del activo ni respecto del pasivo. Como comunidad patrimonial que es, se excluyen de la misma los derechos no patrimoniales del causante, como los derechos de carácter político o los derechos personalísimos o vinculados de tal forma a una determinada persona por sus cualidades que tienen su razón de ser exclusivamente en elementos o circunstancias que sólo se dan en el titular. Incluso desde el punto de vista patrimonial no se integran en la comunidad los derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida del causante, como usufructos, derechos de habitación o rentas vitalicias²¹⁷, ni como resulta del art. 882 Cc, los bienes que hayan sido objeto de un legado específico, puesto que la propiedad de tales bienes la adquiere el legatario desde el momento del fallecimiento del testador.

En definitiva, la comunidad hereditaria recae sobre los bienes y derechos hereditarios, consistiendo en un régimen especial de administración, uso, disfrute y disposición de los mismos; tales bienes son el centro de imputación de la responsabilidad por las deudas del causante, pero quienes responden son los coherederos, siendo su responsabilidad solidaria cuando se lleva a cabo la partición sin haber realizado previamente el pago de las deudas.

²¹⁶La mayor parte de la doctrina actual coincide en considerar que la comunidad hereditaria, en sentido objetivo, comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que, siendo transmisibles, no se hayan extinguido por el fallecimiento del causante. De esta tesis se separan autores como ALBALADEJO o LACRUZ, para quienes las deudas y obligaciones que integran el pasivo hereditario no forman parte de la comunidad hereditaria. Creemos sin embargo, con la mayoría de la doctrina, que es más acorde al sistema sucesorio del Código Civil, especialmente en base al art. 661, la tesis de la comunidad hereditaria como comprensiva de todos los elementos del activo y del pasivo hereditario.

En consecuencia, se heredan tanto los bienes cuanto las deudas, lo que significa que los coherederos en situación de indivisión tienen derecho a aquellos y deben responder de aquellas. Abunda en este razonamiento el hecho de que a la herencia indivisa pertenezcan, conforme a la regla *fructus augent hereditatem* acogida en el art. 1063 Cc, no solo los bienes integrantes del patrimonio del causante en el momento de su fallecimiento y transmisibles a sus herederos, sino también los frutos, rentas, accesiones o cualquier tipo de incrementos que generen los bienes hereditarios, los cuales ha de entenderse que pertenecen a la comunidad hereditaria y no al heredero que los hubiera poseído, en su caso, durante el tiempo de la indivisión.

²¹⁷El nuevo artículo 464-6 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones permite a los coherederos a la hora de realizar la partición que, si el causante no lo ha prohibido, puedan acordar por unanimidad considerar la atribución de prelegados como operación particional del causante y prescindir de la misma. Tampoco se incluyen en la comunidad las indemnizaciones derivadas de seguros de vida contratados por el difunto, que se integran en el patrimonio del beneficiario, ni los derechos arrendaticios que se transmiten por razón marital o relación de afectividad. Desde el punto de vista del pasivo es posible que determinadas deudas no se integren en la comunidad por hallarse vinculadas a algún legado (artículo 427-28.4).

Capítulo 3

Fuentes legales de la comunidad hereditaria en el Derecho español. Referencia al nuevo marco europeo de la sucesión *mortis causa*

Índice del capítulo:

3.1. Fuentes legales de la comunidad hereditaria en el Derecho español	118
3.1.1. La ausencia de un régimen propio para la comunidad hereditaria en el Código civil español	118
3.1.2. Prelación de fuentes	119
3.1.3. Régimen normativo de la comunidad en los Derechos civiles territoriales. Las distintas figuras de titularidad plural por causa de muerte	121
3.1.3.1. Derecho civil de Cataluña	121
3.1.3.2. Derecho civil de Aragón	122
3.1.3.3. Derecho del País Vasco	124
3.1.3.4. Derecho navarro	125
3.1.4. Cuestión de la ley aplicable a la comunidad hereditaria	126
3.1.5. Aplicación del régimen de comunidad hereditaria a la situación de comunidad postganancial	126
3.2. El nuevo marco europeo de la sucesión <i>mortis causa</i>. Reglamento 650/2012, de 4 de julio	127
3.2.1. Ley aplicable común y principio de libre elección	128
3.2.2. Ámbito material de aplicación	129
3.2.3. Ámbito temporal de aplicación	131
3.2.4. Creación del Certificado Sucesorio Europeo	131
3.2.4.1. Finalidad	133
3.2.4.2. Contenido	133
3.2.4.3. Efectos	134
3.2.4.4. Modificación, suspensión y anulación	136

3.1. Fuentes legales de la comunidad hereditaria en el Derecho español

3.1.1. La ausencia de un régimen propio para la comunidad hereditaria en el Código civil español

La situación de comunidad hereditaria como tal carece de un régimen específico en el Código Civil español, que se limita exclusivamente a regular, aunque con sumo detalle, el principal de los medios de extinción de la misma, la partición de la herencia, en los arts. 1051 Cc, sin ocuparse tampoco de otras causas y formas de extinción del estado de indivisión.

No ofrece por lo tanto el Código una regulación unitaria ni sistemática de la comunidad hereditaria, ni siquiera para la fase de extinción, sino solamente un conjunto de normas que se refieren, con precisión, a uno de los medios, el más común, a través de los cuales se pone fin a esta situación, lo que puede resultar coherente con su propia visión de la institución como una situación transitoria orientada a su rápida liquidación y a la adjudicación de los bienes que la integran, siendo este el momento en el que pueden plantearse problemas entre los coherederos y el que precisa una regulación más minuciosa.

Como ha señalado reiteradamente la doctrina²¹⁸, la falta de una disciplina propia para la comunidad hereditaria ha generado en la práctica abundantes dudas respecto a la solución de importantes problemas que se plantean en su seno, tales como el de la posible inclusión de las deudas en la masa indivisa o la responsabilidad de los coherederos frente a las deudas de la herencia con anterioridad a la partición. Sin embargo, ha sido generalmente admitida por la doctrina y por la jurisprudencia la posibilidad de llenar el vacío legal existente estableciendo un orden de prelación de fuentes normativas.

La atipicidad de la comunidad hereditaria en el Derecho común contrasta con el intento abordado por algunos derechos civiles territoriales como el catalán²¹⁹, que al hilo de la reforma de su derecho de sucesiones han intentado dar a la comunidad hereditaria un tratamiento sistemático, orientado a dotar a la institución de mayor agilidad, y buscando ante todo la conservación del valor de los bienes y la protección de los futuros titulares.

La nueva regulación de los derechos civiles territoriales plantea problemas muchas veces comunes a cualquier regulación de la figura y no privativos de un derecho en particular, incorporando a menudo el resultado de la evolución doctrinal y jurisprudencial y permitiendo hallar soluciones a cuestiones que, planteadas sobre el Código civil, no encuentran solución satisfactoria.

²¹⁸Vid. COLINA GAREA, Rafael, "Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria", cit, págs, 244 y sigs.

²¹⁹Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

Por otra parte, el marco normativo de la sucesión *mortis causa* se ha visto afectado por la aprobación del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación del certificado sucesorio europeo.

3.1.2. Prelación de fuentes

La determinación del sistema de fuentes aplicable a la situación de indivisión de la herencia y de su prelación revisten por los motivos señalados una evidente importancia práctica.

1º La comunidad hereditaria se regirá en primer lugar por la autonomía de la voluntad expresada, preferentemente en las disposiciones del testador y, a falta o en defecto de las mismas, a las acordadas por los coherederos sobre la organización y gestión del patrimonio hereditario durante la indivisión, en cuanto unas y otras no sean contrarias a preceptos imperativos, o a la moral y el orden público.

Además, pese a que la voluntad del testador sea ley en su sucesión, no se debe olvidar que se pasará por ella solo en tanto no perjudique la legítima de los denominados “herederos forzosos”.

2º En defecto de las disposiciones o acuerdos emanados de la autonomía de la voluntad, se regirá la comunidad hereditaria por las normas que especialmente se refieren a la situación de indivisión hereditaria, en el Código civil,

Las disposiciones del Código Civil se refieren a la partición (arts. 1051 y ss.), el pago de las deudas hereditarias (arts. 1082 a 1087 Cc), la administración de la herencia (art. 1026 Cc y concordantes) y la enajenación y retracto del derecho hereditario en abstracto (arts. 1531, 1533, 1534 y 1067 Cc), bienes que integran la herencia (art. 659 Cc), posición jurídica de los acreedores y responsabilidad de los coherederos (arts. 661, 1003 y 1082 a 1087 Cc), imprescriptibilidad de la acción (art. 1965 Cc), y situación de la viuda encinta (arts. 959 a 967).

También deberán ser tenidos en cuenta los preceptos contemplados en las leyes especiales que sean susceptibles de aplicación y, en particular, los arts. 14, 42.6º (anotación preventiva del derecho hereditario) y 46 LH (enajenación, gravamen y anotación del derecho hereditario); 209-1 RH (cancelación de inscripciones a favor del causante por los herederos), así como arts. 792 a 796 y 797 a 804 LECiv (red. Ley 1/2000, de 7 de enero) sobre procedimiento para la división de la herencia, intervención y administración del caudal hereditario y la Ley Concursal (sobre todo, arts. 1.2 y 182).

3º Como supletorias de las disposiciones especiales del Código Civil se aplicarán a la comunidad hereditaria, merced a la doble remisión de los arts. 392²²⁰ y 406, las

²²⁰ Artículo 392.2º Cc: “a falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este Título”,

normas generales que el propio Código dedica a la copropiedad por cuotas o comunidad ordinaria en el Título III del Libro II (arts. 392 y sigs.), en cuanto no sean incompatibles con sus características específicas. Así lo ha confirmado también la jurisprudencia, (SSTS de 25 de enero de 1943, 21 de marzo de 1944, 9 de junio de 1953 y 5 de julio de 1958). De entre las normas reguladoras de la comunidad ordinaria, se consideran imperativos los artículos 398.3º Cc, 400, 403 y 405 Cc.

La remisión como supletorias a las normas reguladoras de la comunidad ordinaria encuentra fundamento en que nuestro Código civil regula la comunidad de derechos sobre bienes a través de la que, sin duda, constituye su más importante especie: la propiedad de varios titulares sobre una misma cosa o *copropiedad*²²¹, que no es sino la comunidad aplicada al derecho de dominio.

Sin embargo, debe precisarse que este conjunto normativo, que regula fundamentalmente la copropiedad y constituye una especie de régimen general supletorio de aplicación a distintas comunidades especiales, deberá aplicarse matizadamente y adaptarse a la situación especial de comunidad hereditaria, cuya peculiaridad viene dada, ante todo, por la especial naturaleza de su objeto: la masa hereditaria, como masa patrimonial autónoma.

La remisión al régimen de la comunidad de bienes resulta esencial para la determinación del contenido de la relación de comunidad hereditaria, pues con base en dicho régimen como habrán de resolverse, con las debidas precauciones, las cuestiones relativas a los derechos de los partícipes, tanto respecto a la masa indivisa (en las relaciones de posesión, uso y disfrute, conservación, defensa jurídica y administración) como respecto de la propia cuota que les corresponda en la herencia.

Por otra parte, la remisión como supletorio al régimen del art. 392 y ss. del Cc no significa que estas normas se apliquen sólo en defecto de pacto y que se trate en todo caso de normas de carácter dispositivo, dado que la doctrina admite la existencia de normas imperativas, que no pueden ser desplazadas por el pacto entre los interesados²²².

De ahí que se haya propuesto por MIQUEL una interpretación distinta del art. 392.2º Cc, conforme al cual los artículos 392 a 406 Cc se aplican cuando se cae en comunidad y no existe ni contrato que la genere ni disposiciones especiales. Luego, existiendo contrato generador de la comunidad (principalmente sociedad) y normas especiales, el supuesto deja de ser considerado comunidad ordinaria para convertirse en otra cosa, y a estos supuestos sólo se aplicarían como supletorias las normas de la comunidad ordinaria, en la medida en que proceda la supletoriedad.

²²¹En el modelo que el Código civil acoge, el condueño o copropietario tiene una participación alícuota sobre la propiedad de la cosa, expresada numéricamente, de tal manera que el derecho del titular parciario se cuantifica mediante la expresión de una cuota, y esta constituye la manifestación numérica del contenido de su participación (que puede consistir en un tercio, un quinto, una doceava parte. . .).

²²²Cfr. CAPILLA RONCERO, F. Derecho Civil. *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Coordinado por CLEMENTE MEORO, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs 264 y 265.

En consecuencia, estaría al margen del mencionado precepto el ámbito del juego de pactos entre comuneros reguladores de sus facultades como tales (pactos sobre uso, administración, contribución a las cargas, indivisión o modalidades de la misma, etc), esto es, los pactos que delimitan el contenido de las facultades dimanantes de la mera situación de comunidad. Estos pactos, en general, serán admisibles allí donde no sean contradichos por normas imperativas, ni atenten a la moral o el orden público, conforme al art. 1255 Cc.

4º Por remisión del art. 1051.2º Cc, se aplicarán en caso de ineficacia de la prohibición de dividir impuesta por el testador, las normas de los arts. 1700 y siguientes, relativas a la extinción de la sociedad.

De la prelación de fuentes señalada, que en general admite la doctrina²²³, disiente LACRUZ²²⁴, para quien la comunidad hereditaria habrá de regirse en primer lugar por las disposiciones imperativas del Código Civil; después por la voluntad del causante; luego, por las disposiciones que, dentro del título de la división de la herencia, le fueren específicamente aplicables; y, finalmente, por las disposiciones generales contenidas en el título 3º del libro 2º Cc, en lo que fueren compatibles con el hecho de ser la hereditaria una comunidad universal.

3.1.3. Régimen normativo de la comunidad en los Derechos civiles territoriales. Las distintas figuras de titularidad plural por causa de muerte

En el ámbito de los ordenamientos civiles territoriales los modelos de comunidad sucesoria y familiar son más variados que en el Código civil, regulándose distintas figuras con raigambre histórica, de entre las que es posible destacar: la comunidad conyugal continuada; la asociación familiar entre el matrimonio mayor que instituye heredero de sus bienes a un hijo o hija, y éste a su respectivo cónyuge; la asociación o «compañía» entre distintas familias; o el consorcio foral aragonés sobre bienes heredados que mientras permanecen indivisibles los hace inalienables destinándolos a la herencia familiar, entre otros.

3.1.3.1. Derecho civil de Cataluña

En nuestro ordenamiento, sólo el Derecho civil catalán ha abordado, a partir de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones una regulación sistemática de la comunidad hereditaria, a la que dedica el Capítulo III del Título VI (arts. 463-1 a 463-6).

²²³Vid. en tomo a la prelación de fuentes legales ahora expuesta, ROCA SASTRE, R. M.; PUIG FERRIOL, L, Y BADOSA COLL, F. *Anotaciones al derecho de Sucesiones de T. Kipp*, cit, pág. 25.

²²⁴LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, vol. V, 1981. pág. 120.

La regulación, ordenada sobre el precedente Proyecto de Compilación de 1955, aborda los supuestos de indivisión y ejercicio de las facultades de disfrute, administración y disposición de los bienes de la comunidad, con las remisiones pertinentes a las normas de la comunidad ordinaria del libro quinto.

Como destaca la Exposición de Motivos de la Ley 10/2008, esta reordenación sistemática pretende ajustarse al orden temporal de las fases en que se desenvuelve el fenómeno sucesorio. La nueva regulación contiene una serie de novedades dirigidas fundamentalmente a conseguir una mayor agilidad de la misma, evitando la dispersión normativa del Código de Derecho de Sucesiones la anterior regulación.

La situación de comunidad hereditaria se regula buscando ante todo la conservación del valor de los bienes y la protección de los futuros titulares²²⁵. Se mantiene el principio que la responsabilidad de los herederos no es ni solidaria ni mancomunada, sino que, de acuerdo con la tradición catalana, las deudas hereditarias se dividen entre los herederos que aceptan, sin perjuicio del derecho de todos los acreedores del causante a oponerse a la partición antes de que se les paguen o afiancen los créditos. Se regula asimismo, con carácter novedoso, la figura de la comunidad hereditaria “provisional”, se acoge la tendencia a la limitación de la responsabilidad del coheredero a los bienes recibidos de la herencia extendiendo la aceptación a beneficio de inventario, se regula la aceptación de la herencia por los acreedores y se potencia la autonomía de los coherederos a la hora de alcanzar acuerdo sobre la forma de hacer la partición.

3.1.3.2. Derecho civil de Aragón

El Derecho aragonés se ha visto modificado por el Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011 por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón²²⁶, en

²²⁵Se libera de este modo a la comunidad hereditaria, a juicio de VALLE MUÑOZ, del “encorsetamiento” al que esta sometida la institución por una serie de circunstancias, “*las cuales provocan que la misma no pueda regirse por las normas de la comunidad ordinaria contenidas en el Libro V, pues frente al carácter voluntario de esta última, la comunidad hereditaria podría considerarse como accidental y, en cierto modo, imprevisible. Es accidental, en la medida en que, en sí misma considerada, no pretende cumplir ninguna función económico-social, sino que pretende ser una situación interina que conserve el patrimonio lo mejor posible hasta que, a través de la partición, se produzcan las adjudicaciones que conviertan la titularidad compartida de un patrimonio en diversas titularidades sobre bienes y derechos concretos. Asimismo es imprevisible en la medida en que su existencia no viene determinada por una única voluntad, sino que se requiere el concurso, cuanto menos, de tres voluntades: la del causante y la de al menos dos herederos. Ni siquiera la voluntad del causante es esencial pues, de hecho, es más probable que nos encontremos ante una comunidad hereditaria cuando el causante ha guardado silencio, es decir, cuando nos encontramos ante una sucesión intestada...*”. Véase VALLE MUÑOZ, José Luís. “Comunidad Hereditaria y Partición”, *XV Jornadas de Derecho catalán en Tossa*, organizadas por el Instituto de Derecho Europeo y Comparado de la Universidad de Girona. <http://civil.udg.edu/tossa>. Fecha de consulta: 30/07/2012.

²²⁶El Texto Refundido aprobado con el título de *Código del Derecho Foral de Aragón* por el Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011 (Boletín Oficial de Aragón de 29 de marzo de 2011), es consecuencia de la de la autorización para refundir las Leyes civiles aragonesas, contenida en la disposición final primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial, y su preparación ha correspondido a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. En particular, el nuevo Código deroga las

cuya sistemática se dedica actualmente el Libro III al Derecho de Sucesiones por causa de muerte, incorporando, con su misma sistemática, el articulado de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, en la redacción vigente en el momento de la refundición.

El Libro III dedica a las sucesiones siete Títulos, de los que el Primero recoge normas referidas a «las sucesiones en general». En el mismo se contiene, entre otras materias, una regulación más pormenorizada de aspectos como la capacidad para aceptar o repudiar, la sustitución legal, o la responsabilidad del heredero²²⁷ (arts. 355 al 361), la colación²²⁸ (arts. 362 a 364) se regula como integrando las operaciones propias de la partición, en una Capítulo común, el VI, y a la partición se dedican, dentro de este Capítulo, los arts. 365 a 368.

Al igual que en el régimen del Cc, el Derecho aragonés alude a la comunidad hereditaria en el momento de su división, reconociendo a los titulares de cuotas o porciones de las mismas el derecho a promoverla en cualquier tiempo (art. 365.1º), sin perjuicio de la facultad del disponente para ordenar que tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de esta no se proceda a la partición durante un tiempo determinado, que no podrá exceder de quince años a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo. La misma facultad se reconoce a favor de los partícipes, que pueden convenir unánimemente la indivisión por un plazo máximo de quince años. En ambos casos, podrá prorrogarse la indivisión por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años (art. 365.2º). Sin embargo, la prohibición o el pacto de indivisión no impiden al Juez autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida (art. 365.3º).

La Sección dedicada a la partición regula también con detalle la intervención de menores de catorce años o incapacitados, así como la de menores mayores de catorce años, ocupándose también de la partición practicada por el causante o su fiduciario

Al pago de las deudas hereditarias por los coherederos, tanto antes como después de la partición, y a la responsabilidad que en cada caso les corresponde, se dedican, dentro del mismo Capítulo de la partición, los artículos 369 a 372.

siguientes normas civiles a) el Título Preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón; b) La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte; c) la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; d) La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad; e) la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona; f) la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres y g) la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.

²²⁷ Además de mantener el beneficio legal de inventario a favor del heredero se señala la vía por la que el heredero podrá defender sus bienes frente a los acreedores del causante y se establecen las preferencias a favor de éstos respecto de los legatarios y los acreedores del heredero.

²²⁸ Señala la Exposición de Motivos del nuevo Código que la colación, como operación particional, sigue descansando únicamente en la voluntad del disponente. No procede por ministerio de la ley, que se limita a aportar breves reglas para cuando, en efecto, la voluntad de los particulares haya ordenado su práctica sin indicar otras.

El Título I se ocupa, también con algunas novedades, de la regulación del llamado “consorcio foral aragonés”, una comunidad hereditaria de carácter especial, que se regula en los artículos 373 a 376. El primero de ellos define esta situación como la surgida, salvo previsión en contrario del disponente, desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles, quedando establecida entre ellos, en tanto subsista la indivisión, el llamado «*consorcio o fideicomiso foral*». La misma norma resulta de aplicación a los inmuebles adquiridos proindiviso por legado o donación (art. 373.2º).

Entre las novedades de la regulación del consorcio foral, destaca la de la separación del consorte por el simple mecanismo de declarar su voluntad en escritura pública a la que se refiere el artículo 375²²⁹, norma que, según la Exposición de Motivos del nuevo Código aragonés “*parece llamada a tener frecuente aplicación... con lo que tendrían fácil solución algunas situaciones indeseadas puestas de relieve por algunos autores*”.

Para la liquidación y división del consorcio rigen como supletorias de su regulación específica las normas de la comunidad hereditaria, conforme al artículo 270.

3.1.3.3. Derecho del País Vasco

La Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco dedica su Título III (arts. 27 y siguientes) a las sucesiones. A los efectos de nuestro trabajo, resultan de interés los preceptos siguientes:

En relación con la fase de yacencia, señala el artículo 40:

Mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del caudal la persona que el testador hubiere designado en su testamento, con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga.

A falta de designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo, y, en defecto de éste, el propio comisario.

En los supuestos de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, surge el problema de la liquidación de la comunicación foral de bienes²³⁰, en el que se sigue la norma que distingue entre el supuesto de que haya hijos comunes y el de que no los haya:

²²⁹Artículo 375. Separación de un consorte: 1. *Dejarán de aplicarse los efectos del consorcio al consorte que declare su voluntad de separarse totalmente del mismo en escritura pública.*— 2. *La separación deberá comunicarse fehacientemente a los demás consortes, entre los que continuará el consorcio.*

²³⁰El artículo 95. define así el régimen de la comunicación foral:

En virtud de la comunicación foral se harán comunes, por mitad entre marido y mujer, todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sean, pertenecientes a una u otra, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen.

- (a) Habiendo hijos comunes, la comunicación se consolida (artículo 104) y se establece una comunidad hereditaria entre el viudo y los sucesores del premuerto hasta la división y adjudicación de los bienes; pero el cónyuge designado comisario puede adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes (artículo 106) y tendrá además el usufructo de todo el caudal (artículo 105).
- (b) En los casos en los que el matrimonio se disuelva por sentencia de nulidad, separación o divorcio, o cuando no haya hijos comunes, la comunicación se disuelve por un sistema similar a la sociedad de gananciales (artículo 109), aunque, en el último caso, el viudo conserva algunos derechos de honda raigambre foral (artículo 110).

Por excepción a lo dispuesto en el artículo 104, el cónyuge viudo, nombrado comisario, podrá adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes, dejando la otra mitad para la sucesión del premuerto, sin perjuicio de la reserva de bienes troncales.

En el caso de que exista contador-partidor designado por el causante, el cónyuge comisario, conjuntamente con el contador-partidor, podrá llevar a cabo la disolución y liquidación de la comunidad constituida, en la forma prevista en el artículo 108, quedando en la sucesión del causante los bienes adjudicados a la misma. Igualmente, lo podrá realizar con los sucesores presuntos o, en otro caso, por decisión judicial a su instancia. (art. 106).

3.1.3.4. Derecho navarro

En el Derecho navarro el régimen jurídico está constituido por las leyes 318 y 319, sobre acreedores de la herencia y *separatio bonorum*, la ley 331, que regula la petición de división de la herencia, y las leyes 372 y ss. sobre comunidad proindiviso.

El FGN posibilita la partición de herencia pero no propugna como principio la división y desvinculación forzosa de la propiedad, sino que, al contrario, favorece la concentración de la propiedad en la familia (la casa) mediante un régimen de heredero único, que permite a los “ricos Homes” mejorar a los hijos legítimos dejando a los demás “huerto y era en la que pudiesen trillar” (FGN 2.4.4, y 3.1.20).

La principal especialidad del Derecho navarro en este punto, aplicable también a la comunidad hereditaria, consiste en que conforme a la Ley 372-3, en los actos de simple uso, administración o modificación material de la cosa común, cada titular puede oponerse judicialmente al otro que intenta realizarlos, y toda gestión ya realizada quedará sin efecto en la medida en que resulte perjudicial a los intereses de la comunidad según el arbitrio del juez. En consecuencia, no rige aquí el sistema de mayorías del artículo 398 Cc, en cuanto a la administración de los bienes comunes, ni el de unanimidad del art. 397 Cc en lo referente a la alteración material de los mismos, que el Derecho navarro asimila a la administración, de modo que cada copartícipe puede actuar individualmente, pero los demás pueden oponerse al acto realizado.

3.1.4. Cuestión de la ley aplicable a la comunidad hereditaria

La existencia de la comunidad depende no sólo del acto de última voluntad, sino también de la Ley, común o de derecho civil autonómico aplicable a la sucesión. El artículo 9.8 del Código Civil establece como criterio determinante la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento, a la cual deben ajustarse las legítimas. Si tenemos en cuenta las normas que regulan la vecindad civil, y especialmente la norma de cierre del sistema (el artículo 14.6 del propio Código), en base a la cual se presume que la vecindad civil en último término es la del lugar de nacimiento, llegamos a la conclusión de que la cuestión de la determinación de la vecindad civil no puede quedar sujeta a la mera declaración de voluntad de los comparecientes en el negocio jurídico, sino que precisa ser acreditada.

Como ejemplo, señala VALLE LÓPEZ²³¹ que en algunos ordenamientos civiles territoriales, como el catalán, es frecuente nombrar heredero al cónyuge o la pareja del testador, a salvo las legítimas de los descendientes. En este ejemplo, si la Ley aplicable es la catalana, la aragonesa o la navarra, no existirá comunidad hereditaria pero, por el contrario, si fuese aplicable el Código Civil, sí que existirá. Por ello, la mera declaración del cónyuge o pareja sin que la misma sea contrastada, provocaría la inscripción de los bienes a su favor como heredero único, dejando fuera de la partición a los legítimos, lo cual es contrario al principio de ingreso contrastado de los derechos en el Registro.

3.1.5. Aplicación del régimen de comunidad hereditaria a la situación de comunidad postganancial

Por otra parte, el régimen de la comunidad hereditaria se ha extendido jurisprudencialmente, de modo discutible, a la situación de comunidad postganancial, fundamentalmente a los efectos de la disposición de los bienes. Así, la STS de 10 de junio de 2010 (FJ 3º) considera de aplicación a la comunidad postganancial el régimen de la comunidad hereditaria. Recuerda la doctrina de la STS de 19 de junio de 1998 que entiende que, disuelta la sociedad de gananciales, la naturaleza de las relaciones existentes entre los titulares “*es la de una comunidad, que equivale al régimen de la comunidad hereditaria (STS de 11 de mayo de 2000) y, en consecuencia, no rigen los preceptos del Código civil que permiten la disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro vigente la sociedad de gananciales...*”. Por el contrario, la Sala considera aplicables “*las reglas de la comunidad hereditaria y esta Sala ha sostenido de manera uniforme que los actos de disposición sobre la cosa común deben contar con la voluntad de todos los comuneros so pena de nulidad (así, entre otras, las SSTS de 25 de septiembre de 1995, 17 de febrero de 2000)*”.

²³¹ VALLE LÓPEZ, José Luís, “Comunidad hereditaria y partición”, en *XV Jornadas de Derecho Catalán en Tossa*. <http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos/pon/5/jlvm.htm>. Fecha de consulta: 10/08/2012

3.2. El nuevo marco europeo de la sucesión *mortis causa*. Reglamento 650/2012, de 4 de julio

La aprobación del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012²³² (Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de julio), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo²³³ trata de dar respuesta a un hecho que las Instituciones de la Unión tienen por probado: la libre circulación de personas en la UE resulta entorpecida como consecuencia de los obstáculos que sufren cuando desean ordenar su sucesión «*mortis causa*» y también como efecto de los problemas que previsiblemente padecerán sus herederos cuando en la sucesión haya personas llamadas a la herencia de diferente nacionalidad, y/o bienes que se encuentren en diversos Estados miembros.

En efecto, la concurrencia de distintos Derechos nacionales europeos para regular el mismo fenómeno sucesorio: el fallecimiento y consiguiente apertura de la sucesión de un ciudadano europeo, con soluciones diferentes a los problemas derivados de la sucesión del fallecido y los problemas de competencia jurisdiccional hacían urgente una regulación que consiguiera aunar dos objetivos: por un lado, el de ampliar el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de la Unión Europea a las sucesiones y los testamentos; y de otro, que este objetivo se consiguiera sin que implicase una pérdida ni para los sistemas judiciales nacionales, ni para su orden público, ni para sus tradiciones propias en este sentido²³⁴.

²³²Diario Oficial nº L 201 de 27/07/2012 págs. 0107–0134.

²³³El Consejo Europeo, reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, adoptó el «El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea», en el que se expresó la necesidad de adoptar un instrumento europeo en materia de sucesiones, en el que se regulase en particular la cuestión de los conflictos de leyes, la competencia, el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones en el ámbito de las sucesiones *mortis causa* y el certificado sucesorio europeo.

La Comisión, en cumplimiento de las anteriores consideraciones presentó el 14 de octubre de 2009 la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo [COM (2009) 154 final, 2009/157]. Un año después, el Consejo Europeo, celebrado los días 10 y 11 de diciembre de 2009, adoptó el «Programa de Estocolmo, Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano».

Tras el proceso de deliberación de la referida Propuesta normativa, el Diario Oficial de la Unión Europea del día 27 de julio publicó el Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, que entró en vigor el 16 de agosto de 2012 si bien será aplicable en lo que se refiere a su regulación principal a partir del 17 de agosto de 2015. A lo anterior ha de añadirse que la Norma no será de aplicación en el Reino Unido, en Irlanda, ni en Dinamarca; no obstante, y de acuerdo con lo previsto en los Protocolos 21 y 22 sobre la posición de estos países respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia anejos al Tratado de la Unión Europea y al de Funcionamiento de la UE, los dos primeros países podrán notificar su intención de aceptar el Reglamento tras su adopción de acuerdo con lo previsto en el art. 4 del Protocolo 21.

²³⁴Como establece expresamente el citado «Programa de Estocolmo, Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano». El Considerando 80 del nuevo Reglamento reconoce como objetivos de la norma la libre circulación de las personas, la organización por los ciudadanos europeos de su sucesión en el contexto de la Unión, y la protección de los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la sucesión.

Ambos objetivos encuentran acogida en la extensa Exposición de Motivos del Reglamento, al advertir ésta que en el espacio europeo de justicia, es necesario que los ciudadanos puedan preparar por anticipado su sucesión “*post mortem*”, pero también es necesario garantizar la realización eficaz de los derechos de los herederos y legatarios, y de las demás personas “allegadas” del causante (entre los que se encuentran los copartícipes en la comunidad hereditaria), así como los de los acreedores, tanto de éste como de la herencia. Debe preservarse al mismo tiempo el derecho de una persona a decidir el destino de sus bienes, en previsión de su fallecimiento, de acuerdo con la Ley que libremente elija, y asegurar la realización de su voluntad, de acuerdo con la misma Ley. Así, señala PRATS ALBENTOSA²³⁵, la norma persigue subrayar la confianza y la seguridad de la realización de la última voluntad de los ciudadanos de la Unión Europea, de acuerdo con los principios de unidad y universalidad de la sucesión.

Para ello, la nueva normativa simplifica considerablemente la tramitación de las sucesiones al fijar un criterio único para determinar tanto la jurisdicción como la ley aplicable en los asuntos transfronterizos: el lugar de residencia habitual del fallecido, lo que permitirá a los ciudadanos planificar por anticipado su sucesión con plena seguridad jurídica. La normativa también prevé un Certificado sucesorio europeo que permitirá demostrar que las personas son herederos o administradores de una sucesión, sin más formalidades, en toda la Unión Europea. Es de esperar que la nueva regulación supondrá una mejora notable respecto de la situación actual, en la que en algunas ocasiones los ciudadanos tienen grandes dificultades para ejercer sus derechos, con unos procedimientos más rápidos y baratos, y el ahorro de tiempo y dinero en tasas judiciales.

3.2.1. Ley aplicable común y principio de libre elección

La necesidad de procurar seguridad jurídica y de evitar la fragmentación de la sucesión aconseja que la misma Ley rija la totalidad de la sucesión, esto es, el conjunto de los bienes y derechos que forman parte de la herencia, con independencia de su situación (Considerando XXXVII), y sin que ello implique disminución de los derechos de los legitimarios hace que el Reglamento (art. 22.1) opte por el principio de libre elección de la ley aplicable²³⁶.

²³⁵PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, “Ley aplicable a la sucesión “*mortis causa*” en la Unión Europea y creación del Certificado Sucesorio europeo”, *Diario La Ley*, núm 7929, 2012, pág. 2. Como señala el autor, “*el hecho del fallecimiento de una persona pone en tensión el Derecho de los Estados miembros. Sin embargo, ha de evitarse que, con ocasión de la muerte, se produzca una falta de titularidad y el desorden consiguiente (quien primero tome el bien vacante, lo adquiere), así como la reducción de la tutela de los derechos de los sucesores, que se encuentran en una estrecha relación de parentesco con el causante, en concreto de sus hijos y cónyuge*”.

²³⁶El artículo 21, contiene una regla general sobre ley aplicable:

1. *Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.*
2. *Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.*

El artículo 22 consagra la libertad de elección en los siguientes términos:

La regla general, establecida en el artículo 20 es que la Ley de acuerdo con la cual se regirá la totalidad de la sucesión de una persona, será la de su nacionalidad en el momento del fallecimiento. No obstante, si la persona tuviera varias nacionalidades, podrá elegir la Ley de cualquiera de éstas para que rija su sucesión como establece la norma: “*cualquier persona podrá designar la Ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento*”.

Como puede ocurrir que el causante no haya otorgado testamento ni, en consecuencia, hecho elección respecto de la Ley que regirá su sucesión, el Reglamento determina que la sucesión *ab intestato* se regirá por la Ley de su residencia habitual en el momento del fallecimiento, entendiéndose por ésta, en defecto de criterios claros, aquella que revele “*un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate*”.

3.2.2. **Ámbito material de aplicación**

La Ley reguladora de la sucesión regirá los aspectos más relevantes de la misma²³⁷: con arreglo a ella se determinarán las causas, el momento y el lugar de apertura de la

1. *Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.*

Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

2. *La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.*

3. *La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida.*

4. *Cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones mortis causa.*

²³⁷ Artículo 23 *Ámbito de la ley aplicable:*

1. *La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión.*

2. *Dicha ley regirá, en particular:*

a) *las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión;*

b) *la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites;*

c) *la capacidad para suceder;*

d) *la desheredación y la incapacidad de suceder por causa de indignidad;*

e) *la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado;*

f) *las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores, sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 29, apartados 2 y 3;*

g) *la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia;*

h) *la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición mortis causa, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos;*

sucesión, la capacidad para suceder, los legitimarios y sus legítimas, el régimen de las obligaciones y cargas que el causante pudiera haberles impuesto, así como el de los derechos de la pareja o cónyuge superstite. También se regirá por esta Ley la facultad de desheredar, la incapacidad para suceder por causa de indignidad y la transmisión a los herederos y legatarios de los bienes de la herencia, así como los efectos de la aceptación y la renuncia de la herencia y de los legados.

A los pactos sucesorios se aplica también la Ley de la sucesión del causante, si este “*hubiera fallecido en la fecha de la conclusión del pacto*”. Por ella se determinarán la validez, eficacia y régimen jurídico de los pactos. Cuando el pacto afecta a la sucesión de varias personas, el Reglamento hace depender su validez de que no lo impida la Ley de cada una de ellas en el momento de su conclusión, permitiendo además que las partes puedan acordar que los pactos se rijan por la Ley que cualquiera de ellas hubiera podido elegir, según las reglas contenidas en el propio Reglamento.

En lo que concierne a los actos de administración y disposición de la herencia²³⁸, la Ley reguladora de la sucesión regirá las facultades de los herederos y de los albaceas

-
- i) la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, y*
 - j) la partición de la herencia.*

²³⁸Artículo 29. Normas especiales relativas al nombramiento y las facultades de los administradores de la herencia en ciertas situaciones:

1. Cuando el nombramiento de un administrador sea, de oficio o a instancia de interesado, preceptivo conforme a la ley del Estado miembro cuyos tribunales son competentes para sustanciar la sucesión conforme al presente Reglamento, y la ley aplicable a la sucesión sea una ley extranjera, los tribunales de dicho Estado miembro podrán nombrar, cuando sustancien un asunto, uno o más administradores de la herencia conforme a su propia ley de acuerdo con las condiciones establecidas en el presente artículo.

Los administradores nombrados conforme al presente apartado habrán de ser quienes estén legitimados para ejecutar el testamento del causante y/o administrar la herencia conforme a la ley aplicable a la sucesión. Cuando esta no prevea la administración de la herencia por quien no sea un beneficiario, los tribunales del Estado miembro en el que el administrador vaya a ser nombrado podrán designar como tal a un tercero conforme a su propia ley, cuando así lo exija esta y además exista un grave conflicto de intereses entre beneficiarios o entre estos y los acreedores o quienes hayan garantizado las deudas del causante, un desacuerdo entre los beneficiarios sobre la administración de la herencia o bien la administración fuese compleja a causa de la composición de los bienes que integran la herencia.

Los administradores nombrados conforme al presente apartado serán los únicos que puedan ejercitar las facultades referidas en los apartados 2 o 3.

2. Las personas nombradas como administradores conforme al apartado 1 tendrán aquellas facultades para administrar la herencia que la ley aplicable a la sucesión les permita ejercer. El tribunal que efectúe su nombramiento podrá imponerles en su resolución condiciones específicas para el ejercicio de tales facultades de acuerdo con la ley aplicable a la sucesión.

Cuando la ley aplicable a la sucesión no prevea facultades suficientes para preservar los bienes y derechos de la herencia o para proteger los derechos de los acreedores o de quienes hayan garantizado las deudas del causante, el tribunal que efectuara el nombramiento del administrador o administradores podrá habilitarles para ejercer, de forma residual, las

y administradores testamentarios, en lo relativo a la venta de los bienes de la herencia y pago a los acreedores. Finalmente, se regirán por ésta Ley la determinación y exigibilidad de responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia, así como la colación y las operaciones particionales.

El Reglamento contempla la posibilidad de que en la sucesión existan bienes inmuebles, empresas “*u otras categorías especiales de bienes*”, y la Ley del Estado en que se encuentren contenga disposiciones espaciales que afecten o impongan restricciones a la sucesión en dichos bienes. En este caso, se aplicarán las normas especiales del Estado, con independencia de la Ley que rijan la sucesión.

Para el caso de que, como ocurre en nuestro sistema, la Ley aplicable a la sucesión fuera la de un Estado en el que existan “*varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones*”, dispone el Reglamento que la Ley aplicable a la sucesión se determinará de acuerdo con las normas internas sobre conflicto de leyes en tal Estado, esto es, en el caso español, conforme a los artículos 9.8, 14 y 16 Cc.

3.2.3. **Ámbito temporal de aplicación**

El Reglamento 650/2012 entró en vigor el 16 de agosto de 2012, si bien será aplicable en lo que se refiere a su regulación principal a partir del 17 de agosto de 2015. No obstante, los artículos 77 (sobre información facilitada al público) y 78 (información sobre datos de contacto y procedimientos) serán de aplicación a partir del 16 de enero de 2014, y los artículos 79, 80 y 81, a partir del día 5 de julio de 2013. Adicionalmente, existen restricciones en cuanto al ámbito territorial de aplicación, puesto que la Norma no se aplicará en Reino Unido, Irlanda ni Dinamarca.

3.2.4. **Creación del Certificado Sucesorio Europeo**

La principal novedad del Reglamento 650/2012 es la creación del denominado Certificado Sucesorio Europeo. El certificado, establecen los arts. 62 y sigs. puede ser solicitado por quienes hayan sido declarados herederos o legatarios de una persona

facultades previstas en la ley del foro y podrá imponerles, de acuerdo con esta, condiciones específicas para el ejercicio de tales facultades.

Cuando ejerciten tales facultades residuales, los administradores respetarán, no obstante, la ley aplicable a la sucesión en relación con la transmisión de los bienes de la herencia, la responsabilidad por las deudas de la herencia, los derechos de los beneficiarios, incluyendo, en su caso, el derecho de aceptar la herencia o renunciar a ella, así como las facultades del ejecutor testamentario, si lo hubiere.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, el tribunal que efectúe el nombramiento del administrador o administradores conforme al apartado 1 podrá decidir, por vía de excepción, si la ley aplicable a la sucesión es la de un tercer Estado, atribuir a los administradores todas las facultades previstas en la ley del foro.

Cuando ejerciten tales facultades, sin embargo, los administradores respetarán, particularmente, la determinación de los beneficiarios y sus derechos sucesorios, incluyendo su derecho a la legítima, o las reclamaciones contra la herencia o contra los herederos, conforme a la ley aplicable a la sucesión.

fallecida, o tengan derechos directos en su herencia, o bien hayan sido designados albaceas o administradores de la herencia.

El certificado es un elemento esencial para la tramitación de las sucesiones con repercusión transfronteriza²³⁹, que requiere, como señala el Considerando 67 del Reglamento “*que los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia puedan probar fácilmente su cualidad como tales o sus derechos o facultades en otro Estado miembro, por ejemplo en el Estado miembro en que estén situados los bienes sucesorios. Para que lo puedan hacer, el presente Reglamento debe prever la creación de un certificado uniforme, el certificado sucesorio europeo (en lo sucesivo denominado “certificado”) que se expedirá para su uso en otro Estado miembro. Conforme al principio de subsidiariedad, el certificado no debe sustituir a los documentos que puedan existir con efectos similares en los Estados miembros*”.

El certificado se solicita²⁴⁰ de las Autoridades de la ley del país por el que se rija la sucesión, y se expide para ser utilizado en otro Estado miembro.

²³⁹Del Certificado dependerán, entre otras cuestiones, la concreción de quién es el heredero, qué parte de la herencia se transmite, quién obtiene el poder de la herencia, la validez de su inscripción en el registro de la propiedad o la legitimación que otorga al adquirente sobre los aspectos negociales de la operación.

²⁴⁰Conforme a lo previsto en el artículo 65.3 del Reglamento, la solicitud deberá contener la siguiente información:

En la medida en que la misma obre en poder del solicitante y sea necesaria para que la autoridad expedidora acredite los elementos que el solicitante desea que le sean certificados, acompañada de todos los documentos pertinentes, en original o copias que reúnan las condiciones necesarias para considerarlas como auténticas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 66, apartado 2:

a) datos del causante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección en el momento del fallecimiento; fecha y lugar del fallecimiento;

b) datos del solicitante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección y, en su caso, relación con el causante;

c) en su caso, datos del representante del solicitante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; dirección y clase de representación;

d) datos del cónyuge o de la pareja del causante y, si procede, de su excónyuge o sus excónyuges o de su expareja o sus exparejas: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede) y dirección;

e) datos de otros posibles beneficiarios en virtud de una disposición mortis causa o de la ley: nombre y apellidos o razón social; número de identificación (si procede) y dirección;

f) el fin para el cual se solicita el certificado de conformidad con el artículo 63;

g) los datos de contacto del tribunal u otra autoridad competente que sustancie o haya sustanciado la sucesión, si procede;

h) los extremos en los que el solicitante fundamente, según el caso, su derecho sobre bienes hereditarios en calidad de beneficiario y/o el derecho a ejecutar el testamento del causante y/o a administrar su herencia;

i) una indicación de si el causante había otorgado una disposición mortis causa; si no se adjunta ni el original ni una copia, indicación del lugar en que se encuentra el original;

j) una indicación de si el causante había celebrado capitulaciones matrimoniales o un contrato relativo a una relación que pueda surtir efectos análogos al matrimonio; si no se adjunta ni el original ni una copia, una indicación del lugar en que se encuentra el original;

3.2.4.1. Finalidad

La finalidad del Certificado Sucesorio, tal y como establece el artículo 63 del Reglamento es la de poder ser utilizado por los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia.

La expedición corresponde a la Autoridad judicial o administrativa determinada por cada Estado miembro para conocer de la sucesión del causante, de acuerdo con los normas de los artículos 4, 7, 10 y 11.

No obstante, como señala el artículo 62.2º y 3º, la utilización del certificado no será obligatoria, y éste, conforme al principio de subsidiariedad, no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares (esto es, en el caso de nuestro ordenamiento, no sustituirá la declaración de herederos). No obstante, una vez expedido para ser utilizado en otro Estado miembro, el certificado producirá en nuestro Estado los mismos efectos que el Reglamento le atribuye para toda la Unión.

3.2.4.2. Contenido

El Reglamento señala para el certificado un contenido mínimo y necesario, que incluye, según el artículo 68, las siguientes menciones, en función del fin para el cual se expide:

- (a) nombre y dirección de la autoridad emisora;
- (b) número de referencia del expediente;
- (c) los extremos que fundamentan la competencia de la autoridad emisora para expedir el certificado;
- (d) fecha de expedición;
- (e) datos del solicitante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección y, en su caso, relación con el causante;
- (f) datos del causante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección en el momento del fallecimiento; fecha y lugar del fallecimiento;

k) una indicación de si alguno de los beneficiarios ha declarado que acepta la herencia o renuncia a ella;

l) una declaración de que, al leer y entender del solicitante, no existe ningún litigio pendiente relativo a los extremos que vayan a ser certificados;

m) cualquier otra información que el solicitante considere útil a los efectos de la expedición del certificado.

- (g) datos de los beneficiarios: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre y número de identificación (si procede);
- (h) información relativa a las capitulaciones matrimoniales celebradas por el causante o, en su caso, al contrato celebrado por el causante en el contexto de una relación que conforme a la ley aplicable surta efectos similares al matrimonio e información relativa al régimen económico matrimonial o equivalente;
- (i) la ley aplicable a la sucesión y los extremos sobre cuya base se ha determinado dicha ley;
- (j) la información relativa a si la sucesión es testada o intestada, incluyendo la información sobre los extremos de los que se derivan los derechos o facultades de los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia;
- (k) cuando proceda, información sobre la naturaleza de la aceptación o renuncia de la herencia de cada beneficiario;
- (l) la parte alícuota correspondiente a cada heredero y, cuando proceda, el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada heredero determinado;
- (m) el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada legatario determinado;
- (n) las limitaciones de los derechos del heredero o los herederos y, en su caso, del legatario o los legatarios en virtud de la ley aplicable a la sucesión o de una disposición *mortis causa*;
- (ñ) las facultades del ejecutor testamentario o del administrador de la herencia y sus limitaciones en virtud de la ley aplicable a la sucesión o de una disposición *mortis causa*.

3.2.4.3. Efectos²⁴¹

El efecto principal del Certificado es el de probar la cualidad y los derechos de cada heredero o, en su caso, de cada legatario mencionado en él, así como la de sus respectivas cuotas hereditarias o bienes legados. En el Certificado figuran asimismo,

²⁴¹Sobre el texto de la Propuesta de Reglamento advirtió LÓPEZ FERNÁNDEZ que, “*en cuanto a los efectos del certificado europeo, el artículo 42 otorgaba un privilegio poco claro a la adquisición hecha a un heredero aparente según el certificado, llegando a una adquisición a non domino. . . La Propuesta establece rotundamente la aplicación de la lex rei sitae a todo lo relativo a la propiedad inmobiliaria, derechos reales y Registro de la Propiedad. Sin embargo, una interpretación excesivamente literal podría causar fricciones entre la lex rei sitae y el efecto previsto por el artículo 42.4. Concluía el autor recomendando una redacción más precisa para el precepto, recurriendo a la del artículo 8 del Reglamento de Procedimientos de insolvencia para las adquisiciones hechas a insolventes. Vid. LÓPEZ FERNÁNDEZ, Jorge, “Una adquisición a non domino en la Propuesta de Reglamento Europeo de Sucesiones y Testamentos”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 45, 2011.*”

si las hubiere, las atribuciones de cosas ciertas y determinadas hechas a un sucesor y que formen parte de la herencia, tanto si son hechas a título de herencia como de legado. Finalmente, el Certificado contendrá también la referencia a las facultades de la persona mencionada en él para ejecutar el testamento o administrar la herencia.

PRATS ALBENTOSA²⁴² distingue a la luz de la nueva regulación tres tipos de efectos atribuidos en el Reglamento al Certificado:

- 1º Un efecto probatorio, en tanto que hace prueba respecto de los extremos que han sido acreditados de conformidad con la Ley aplicable a la sucesión o de acuerdo con cualquier otra Ley aplicable a extremos concretos de la herencia.
- 2º Un efecto legitimador, pues permite presumir a) que quien figure en el Certificado como heredero, legatario o executor testamentario o administrador de la herencia ostenta tal cualidad, o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen en él, sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el Certificado; b) que quien esté autorizado en un Certificado Sucesorio para pagar o entregar bienes a otra persona facultada en el mismo documento para recibirlos, pueda hacerlo, salvo que tenga conocimiento de que el contenido del Certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave; y c) que quien esté facultado por el Certificado para disponer de bienes de la herencia pueda hacerlo a favor de otra persona, y que esta pueda confiar en que ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión, a menos que pueda demostrarse que actuó de mala fe, entendiéndose por ésta que la persona hubiera tenido conocimiento de que el contenido del Certificado no respondía a la realidad, o no hubiera tenido conocimiento de ello por negligencia grave que le fuera imputable.
- 3º Finalmente, el Reglamento considera que el Certificado Sucesorio es un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro. Así, señala el Considerando XVIII que el Certificado Sucesorio “*debe constituir un documento válido para inscribir los bienes sucesorios en el registro de un Estado miembro*”, imponiendo esta obligación a las autoridades emisoras.

Esta última norma plantea, a juicio de PRATS ALBENTOSA²⁴³ la cuestión de si es válido un documento público autorizado por una autoridad estatal (como un notario español) que desconozca el derecho material del Estado en que radique un bien inmueble, por ejemplo, por tratarse de un Derecho diverso al del Estado que le nombró como autoridad. A juicio de este autor, si la forma pública se reduce a la formalidad, no cabe apreciar problemas de validez; ahora bien, si la forma pública implica el valor añadido de la intervención del notario, que conlleva su conocimiento de la Ley material aplicable al acto —por ser la del Estado que le nombró y atribuyó competencia y función—

²⁴²PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, “Ley aplicable a la sucesión “*mortis causa*” en la Unión Europea y creación del Certificado Sucesorio europeo”, *Diario La Ley*, núm 7929, 2012, págs. 1 a 4. Puede consultarse también el documentado trabajo de CASADO ROMÁN, Javier, “La nueva regulación comunitaria en materia de sucesiones”, en *Actualidad Civil* nº2, Febrero 2013, tomo I, Ed. La Ley, pág. 178.

²⁴³PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, “Ley aplicable a la sucesión “*mortis causa*” en la Unión Europea y creación del Certificado Sucesorio europeo”, cit, pág. 4.

y control de cumplimiento de esta Ley por las partes, las dudas sobre la validez del Certificado pueden plantearse razonablemente.

Desde el punto de vista registral el Reglamento deja fuera de su regulación los aspectos de calificación e inscripción registral en los registros de los bienes adquiridos por causa de herencia, por considerar que esta materia es de competencia propia del estado Miembro en que se encuentre el inmueble, y, por lo tanto, el Registro. Por otra parte, se impone a la autoridad emisora del Certificado que tenga en cuenta las formalidades exigidas para la inscripción del inmueble o inmuebles por la Ley del estado miembro en que esté situado el Registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo²⁴⁴.

También corresponde al ámbito de competencia de los Estados Miembros la determinación de los efectos de la inscripción de los derechos en el Registro, respecto del mecanismo transmisivo de los derechos. Así, establece el Considerando XIX que “*debe corresponder al Derecho del Estado miembro en el cual esté situado el registro determinar si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo*”, o bien fijar el momento a partir del cual se produce la adquisición y esta adquiere efectos *erga omnes* o el acto jurídico resulta protegido.

3.2.4.4. Modificación, suspensión y anulación

El Reglamento establece un procedimiento para que el Certificado pueda ser, una vez emitido, corregido o modificado²⁴⁵ en alguna de las manifestaciones o datos contenidos en el mismo. La suspensión de los efectos del Certificado emitido está asimismo prevista, a instancia de cualquier persona con interés legítimo, y en tanto se procede, en su caso, a su modificación o anulación o, si se ha seguido la vía judicial, en tanto se sustancia el recurso.

Desde el punto de vista de la validez del título de acceso al Registro de la Propiedad, la sentencia del Juzgado de Las Palmas de 7 de enero de 2014 declara, en un supuesto en el que se trataba de la sucesión de un alemán con domicilio en España, y propietario de inmuebles en nuestro país, que ha de reputarse título válido y suficiente a efectos del Registro de la Propiedad, el acta de declaración de herederos *abintestato*. No es necesaria, pues, la aplicación del certificado sucesorio alemán, puesto que si el notario ha aplicado el Derecho alemán (art. 9.8 Cc) y lo ha probado por alguno de los medios establecidos (ex art. 168 RN y 36 RH), el Registrador no puede desvirtuar esta prueba y mucho menos denegar la inscripción e imponer el cumplimiento de un requisito que el Derecho alemán no impone.

²⁴⁴El Reglamento, en su Considerando XVIII señala que su regulación no altera la aplicación de la *lex rei sitae* para la inscripción de los derechos sobre bienes muebles o inmuebles.

²⁴⁵Véase. CASADO ROMÁN, Javier, “La nueva regulación comunitaria en materia de sucesiones”. *Actualidad Civil*, nº2, Feb. 2013, pág. 187 y ss, tomo I. Ed. La Ley.

Parte II

Gestión y disposición de bienes en la comunidad hereditaria

Capítulo 4

Administración de la comunidad hereditaria

Índice del capítulo:

4.1. La voluntad del testador o de los coherederos como primera fuente normativa	140
4.2. El deslinde de los actos de administración respecto de los de disposición en la comunidad hereditaria	141
4.3. Uso y disfrute de los bienes de la comunidad hereditaria	142
4.3.1. La facultad de uso y disfrute. Aplicación supletoria del artículo 394 Cc	142
4.3.1.1. Fundamento	143
4.3.1.2. Ámbito de la facultad de uso y disfrute	144
4.3.1.3. Restricciones al uso solidario de los bienes comunes	145
4.3.1.4. Gastos necesarios y útiles	146
4.3.1.5. Derechos civiles territoriales	146
4.3.2. Posesión de los bienes hereditarios	147
4.3.2.1. La posesión de los bienes hereditarios	147
4.3.2.2. Posesión en concepto de cosa común o coposesión (artículo 450 Cc)	147
4.3.2.3. La "Usucapio pro herede". El problema de la "intersersio possessionis" en la comunidad hereditaria. Condiciones para apreciar la inversión del título posesorio. Posición de la jurisprudencia. Derechos civiles territoriales	148
4.3.3. Percepción de los frutos	158
4.3.3.1. La regla del artículo 1063 Cc	158
4.3.3.2. Alcance de la obligación de restituir. Exclusión de los <i>percipiendi</i>	160
4.3.3.3. Impensas útiles y necesarias y resarcimiento de daños	161
4.3.3.4. Prescriptibilidad de la acción de restitución	162
4.3.4. El uso o disfrute de los bienes comunes por uno sólo de los copartícipes. La aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa y la noción del "ahorro de gasto"	162
4.3.4.1. Consecuencias del uso o disfrute exclusivo	163
4.3.4.2. Restitución de frutos derivados de la posesión exclusiva de bienes comunes	166
4.3.4.3. Cuestión del uso de la vivienda común y viabilidad del desahucio por precario	168
4.4. Actos de administración propiamente dichos	171
4.4.1. Idea general de la administración de la herencia durante el periodo de indivisión	171
4.4.2. Administración testamentaria y administración convencional de los bienes	172

4.4.3.	Régimen supletorio del Cc. Aplicación del principio de mayoría de cuotas (artículo 398 Cc). La idea de cuota como base del sistema de mayorías	173
4.4.4.	El régimen de administración y disposición de bienes de la herencia indivisa en el Derecho francés	176
4.4.5.	Derechos civiles territoriales	180
4.4.6.	Régimen de los actos de conservación	181
4.4.7.	Régimen de los actos de alteración de la cosa común	183
4.4.8.	Referencia a la administración judicial de la herencia (arts. 797 y ss. LECiv)	184

4.1. La voluntad del testador o de los coherederos como primera fuente normativa

El estudio del régimen especial de administración y funcionamiento de la comunidad hereditaria requiere tener en consideración de manera especial la prelación de fuentes normativas en esta materia, puesto que para determinar las facultades y obligaciones que corresponden a los copartícipes sobre la herencia indivisa en orden a su disfrute, administración y disposición, habrá que estar, en primer lugar, a las disposiciones o normas establecidas por el causante y, faltando éstas, a las que aquellos hayan convenido de forma unánime. Solo en ausencia de normas testamentarias o de convenición de los copartícipes, serán de aplicación para la determinación del contenido de la relación jurídica de comunidad hereditaria los artículos que el Código Civil dedica a la comunidad de bienes en los artículos 392 y siguientes del Cc, como establece el pfo. 2º del mismo artículo 392: «*A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título*».

La disposición del artículo 392 Cc, referida al régimen regulador de la comunidad de bienes contenido en el Tit. III, libro Segundo²⁴⁶ debe entenderse de aplicación supletoria a la comunidad hereditaria solamente cuando falten para regularla las disposiciones ordenadas o encomendadas por el testador, las convenidas por los coherederos y las normas especiales de aplicación a la misma. Pero aún en caso de resultar procedente su aplicación, lo será sólo en la medida en que tales preceptos resulten adaptables a la particular situación de indivisión hereditaria, puesto que se trata de normas previstas fundamentalmente para la situación de copropiedad y ajenas al específico objeto hereditario. Y, por otra parte, no debe olvidarse la existencia en los derechos civiles territoriales de reglas y soluciones específicas de aplicación a distintos aspectos de la administración de la herencia²⁴⁷.

La diferencia entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte y la comunidad o condominio en general, que se regula en el Título III del

²⁴⁶Como ha quedado expuesto en el Capítulo anterior, al hilo del estudio del régimen jurídico de la comunidad hereditaria, algunos autores, como MIQUEL, han defendido una interpretación distinta para el art. 392.2 Cc

²⁴⁷Entre otras disposiciones, señala el artículo 463-4 CCCat que, el causante o la autoridad judicial a instancia de cualquier interesado pueden designar una persona especialmente legitimada para la administración de la herencia.

Libro II del Código civil, ha sido señalada también por la jurisprudencia. Así, la STS de 25 de junio de 2008²⁴⁸ la cifra en que “*mientras en aquella cada heredero, hasta que se realice la partición, sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como se deduce de los artículos 399 y 394 Cc (SSTS 25 de noviembre de 1961, 21 de marzo de 1968, etc.)*”.

Es asimismo frecuente exponer esta materia en base a la diferenciación entre los derechos que los copartícipes ostentan sobre la masa indivisa y aquellos que les corresponden sobre su propia cuota, tanto en el orden del disfrute y administración de los bienes como en el de su disposición, para, a continuación, tratar de la posición jurídica de los acreedores del causante, de la de los acreedores particulares de los copartícipes, y finalmente, de la posición de los herederos tengan al mismo tiempo la condición de acreedores de la herencia.

Sin obviar por completo este planteamiento, hemos optado por seguir en la exposición de este Capítulo el hilo central de la naturaleza propia de los actos y facultades que integran la administración y disposición de los bienes hereditarios durante el estado de indivisión, y de sus efectos, dando así prioridad a un enfoque más objetivo y vinculado a los problemas que tales actos plantean.

4.2. El deslinde de los actos de administración respecto de los de disposición en la comunidad hereditaria

La delimitación de los actos como de administración o de disposición no resulta fácil ni, a juicio de algunos autores, de demasiada utilidad. De hecho, la caracterización de un acto como de administración o de disposición no depende de la naturaleza jurídica del acto mismo, sino que se trata más bien de una operación económica que puede efectuarse por diversos medios jurídicos, y está sujeta a una fuerte casuística. La función económica del acto es, por lo tanto, trascendente a la hora de su caracterización.

A pesar de la dificultad de establecer criterios de distinción precisos, en general se entiende que los actos de administración, tienen por finalidad mantener íntegro o aumentar el patrimonio por medio de la explotación de los bienes que lo componen, afectando sobre todo a los productos, aunque se trate de su enajenación, en tanto que los actos de disposición conciernen al valor capital del patrimonio, y producen una mo-

²⁴⁸La aplicación de las normas de la comunidad ordinaria se explica en esta sentencia por hallarse la comunidad hereditaria, como tipo especial de comunidad «comprendida en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el Título III del Libro II del Código civil, pero la doctrina señala que “tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral (SSTS 30 de abril de 1935, 17 de mayo de 1963)”. La comunidad hereditaria, decía la STS de 24 de julio de 1998, en cuanto recayente sobre la totalidad del patrimonio del causante, no en cuanto referida a bienes concretos aisladamente considerados, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le es aplicable el artículo 397 Cc, con arreglo al cual los actos dispositivos de dichos bienes, integrantes de la referida comunidad hereditaria, requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos».

dificación sustancial en su composición, que implica una disminución de su contenido activo, acompañada o no de una contraprestación.

Aunque entre estos últimos se incluyen normalmente las enajenaciones, gravámenes y renunciaciones de derechos y facultades, lo cierto es que la delimitación entre ambos tipos de actos es a menudo ambigua y corresponde a la decisión judicial. Así, por ejemplo, la compraventa suele ser citada como ejemplo típico de acto de disposición; pero la venta del producto anual y regular de un establecimiento agrícola— ganadero o industrial, es un acto de administración. En similares términos, el arrendamiento constituye, por lo general, un acto de administración; pero cuando el tiempo convenido es muy prolongado, ella supone afectar sustancialmente el valor del inmueble. Por excepción, se consideran siempre actos de disposición aquellos realizados a título gratuito.

Para la delimitación de ambos tipos de actos en sede de comunidad hereditaria es preciso acudir al precepto del artículo 398 Cc. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2013, en interpretación de la norma razona que si en su párrafo primero, establece que para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, ello significa, “*a contrario sensu*”, que los actos de dominio —como es el de disposición de la cosa mediante su enajenación— no están regidos por dicha regla y precisan de la unanimidad de los partícipes. Y de esta afirmación extrae la sentencia el principal criterio distintivo entre los actos de administración de la herencia y los de disposición: Son de “administración” todas aquellas cuestiones que regulan el disfrute de la cosa sin alterar su sustancia, mientras que son de “disposición” *«los actos que representan la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o la alteración de la sustancia material de la cosa»*.

En la comunidad hereditaria, la finalidad específica de los actos de administración sería la de conservar la integridad del patrimonio relicto para que pueda cumplir la finalidad determinada para él por el testador, o por los coherederos, o la prevista por la propia ley, es decir, principalmente, mientras tiene lugar su división y adjudicación, por lo que puede entenderse que quedan fuera de su ámbito, y sometidos al régimen de los actos dispositivos aquellos que no conservan el patrimonio íntegro a estos efectos, como los de enajenación, la constitución de derechos reales, usufructos, hipotecas, prendas o anticresis, o la concertación de arrendamientos de larga duración, por cuanto todos ellos excederían de la mera administración, produciendo una modificación sustancial del contenido patrimonial,

4.3. Uso y disfrute de los bienes de la comunidad hereditaria

4.3.1. La facultad de uso y disfrute. Aplicación supletoria del artículo 394 Cc

Cada uno de los copartícipes tiene derecho a usar y disfrutar los bienes que integran la herencia indivisa, como establece la norma del artículo 394 Cc, a cuyo tenor, *«Cada*

partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho».

El precepto, con antecedentes en el Digesto²⁴⁹, reconoce, por lo tanto, la facultad individual de cada comunero a utilizar la cosa común. El uso de los bienes comunes en la comunidad hereditaria corresponde a todos los copartícipes, simultáneamente, y en la medida de sus necesidades. Se trata, por tanto, de un uso solidario, que, sin embargo, ha de llevarse a cabo de modo que se observen los límites o condiciones la regla del art. 394 Cc: respetar el destino que los bienes, no implicar perjuicio alguno para el interés de la comunidad, y no excluir a los demás copartícipes²⁵⁰ de su derecho correlativo.

4.3.1.1. Fundamento

El reconocimiento del derecho de uso y de disfrute y, al mismo tiempo, el establecimiento de límites o condiciones a su ejercicio tratan de asegurar, de una parte, el uso compartido y no excluyente por parte de todos los copartícipes de los bienes comunes, y, de otra, que el uso del propio derecho no implique menoscabo o perjuicio del de los demás. Se pretende de este modo garantizar el derecho individual de cada heredero a usar de la cosa, en el sobreentendido de que, tratándose de un bien o derecho común, dicho uso tiene impuesto el límite o contraprestación del respeto al igual derecho que se reconoce al resto de copartícipes titulares del mismo, lo que, salvo pacto expreso y unánime, impide un uso monopolizador y excluyente de los mismos. En otras palabras, nadie podrá ser privado, sin su consentimiento, de su derecho a servirse de la cosa común²⁵¹.

De hecho, el uso solidario de los bienes de la comunidad que reconoce el artículo 394 Cc es esencial a esta situación, como ha reconocido, entre otras, la STS de 27 de junio de 1981, para la cual la comunidad de herederos en fase de administración “*es contraria... al uso y disfrute particular y exclusivo por alguno, con la ineludible obligación de los que ejercen, con obligación de rendir cuentas a los demás, de los que son sus mandatarios*”. Del mismo modo que la cosa común se supone indivisa, la utilización de la misma es también, en principio, indivisa, y se refiere a toda ella, y no la parte ideal que corresponde al comunero, y que se representa en su cuota. De esta desvinculación entre la cuota y la facultad de uso, señala CAPILLA RONCERO²⁵², deriva la igualdad de esta facultad para todos los partícipes.

²⁴⁹Ley 26, Título II, Lib. IV, que establece que el derecho a servirse de la cosa común no puede perjudicar a los restantes comuneros, ya sean considerados colectiva o individualmente. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ —CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, 2000, pág. 536.

²⁵⁰La exigencia de un uso de las cosas relictas sin exclusión de los demás se recoge, entre otras, en la STS de 18 de febrero de 1987.

²⁵¹Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ —CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, cit. pág. 537.

²⁵²CAPILLA RONCERO, Francisco, “La Comunidad de bienes”, en *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho inmobiliario Registral*, LÓPEZ, A, MONTÉS, V. L y ROCA, E coord. por CLEMENTE MEORRO, M. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 265. El uso a que alude el artículo 394 Cc es un uso directo de la cosa, pero ello no impide, señala el autor, que el copartícipe pueda ceder individualmente su facultad de uso, con base en el artículo 399 Cc, que si es a cambio de precio, constituirá arrendamiento, ostentando el arrendatario el mismo derecho que el comunero arrendador, y concurriendo su derecho de uso sobre la cosa con el correspondiente derecho de los demás copropietarios no arrendadores.

4.3.1.2. **Ámbito de la facultad de uso y disfrute**

La jurisprudencia se ha ocupado de precisar el alcance del artículo 394 Cc. Así, debe aclararse que el uso solidario de la cosa común no implica un uso necesariamente restringido a la medida de la cuota de cada uno de los copartícipes. El comunero puede, según ha sostenido el Tribunal Supremo, servirse de la cosa según sus necesidades, en la medida y frecuencia que resulte razonable, aunque dicho uso exceda de la medida o proporción de su cuota, pero sin incurrir en un uso abusivo e ilegítimo, que desborde la frecuencia razonable, pretendiendo un disfrute cuasimonopolizador de la cosa común (STS de 2 de junio de 1970).

Por otra parte, el precepto del artículo 394 Cc actúa sólo en defecto de disposición o acuerdo expreso respecto del uso de los bienes comunes, y deja un amplio ámbito a la posibilidad de los pactos entre los copartícipes de la comunidad, quienes, actuando de común acuerdo, pueden ordenar el uso de los bienes, establecer turnos en el mismo e incluso atribuir en exclusiva el uso de alguno o algunos de los bienes de la herencia indivisa a uno o más de los coherederos, siquiera ésta asignación requiera del consentimiento de todos y cada uno de ellos.

El artículo 394 Cc establece asimismo que la cosa ha de utilizarse según su destino, no causar perjuicio al interés común, y no impedir al resto de los partícipes el uso de la misma²⁵³.

Las dos primeras limitaciones o condicionantes remiten, en definitiva, a la exigencia de servirse de las cosas de manera conforme a su propia naturaleza, sin alterarla, puesto que es la contradicción con ésta la que vulneraría el uso según su destino²⁵⁴ o supondría un uso perjudicial para el interés común, representado por la suma de los intereses de los comuneros²⁵⁵.

²⁵³En sede de comunidad hereditaria, el Derecho francés reconoce el derecho de usar y disfrutar de los bienes comunes con parecidas limitaciones y, presuponiendo la necesidad de ordenar su ejercicio, remite, en defecto de regulación paccionada, a la decisión judicial:

Artículo 815-9.1º:

Cada comunero podrá usar y disfrutar de los bienes comunes conforme a su destino, de manera compatible con el derecho de los demás comuneros y con los actos regularmente realizados vigente la comunidad. A falta de acuerdo entre los interesados, el ejercicio de este derecho se regulará de manera provisional por el Presidente del Tribunal.

El comunero que use o disfrute privativamente de la cosa común estará obligado a satisfacer una indemnización, salvo pacto en contrario.

Seguimos, en las citas del Código Civil francés, la traducción de NÚÑEZ IGLESIAS y ANDRÉS SANTOS. Vid. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro y ANDRÉS SANTOS, Francisco J., *Código Civil Francés/Code Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

²⁵⁴Se ha planteado el problema del uso que debe hacerse de la cosa cuando esta admite o es susceptible de más de un destino. Para este caso, la doctrina mayoritaria sostiene que, a menos que exista entre los copartícipes en la comunidad un pacto o acuerdo limitativo, la cosa puede utilizarse según cualquiera de sus destinos posibles. La fijación del destino de la cosa común constituye un acto de administración y está, por lo tanto, sujeta al régimen del artículo 398 Cc, si bien para MIQUEL (*Comentarios...*, cit, pág. 1076), debe exigirse la unanimidad en los casos en que la decisión se adopte con carácter estatutario, y, por tanto, con vocación de permanencia en el tiempo.

²⁵⁵Aunque la cuestión no es pacífica, suele entenderse que para fijar el interés de la comunidad puede acudir al régimen de mayorías del artículo 398 Cc, lo que, a juicio de CAPILLA RONCERO es discutible, aunque aceptable en base a que el propio precepto garantiza el recurso judicial en defensa

En cuanto a la tercera limitación, la que exige un uso no excluyente del derecho de los demás partícipes, permite entender establecida la norma de la utilización solidaria de los bienes en tanto no sea lesiva para el derecho de los demás, y es consecuencia del estado de coposesión que se instaura entre los copartícipes y que impide afirmar la posesión exclusiva de ninguno de ellos sobre los bienes.

4.3.1.3. Restricciones al uso solidario de los bienes comunes

Con todo, la evitación de conflictos puede imponer restricciones al uso solidario, establecido como principio. De hecho, el uso simultáneo e indiscriminado de los bienes, aún tratándose de un uso conforme con la propia naturaleza de la cosa, puede verse condicionado cuando dicho uso es susceptible de generar conflictos. En estos casos se hace obligado el establecimiento de normas o pautas, e incluso un uso proporcional a la cuota de cada comunero que no es, como acabamos de ver, consustancial a dicho uso. Así, la STS 23 de marzo de 1991 reconoció a uno de los comuneros el derecho *«a entrar, permanecer y residir con su familia en el edificio descrito en el hecho primero de la demanda (la vivienda principal o chalet a que nos venimos refiriendo), utilizando las habitaciones precisas al efecto y sin menoscabo de la ocupación simultánea del inmueble por parte de sus hermanos, en tanto se produzca la disolución de la comunidad»*.

Señala el TS, interpretando las limitaciones impuestas por el artículo 394 Cc y la necesidad de ordenar el uso común de los bienes, que, *“si bien el artículo 394 del Código Civil no condiciona el uso de la cosa común para cada condueño nada más que a que dicho uso no impida a los copartícipes usarla según su derecho, lo que, en principio, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de cada uno, ello no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común”*, lo que no ocurre cuando, como en el caso a que se refiere la sentencia, se trate de una vivienda o chalet, *“pues el uso indiscriminado y promiscuo del mismo por todos los condueños. . . aunque sea con carácter temporal hasta que se lleve a efecto la disolución de la comunidad, supondría la creación de una previsible fuente de conflictos y discordias, que ninguna norma jurídica puede propiciar o fomentar, por lo que ha de entenderse que la sentencia recurrida no ha aplicado correctamente el artículo 394 del Código Civil al caso que nos ocupa, no porque haya declarado el derecho del actor a usar del chalet, que le es innegable, sino por haberlo hecho de manera indiscriminada y sin fijación de unas pautas, que permitan el uso del chalet a los hermanos litigantes”*.

La STS concluye, con el fin de eliminar en lo posible los conflictos a los que previsiblemente daría lugar la convivencia establecida en estos términos, afirmando la necesidad de adopción de medidas como la determinación, en fase de ejecución de sentencia, de cuáles son las habitaciones concretas del chalet que, en proporción a su cuota, tiene derecho a usar el actor, o bien, a opción de los condueños por mayoría de cuotas, establecer y regular un sucesivo y cronológico uso exclusivo de la totalidad de

de los intereses de la minoría. Cfr. CAPILLA RONCERO, Francisco, “La Comunidad de bienes”, en *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho inmobiliario Registral*, LÓPEZ, A, MONTÉS, V. L y ROCA, E coord. por CLEMENTE MEORO, M. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 266.

la vivienda por cada uno de los condueños, por meses sucesivos, todo ello, con carácter temporal y provisional, hasta que se produzca la disolución de la comunidad mediante la venta en pública subasta del inmueble litigioso.

4.3.1.4. Gastos necesarios y útiles

En el caso de que alguno de los coherederos realice gastos necesarios o útiles en interés de la herencia, podrá reclamar lo pagado por él al albacea, de haberlo y mientras continúe en el ejercicio del cargo, y en otro caso a los coherederos (STS de 29 de enero de 1985), y puede entenderse que los deterioros causados en un bien por el uso de cualquiera de los coherederos deberán ser reparados o abonados por éste a la masa.

Se refiere también el *Code*, aludiendo a criterios de equidad, a la compensación de las mejoras, gastos y deterioros de los bienes comunes realizadas por uno de los comuneros Artículo 815-13.

Cuando un comunero hubiere mejorado a su costa el estado de un bien indiviso, dicha mejora habrá de serle tenida en cuenta equitativamente, tomando en consideración el aumento de valor del bien al tiempo de la partición o de la enajenación. Asimismo se le deberán tener en cuenta los gastos necesarios que haya hecho con su dinero para la conservación de dichos bienes, aunque no los hayan mejorado.

A la inversa, el comunero responderá de la degradación y deterioro que hayan disminuido el valor de los bienes indivisos, por su acción u omisión.

4.3.1.5. Derechos civiles territoriales

En nuestros derechos civiles territoriales, el Código Civil de Cataluña regula específicamente las facultades de uso y disfrute que corresponden a los coherederos sobre los bienes de la herencia indivisa en el artículo 463-3:

1. *Los coherederos pueden usar los bienes de la comunidad y apropiarse sus frutos y rendimientos de acuerdo con lo establecido por el artículo 552-6.*
2. *El uso y disfrute exclusivo de determinados bienes de la comunidad hereditaria por parte de uno o algunos de los coherederos no deja estos bienes fuera de la partición hereditaria, salvo que hayan sido usucapidos por sus poseedores en concepto de titulares exclusivos.*

El Código del Derecho Foral de Aragón, al regular la comunidad conyugal que continúa tras su disolución, (Libro II, Título IV, Cap. IV, Sección II) establece en el artículo 250 una norma sobre atribución de frutos y otros bienes, aplicable cualquiera que sea la causa de disolución:

Disuelta la comunidad matrimonial y hasta tanto no se divida, ingresarán en el patrimonio común:

- a) *Los frutos y rendimientos de los bienes comunes.*
- b) *Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes.*
- c) *Los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reintegros que procedan.*

El régimen de la comunidad hereditaria rige asimismo como supletorio para la liquidación y división del consorcio, conforme al artículo 270: «*A la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria*».

4.3.2. Posesión de los bienes hereditarios

4.3.2.1. La posesión de los bienes hereditarios

Los coherederos pueden convenir, expresa o tácitamente, o el testador haber dispuesto, las reglas dirigidas a ordenar la situación posesoria de los bienes indivisos, incluidas asignaciones de posesión exclusiva de alguno o algunos de los bienes comprendidos en la herencia indivisa. De hecho, el Tribunal Supremo tiene admitido (STS de 8 de abril de 1905) que no hay absoluta incompatibilidad entre el mantenimiento de la proindivisión y la forma de disfrute independiente de la cosa por los partícipes y comuneros.

Sin embargo, de no mediar estas circunstancias, la regla general en materia de posesión de los bienes hereditarios es la de que los copartícipes las poseen, no para sí, como exclusiva, sino de manera indistinta, es decir, en concepto de cosa común, en forma similar a una coposesión²⁵⁶, tanto si de hecho se ejerce sólo por uno o varios, por sí y en nombre de los demás, como si es ejercida por todos conjuntamente. De manera que cada copartícipe posee para la comunidad, sin que pueda alegar posesión exclusiva del caudal o de alguno de los bienes que lo componen frente a los restantes partícipes. Como ha señalado VALLET²⁵⁷, se entiende que todo coheredero posee la cosa que es poseída por otro cualquiera de ellos, no como exclusiva, sino en concepto de cosa común.

El Tribunal Supremo tiene declarado en esta materia que ningún coheredero puede alegar la posesión exclusiva del caudal respecto de los demás (SSTS de 25 de noviembre de 1961 y 27 de mayo de 1967), entendiéndose asimismo, en cuanto a la naturaleza de la posesión, que el comunero que detenta la cosa común, y como tal comunero, debe ser considerado como poseedor de buena fe y, en consecuencia, puede hacer valer su derecho a las mejoras útiles, en los términos del artículo 453 Cc (STS de 13 de diciembre de 1968).

4.3.2.2. Posesión en concepto de cosa común o coposesión (artículo 450 Cc)

La de la posesión en común es, no obstante, y como acabamos de advertir, una norma de carácter supletorio. El testador puede haber dispuesto reglas específicas respecto de la posesión de los bienes hereditarios, o los copartícipes establecerlas de común acuerdo. Como consecuencia, puede haberse atribuido a alguno o algunos de los partícipes en la comunidad hereditaria la posesión exclusiva de alguno o algunos de

²⁵⁶Vid. GARCIA VALDECASAS, G. *La comunidad hereditaria en el Derecho español*, cit. pág. 260.

²⁵⁷VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Panorama del Derecho de sucesiones*. T. II. *Perspectiva dinámica*. Ed. Civitas. Madrid 1984, pág. 715.

los bienes que la componen. En este contexto debe entenderse el artículo 450.1 Cc, cuando establece: «*Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión*».

De hecho los pactos de los comuneros sobre el uso común pueden establecer el reparto entre ellos por turnos del uso exclusivo (STS de 16 de marzo de 1965). Los pactos pueden también alcanzar a la cesión del uso exclusivo en todo o en parte a uno de los comuneros, pero no a todos; lo que entraña normalmente un acto de administración. Sin embargo, si la cesión se realiza con carácter indefinido y transmisible a terceros, el acto debe considerarse dispositivo, y requiere la unanimidad de los condueños, ya que para ellos la cuota queda “*convertida en puro simbolismo, carente de valor*” (STS de 30 de septiembre de 1995).

También la cesión en arrendamiento de la cosa común a uno de los comuneros ha sido admitida por el Tribunal Supremo (STS de 12 de noviembre de 1971), declarando la compatibilidad de “*las relaciones de condominio con las arrendaticias, en el sentido de que aquellas no obstan para que cualquiera de los partícipes en el mismo pueda adquirir el carácter de arrendatario por mutuo acuerdo y consentimiento de los demás condóminos, con todas las derivaciones propias de tal convención*”²⁵⁸.

Sin embargo, como veremos, el hecho de que la cosa sea poseída en común no excluye la posibilidad de que se haya producido una inversión del título posesorio que faculte al copartícipe poseedor de la cosa para usucapirla, de modo que, de ser común, pase a ser exclusiva de aquel.

Igualmente debe tenerse presente, como señala LACRUZ²⁵⁹ que la coposesión que corresponde a cada coheredero no tiene lugar en los casos en los que la herencia haya sido puesta en administración.

Debido a la situación de indivisión, los hechos referidos a la posesión realizados por cualquiera de los copartícipes, repercuten en los demás. Por lo tanto, la usucapión ganada por quien se encuentra poseyendo como comunero, aprovecha a los demás (artículo 1930 Cc), y la interrupción en la posesión de la cosa poseída en común perjudica a todos (artículo 450, in fine Cc).

4.3.2.3. La “Usucapio pro herede”. El problema de la “interversio possessionis” en la comunidad hereditaria. Condiciones para apreciar la inversión del título posesorio. Posición de la jurisprudencia. Derechos civiles territoriales

En el Derecho romano la *hereditas* se describe frecuentemente como una unidad patrimonial que se mantiene unida, por encima de cambios producidos por aumentos y disminuciones, hasta llegar al poder fáctico y jurídico del heredero o, en caso con-

²⁵⁸No obstante, el Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones la concertación entre algunos comuneros para entregar la cosa en arrendamiento a uno o varios de ellos como un acto realizado en fraude de los comuneros minoritarios, considerando nulo, por simulado, el contrato de arrendamiento. (SSTS de 12 de marzo de 1952 y 4 de noviembre de 1966).

²⁵⁹LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil*. T. V, cit. pág. 95.

trario, al poder de un tercero. Esta es, señala CASTRO SÁENZ²⁶⁰ la óptica desde la que debe observarse la *usucapio pro herede*²⁶¹. Para ser poseedor *pro herede* a efectos de la *usucapio* no se requería la creencia de ser heredero, sino la *scientia* de poseer un bien hereditario *ad usucapionem*. *Possessor pro possessore* sería, en cambio, aquel que posee sin *causa possessionis*, hecha excepción del poseedor de mala fe *ad usucapionem*²⁶².

La institución resulta de la existencia de herederos voluntarios y del periodo de yacencia, hasta la aceptación de la herencia y consistía originariamente en la posibilidad de que los bienes hereditarios carentes de dueño, por no haberse producido la aceptación, o por no haber sido poseídos efectivamente por el heredero, pudieran ser apropiados por cualquiera, sin que se cometiera hurto, y sin necesidad, en un principio, de concurrencia de buena fe. Ahora bien, el derecho romano impedía el cambio del concepto posesorio: “*neminem sibi causam possessionis posse mutare*” (D. 41.2.19.1) y, por lo tanto, afirmaba la prohibición de usucapir si la posesión no se había adquirido inicialmente en concepto de dueño. Este principio fue acogido por el Código civil francés en el artículo 2240: “*On ne peut pas precrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession*”²⁶³.

La posesión exclusiva por alguno o algunos de los copartícipes de la comunidad hereditaria de bienes comunes plantea la cuestión de si es posible la adquisición por vía de usucapión extraordinaria de tales bienes y, de ser así, qué consecuencias tendría con relación al estado posesorio de la comunidad, la situación de las titularidades de cara a la división y adjudicación de los bienes; en particular, si podría, invocando la prescripción, excluir el bien o bienes de la partición hereditaria²⁶⁴.

²⁶⁰CASTRO SÁENZ, Alfonso, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*. Ed. Universidad de Sevilla, 1996, pág. 117 y sigs. Señala el autor que, con el objeto de favorecer la posición de los acreedores, la jurisprudencia, desde antiguo había establecido que quien hubiese poseído durante un año cualquier objeto de la herencia antes que nadie, se convertiría en heredero exclusivo, si bien el principio venía limitado por la regla jurisprudencial *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, en virtud de la cual quien tuviese la cosa de la *hereditas* en su poder por una razón distinta (como el depósito), no podría empezar a poseerla como heredero sin más. *Ibidem*, pág. 118

²⁶¹Señala CASTRO SÁENZ en su documentado trabajo sobre la *usucapio pro herede* que el libro 41 del Digesto, dedicado al derecho de propiedad y a la posesión, incorpora en los diversos títulos que lo integran las diferentes causas que desde la posesión pueden fundamentar la adquisición del título jurídico, destacando en esta regulación la interacción constante, consubstancial, entre derecho y hecho posesorio: en primer lugar, se habla de la adquisición de la propiedad de las cosas (tit. 1); a continuación, de la adquisición y pérdida de la posesión (tit. 2); posteriormente, de la usucapión y su interrupción; sólo entonces, el compilador justiniano introduce una serie de títulos consagrados a las diferentes causas que pueden fundamentar desde la aprehensión posesoria del bien la adquisición de la propiedad: *pro emptore* (tit. 4); *pro herede vel pro possessore* (tit. 5); *pro donato* (tit. 6); *pro derelict* (tit. 7); *pro legato* (tit. 8); *pro dote* (tit. 9); *pro suo* (tit. 10). Cfr. CASTRO SÁENZ, Alfonso, “Aproximación a la usucapio pro herede”. <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/1998/SAENZ.pdf> Fecha de consulta: 10/03/2013.

²⁶²Cfr. CASINOS MORA, Fco. Javier, *De hereditatis petitione*, ed. Dykinson, 2006, pág. 182 y sigs.

²⁶³Véase PEÑA BERNALDO DE QUIROS. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, cit, pág. 169.

²⁶⁴En nuestro Derecho histórico, distintos textos contienen disposiciones contrarias a la usucapión por un heredero contra otro, así, el Fuero Real (Ley 2ª, tit. 11, lib. 2º), las Ordenanzas Reales de Castilla (Ley 5ª, tit. 13, lib. 3º), o la Novísima Recopilación (Ley 2º, tit. 8º, lib. 11)

En tesis de principio, los herederos no son poseedores exclusivos, sino coposeedores de los bienes que integran la masa hereditaria²⁶⁵, incluso si la posesión de un bien se realiza por uno sólo de ellos, en virtud del acuerdo expreso de los copartícipes, o por mera tolerancia de éstos, como resulta de la regla general del art. 450 Cc. Esta posición, basada en la regla romana *nemo sibi causa possessionis mutare posse* (nadie puede por sí mismo cambiar la causa de su posesión) se mantuvo en la doctrina más antigua, y en la propia jurisprudencia, que afirmó que ninguno de los copartícipes pro indiviso puede adquirir por prescripción las participaciones de los demás, porque toda proindivisión excluye el descuido, la tolerancia y el abandono en los que ha de descansar el modo supletorio de adquirir por prescripción (STS de 17 de noviembre de 1911).

La ausencia de posesión individual en concepto de dueño en la comunidad hereditaria sirvió, en efecto, al Tribunal Supremo en algunas ocasiones —y en coherencia con la doctrina más tradicional— para sostener que ninguno de los coherederos puede prescribir contra otro (STS de 29 de diciembre de 1905). Una sentencia de 31 de mayo de 1899, admitió la prescripción a favor de uno de los coherederos, (si bien en un caso en que el coheredero había poseído los bienes de la herencia como dueño exclusivo, sin reclamación de los otros coherederos), y en un caso similar se pronunció también a favor de la prescripción la STS de 23 de diciembre de 1952.

De este modo, advierte DIEZ-PICAZO, esta doctrina antigua parte de una observación cierta dado que mientras el comunero posee como tal comunero, reconociendo la existencia de la comunidad, no puede usucapir para sí solo y ello aunque en realidad sea detentador exclusivo de la cosa, dado que en tales condiciones, no es más que un co-poseedor. No habría en tal caso una posesión a título de dueño exclusivo y, por ello, la usucapión no puede funcionar. En suma, expresa el citado autor que como “regla general” el comunero no puede prevalerse de su situación de detentador exclusivo para usurpar los derechos de los demás copartícipes; sin embargo, y es aquí donde radica el problema, habrá que reconocer la usucapión por el comunero de la totalidad o una cuota indivisa de la cosa común en aquellos casos en que el mismo comienza a poseer de un modo exclusivo la totalidad de la cosa común o una parte mayor de la que, por derecho, le corresponde; o bien cuando a pesar de poseer al comienzo como copropietario, con posterioridad invierte el concepto posesorio, mediando justo título o por medio de actos obstativos o impeditivos del derecho de los demás coposeedores.

Ahora bien, la prohibición de la regla romana («*nadie puede por si mismo cambiar la causa de su posesión*») no aparece establecida de forma expresa en nuestro Código Civil y solo podría entenderse que la misma tiene una cierta base legal si hacemos una interpretación rigorista y literal de los arts. 432, 447, 450, 1933 y 1941 del Cc, que podría llevar a pensar que, como quiera que el copropietario, respecto de las partes de los demás, no es “dueño”, sino “condueño” (concepto éste distinto), respecto a la parte no suya será un simple tenedor o poseedor precarista que posee en nombre de los demás y, de esta forma, cabría concluir que esta posesión no reuniría los requisitos esenciales establecidos en los artículos 447 y 1941 del Cc para la usucapión. Además, del tenor literal del artículo 1933 del Cc, podría llegar a pensarse que difícilmente

²⁶⁵El Proyecto de Código Civil de 1836 establecía que “el condueño no puede prescribir la cosa que posee en común” (art. 714).

podría un copropietario usucapir toda la cosa común cuando la posesión ganada de este modo, en principio, aprovecharía a todos los demás.

Posteriormente la línea jurisprudencial evolucionó hacia una posición favorable a la posibilidad de usucapir los bienes poseídos en común, y así La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1945 dispone que *“la imprescriptibilidad, que actúa dentro del círculo de los coherederos o condueños que han poseído los bienes de consuno, no es aplicable cuando uno de ellos o un extraño los han poseído de modo exclusivo, quieta y pacíficamente, por tiempo suficiente para adquirirlos por prescripción (SSTS de 14 de abril de 1904, 24 de noviembre de 1906 y 8 de junio de 1943)”*. Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de diciembre de 1969 afirmaba que *“la jurisprudencia ha mantenido la posibilidad de la usucapión por un comunero siempre que éste, con actos claros y manifiestos, evidencie la posesión de la cosa común en concepto de dueño, lo que supone añadir a la exigencia del transcurso del tiempo de posesión, ante la pasividad del condueño, para que la finca común pueda ser usucapida por uno o más condueños frente a otro u otros, que aquéllos ejerciten su posesión en concepto de dueños”*.

El criterio es reiterado por el Tribunal Supremo en resoluciones más recientes, como la de 18 de julio de 2005: *“es cierto que para que la posesión convierta a un comunero, mediante la usucapión, en propietario de la cosa común, no basta con que la detente de modo exclusivo, como evidencia el artículo 1933 Cc. Antes bien, es preciso que la posea a título de dueño único durante todo el tiempo que la norma exige (en el caso, el artículo 1955 Cc). Por ello, cuando el señorío de hecho se comenzó a ejercer como coposesión, al presumirse que continuó ejerciéndose en el mismo concepto (artículo 436 Cc), se hace necesaria una inversión del mismo, esto es, un cambio de aquélla en posesión exclusiva, con la misma apariencia que reclama su condición de instrumento para la adquisición de la titularidad del derecho real ejercitado de hecho”*.

En el análisis de esta cuestión ha de tenerse en cuenta, como ha señalado ATAZ LÓPEZ²⁶⁶, de una parte, que en el Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos civiles de nuestro entorno, como el francés, el italiano y el portugués, la interversión viene referida al cambio en el *concepto posesorio*, y no al

²⁶⁶Por lo que no resulta del todo correcto hablar en nuestro Derecho de “interversión del título posesorio”. Vid. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, “Sobre la interversión posesoria (Notas al artículo 436 del Código Civil)”, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Ed. Universidad de Murcia, 1989, págs. 33-60. Estas características propias de la interversión en el Derecho español resultan fundamentales para el autor: el hecho de no exigir nuestro ordenamiento que el poseedor que cambia su concepto posesorio adquiera un nuevo título posesorio tiene la importante consecuencia de que, siendo el título posesorio la causa jurídica que justifica la posesión y que otorga el ius possidendi, el poseedor no puede cambiarlo por sí mismo, de modo que “Puede, eso sí, poseer sin título, pero lo que no puede hacer es convertirse en comprador, si nadie le ha vendido, o en legatario si no ha existido el legado. Quizás el poseedor se finja adquirente, pero eso no es tener un título, sino simularlo”. Sin embargo, el concepto posesorio es una apariencia de titularidad resultado de una determinada conducta, y en consecuencia, puede crearla el poseedor con su comportamiento. Lo que el Código hace, advierte ATAZ LÓPEZ, es presumir en principio que el estado de hecho constituido por el concepto posesorio coincide con el de derecho, constituido por el título posesorio. Y así como el concepto posesorio se determina en función del título por el que se empezó a poseer, un cambio en dicho título hará presumir un cambio en el concepto, aunque quepa prueba e contrario. (Ob. cit, págs. 38 y 47)

cambio en el *título posesorio*, entendido éste como la modificación en el concepto posesorio que se produce, únicamente, como resultado de la adquisición por parte del poseedor de un nuevo título; y de otra, que, a diferencia de otros Códigos civiles que restringen los supuestos admisibles de interversión, el español, a la vista del artículo 436 Cc parece admitirla en cualquier supuesto, siempre que pueda probarse.

Con frecuencia, la cuestión se centra en la valoración como suficiente de la prueba a efectos de la prescripción, puesto que, para que se produzca la inversión del concepto posesorio (de precario a dueño, de copropietario a propietario), se reitera por el Alto Tribunal que no basta el mero ánimo o voluntad unilateral del tenedor en tal sentido sino que debe evidenciarse el mismo mediante actos externos inequívocos y acordes con tal inversión del concepto posesorio. Es la falta o insuficiencia de esta evidencia en la prueba practicada por los Tribunales inferiores, y no una imposibilidad conceptual, la que ha llevado a distintas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en materia de prescripción entre comuneros o copropietarios a desestimar las pretensiones de usucapión (SSTS de 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 29 de febrero de 1992, 9 de julio de 2001, 17 de mayo de 2002, entre otras). Cuáles son esos actos inequívocos relevantes para la usucapión es una cuestión fáctica que habrá que valorar en cada caso concreto y que, obviamente, en caso de confrontación entre las partes, queda a la libre apreciación de los tribunales justicia de conformidad con las reglas del proceso y la valoración que se haga de la prueba admitida y practicada dentro del mismo.

Pero la propia desestimación de la usucapión en los casos en que no se acreditó suficientemente la posesión en concepto de dueño implica la admisibilidad por el Tribunal Supremo de la posibilidad de usucapir entre comuneros en los supuestos en que tal circunstancia puede probarse sin lugar a duda. Otro tanto puede deducirse de la doctrina relativa a que la imprescriptibilidad de la acción para pedir la división de la herencia que no puede invocarse cuando uno de los coherederos ha poseído los bienes de la herencia en concepto de dueño y por el tiempo suficiente para ganarla por prescripción, porque la expresada acción descansa necesariamente en la posesión de consuno o proindiviso de los bienes hereditarios. (SSTS de 18 de abril de 1997, 7 de febrero de 1997 y 2 de diciembre de 2000).

El Tribunal Supremo ha entendido que, si bien ningún coheredero puede alegar la posesión exclusiva de los bienes de la herencia, puede usucapir las cosas singulares que lo integran, siempre que *“los bienes se posean no de consuno y por todos, sino por uno en nombre propio”* (STS de 13 de noviembre de 1969), es decir, que el coheredero *“con actos claros y manifiestos evidencie la posesión de la cosa común en concepto de dueño, y transcurra el tiempo legal ante la pasividad y silencio”* de los otros coherederos (STS de 4 de diciembre de 1969)²⁶⁷.

²⁶⁷ Casos en los que se admite la usucapión entre copropietarios los tenemos también en la comunidad sujeta al régimen de propiedad horizontal y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1998 admitió la excepción de usucapión frente a una acción reivindicatoria entablada por la Comunidad de Propietarios contra los herederos del constructor del edificio. Dicho constructor había venido poseyendo en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente por más de treinta años un local que en el título constitutivo del inmueble figuraba como rellano de uso común. Lo que ocurrió es que el constructor, reservó un hueco en la entreplanta o rellano del portal como “oficina de obra” en tanto se procedía a la venta de los distintos predios que configuraban el edificio. Con posterioridad a la venta dicho hueco siguió siendo utilizado por dicho constructor por “acuerdo verbal” con el resto

Sin duda, la cuestión principal es, pues, la de si el coheredero puede poseer los bienes comunes en concepto de dueño, como requisito esencial tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, y en qué condiciones, teniendo en cuenta que es titular de una cuota ideal y abstracta sobre la masa hereditaria, y por lo tanto, de una titularidad que si no concretada sobre ninguno de los bienes o derechos que la integran, les afecta de un modo global, pudiendo entenderse que no resulta totalmente ajena a los mismos. Y ello teniendo en cuenta que su posesión se inicia a título de coposeedor, y que, para transformarla en una posesión hábil para la usucapión, ha de superarse el obstáculo de la presunción del artículo 436 Cc, que, conforme al principio romano de que nadie puede cambiar por sí mismo la causa de su posesión, supone que ésta no ha modificado en el tiempo su concepto inicial, aunque admitiendo la prueba en contrario.

El artículo 432 del Código Civil distingue los conceptos posesorios, estableciendo que “*la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona*”. También se refiere a la posesión en concepto de dueño el artículo 430 Cc al diferenciar, sobre la base del *animus* del poseedor, entre la posesión natural, que implica la simple tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho, y la posesión civil, que califica esa misma tenencia o disfrute pero unidas a la intención del poseedor de haber la cosa o dercho como suyos.

La inversión o interversión del concepto posesorio, señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁶⁸, es un fenómeno que consiste en que quien es poseedor en un concepto determinado pasa a poseer en otro concepto (asi, por ejemplo, quien posee en concepto de arrendatario pasa a poseer en concepto de dueño, o viceversa). En realidad, afirma este autor, lo que se produce con este fenómeno es que sobre la posesión en concepto distinto, se superpone la adquisición de una nueva posesión (la correlativa al nuevo concepto) con su correspondiente título de adquirir y con la correlativa pérdida para quien hasta entonces poseía en concepto de dueño.

Por lo tanto, poseedor en concepto de dueño es quien ostenta la posesión como propietario, y realiza “actos de propietario”, esto es, propios de quien ostenta esa titularidad (como los de edificar o arrendar como tal). Sin embargo, el titular de un derecho real posee en concepto distinto del de dueño (por ejemplo, como usufructuario), pero, a los efectos de la usucapión, se entiende que posee en aquel concepto.

La posesión inicial en concepto de dueño se ha considerado históricamente un requisito *sine qua non* para poder usucapir, sin que la mera voluntad del poseedor sea suficiente para cambiar una posesión en concepto distinto en una dominical, conforme a un principio según el cual no es posible prescribir contra el propio título. Esta es

de copropietarios, llegándose incluso a arrendar a terceros. Fallecido el constructor, su esposa y demás herederos, continuaron detentando el uso del mencionado hueco, subrogándose en los derechos que se atribuyó el fallecido. La usucapión se produce contra tabulas y la Sala estima que existe prescripción adquisitiva ordinaria habida cuenta el meritado pacto verbal que determina la posesión *ad usucapionem* y la existencia de un testamento posterior en el que se hacía referencia a la exclusividad del local en cuestión.

²⁶⁸PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, vol I, ed. Centro de Estudios Registrales, 4ª ed, Madrid, 2001, págs. 168-171.

también la regla que en nuestro Código recoge el artículo 447: “*Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio*”.

Corresponde entonces examinar las condiciones que se precisan para poder apreciar la inversión del título posesorio. Puesto que ha de entenderse que el coheredero inicia su posesión como coposeedor de los bienes hereditarios que integran la masa, interesa precisar en qué condiciones puede convertirse en poseedor exclusivo de los bienes, en una posesión hábil para la usucapión, en concurrencia con los demás requisitos exigidos por el Código civil.

En relación con la usucapión extraordinaria, entendida como modo de adquirir la propiedad u otro derecho real poseíble por la posesión continuada en concepto de titular del derecho con los demás presupuestos que marca la ley, se viene señalando la necesidad de que concurren los requisitos comunes, sin necesidad de justo título ni buena fe. Y tales requisitos son la posesión, con los caracteres que enumera el art. 1941, y el tiempo, que es de mayor duración. La posesión, a los efectos de la usucapión, debe ser pues, en concepto de dueño (o titular del derecho de que se trata), pública, pacífica y no interrumpida.

Como hemos señalado, el extremo que ha motivado más interés es el de la posesión “en concepto de dueño”. Es decir, habida cuenta de que la posesión que precisa la usucapión no es la simple tenencia material o la posesión natural, sino la posesión civil, esto es, la tenencia del poseedor unida a la intención de hacer la cosa como suya, en concepto de dueño²⁶⁹, es necesario establecer si es posible y en que condiciones entender acreditada la posesión en éste concepto, especialmente en los casos en que ello representa una mutación del concepto posesorio inicial. De hecho, la mera posesión exclusiva por uno de los coherederos de alguno de los bienes no determina la adquisición de un derecho o preferencia sobre ella para hacérsela adjudicar en el momento de la partición; es más, si resulta adjudicada a otro de los coherederos, se entenderá, que éste la ha poseído con exclusión de los demás durante todo el tiempo que duró la indivisión, por aplicación del artículo 450 Cc.

²⁶⁹ Abundante jurisprudencia se ha ocupado de precisar el sentido de la expresión “posesión en concepto de dueño”. Así, la STS. 14 Mar. 1991 expresa: “*es doctrina de esta Sala la de que como dice de manera expresa el art. 447 Cc y reitera el 1941, sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, y tan terminantes son estos preceptos que el Tribunal Supremo al aplicarlos hubo de declarar que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el art. 1941 sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño (Ss. 17 Feb. 1894, 27 Nov. 1923, 24 Dic. 1928, 29 Ene. 1953 y 4 Jul. 1963); que la posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *ánimus dómíni* (S. 19 Jun. 1984) y, finalmente, que para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso la extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, se requiere, no sólo el transcurso de los 30 años sin interrupción en la posesión, sino también que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer la cosa como suya, en concepto de dueño*”.

La jurisprudencia, tanto de las Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo, viene insistiendo en la posibilidad del cambio de concepto posesorio, pero precisando las condiciones de esta mutación, que pueden señalarse a nuestro juicio en las siguientes:

- (a) En primer lugar, la mutación de este concepto no puede producirse por un motivo subjetivo, es decir, por el mero cambio en la voluntad del poseedor, sino que precisa la prueba de un elemento objetivo o causal. En este sentido se pronunció la sentencia del TSJ de Navarra de 14 de junio de 2010²⁷⁰, y también las SSAP de Barcelona de 27 de enero de 2000 y 16 de marzo de 2006²⁷¹ y, entre otras muchas, las SSTS de 20 noviembre 1964, 6 octubre 1975, 13 diciembre 1982, 16 mayo 1983, 29 febrero y 10 julio 1992, 18 octubre 1994, 25 de octubre de 1995, 17 de mayo de 2002²⁷², 6 de octubre y 18 de noviembre de 2011, 11 de junio y 14 de junio de 2012».

El Tribunal Supremo, ha destacado que la posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico, tanto de la usucapición ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *ánimus dómīni* (S. 19 Jun. 1984). Lo que implica que para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso la extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, se requiere, no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, sino también que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer la cosa como suya, en concepto de dueño.

- (b) Este elemento objetivo o causal consiste en que la posesión en concepto de dueño precisa manifestarse, como viene entendiendo el Tribunal Supremo, a través de «*actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico*» (Sentencias de 3 octubre 1962, 16 mayo 1983, 29 febrero 1992, 3 julio 1993, 18 octubre y 30 diciembre 1994 y 7 febrero 1997). En coherencia con esta posición, señala el Tribunal Supremo que para que pueda apreciarse la posesión en concepto de dueño es necesaria la manifestación en el tráfico de un comportamiento que sería característico del propietario, no bastando el mero deseo interno del poseedor de querer

²⁷⁰Referida a la adquisición dominical por prescripción adquisitiva extraordinaria de la Ley 357 del Fuero Nuevo de Navarra.

²⁷¹Las dos últimas reiteran el criterio de que la mutación unilateral del *ánimus* por parte del usucapiente en la interversión de título posesorio, requiere que el cambio de voluntad del poseedor se exteriorice por medio de un comportamiento no clandestino, de tal modo que se acredite con claridad el inicio posesorio en concepto de dueño, dies a quo de la prescripción adquisitiva.

²⁷²Esta sentencia aborda un exhaustivo examen jurisprudencial de la cuestión, y declara que «*la doctrina sobre la relevancia de acreditar los “actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico” es también plenamente aplicable al caso de que se pretenda haberse producido un cambio en el concepto posesorio (art. 436 Cc), de precario en concepto de dueño, y así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que declara que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por el mero “ánimus” o unilateral voluntad del tenedor sin aquella conducta externa*».

o creerse dueño, ni la mera tenencia material de las cosas, sino siendo exigible un “plus” dominical de actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios, esto es, a través de la «realización de actos que solo el propietario puede por sí realizar» (sentencias de 16 de mayo de 1983, 10 de julio de 1992, 3 de junio de 1993, 30 de diciembre de 1994, 10 de febrero de 1997, y 13 de mayo de 2009).

La STS de 11 junio de 2012 insiste en la necesidad, a los efectos de la prescripción adquisitiva del dominio del artículo 447, de acreditar que el poseedor no es mero detentador y precisa que no es suficiente la mera intención ni el acto volitivo interno de querer o creer, y que no hay precepto que autorice a presumir la posesión en concepto de dueño (Sentencias de 4 julio 1963 y 18 octubre 1994)»²⁷³.

- (c) No bastan para acreditar la posesión a título de dueño aquellos actos que son compatibles con otras situaciones posesorias que no implican posesión de tal tipo²⁷⁴, como el abono por parte del poseedor de gastos, servicios, suministros e impuestos

²⁷³Doctrina que, según señala la propia sentencia no es sino aplicación de una antigua regla del Derecho Romano recogida en textos del Corpus Iuris (D. 41. 2. 3. 19, y C. 7. 32. 5), aceptada por los ordenamientos jurídicos modernos, y de la que se hicieron eco diversas Sentencias del Tribunal Supremo (6 octubre 1975, 16 mayo 1983, 13 diciembre 1988 y 25 octubre 1995) con arreglo a la que “nadie puede por sí mismo cambiar la causa de su posesión” (“*neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*”, en el texto del Digesto; y “*nemo causam sibi possessionis mutare possit*” en el texto del Codex; y en los cuales también parece existir base —“*sibi ipsum*”, D.; “*nulla extrinsecus accedente causa*”, C.—, para entender que la prohibición se refiere sólo a la mera voluntad. La Resolución cita como doctrina aplicable a la inversión del título posesorio la de 17 mayo de 2002, que afirma que «la doctrina sobre la relevancia de acreditar los “actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico” es también plenamente aplicable al caso de que se pretenda haberse producido un cambio en el concepto posesorio (art. 436 Cc), de precario en concepto de dueño, y así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que declara que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por el mero “animus” o unilateral voluntad del tenedor sin aquella conducta externa (Sentencias 6 octubre 1975, 13 diciembre 1982, 16 mayo 1983, 29 febrero y 10 julio 1992, 25 octubre 1995)”.

En el supuesto de hecho la sentencia existe una posesión exclusiva tolerada por los coposeedores: “La posesión de la recurrente ha sido desde el principio en concepto de titular de una tercera parte de la propiedad del inmueble, conociendo que la titularidad del resto pertenecía a sus hermanos que, no obstante, le han tolerado durante largo tiempo que lo poseyera en exclusiva (artículo 444 de Código Civil) sin perder por su parte la posesión mediata que les correspondía en concepto de copropietarios. No cabe que la demandada, por su propia voluntad, convierta su posesión en algo distinto y tampoco que se pretenda que la situación de dueño quede configurada por la mera asunción de determinados gastos que, como se ha dicho, vendrían mínimamente a compensar los beneficios derivados del disfrute de la vivienda”.

²⁷⁴Señala la SAP de Madrid de 3 de noviembre de 2011 que el pago de tales gastos no acredita el título traslativo de dominio y es compatible con otras situaciones posesorias, y también con la posición de precarista: “Es más, y aun partiendo a efectos dialécticos de que, efectivamente, fuese la actora quien abonó los recibos relativos a gastos de conservación, servicios, suministros y arbitrios del inmueble, se trataría de actos compatibles incluso con la mera posición de precarista, es decir aquel que ocupa el inmueble por tolerancia del propietario, ya que en nada contradice la situación de precario el hecho de que el ocupante del inmueble atienda al pago de los gastos que genera su uso, e incluso a los impuestos que gravitan sobre el inmueble (SAP Barcelona, sec. 13ª, de 22-5-2007, Málaga, sec. 6ª, de 30-3-2000, Valencia, sec. 3ª, de 30-6-1997, entre otras). No sólo no lo contradicen, sino que es incluso lógico que quien ocupa un inmueble por concesión graciosa de su propietario atienda al pago del coste inherente

que pesan sobre los bienes poseídos sobre el inmueble. Estos son actos compatibles incluso con la mera posición de precarista, es decir, aquel que ocupa el inmueble por la mera tolerancia del propietario y, como señala la SAP de Madrid de 3 de noviembre de 2011, en nada contradice la situación de precario el hecho de que el ocupante del inmueble atienda a este tipo de gastos. La realización de actos que resultan normalmente privativos del propietario, no solo constituye uno de los elementos de la posesión a título de dueño, sino que además podrá ser base para permitir inferir racionalmente (artículo 356 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que ha existido el título de transmisión del dominio que la posesión a título de dueño exige. Ahora bien, como señala la citada resolución²⁷⁵, *“para que así sea será preciso que concurren la existencia de actos que, por ser de riguroso dominio, no sean compatibles con otras situaciones posesorias distintas de la titularidad dominical (por ejemplo, celebración de contratos de arrendamiento, constitución de gravámenes de carácter real sobre el bien, etc.) y que por ello, y por sí mismos, lleven a la lógica conclusión de que ha existido algún acto de transmisión del dominio. No existiendo éstos, será preciso que se pruebe que existe algún tipo de hecho o circunstancia que justifique que el mero ocupante del inmueble ha dejado de serlo y ejercita su posesión en concepto de dueño, es decir, el “precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador”* (SSTS 28-06-1993 y 19-06-1984).

- (d) A los efectos de acreditar la posesión a título de dueño producida como consecuencia de inversión o interversión del título no son jurídicamente relevantes los actos posesorios ejecutados en virtud de licencia o mera tolerancia del dueño (SSTS de 30 de diciembre de 1994, 5 de diciembre de 1986).
- (e) La posesión a título de dueño ha de tener, además, un precedente objetivo que ponga de manifiesto que el poseedor no es un mero detentador.
- (f) Finalmente, como ha señalado la STS de 14 de junio de 2012 (con cita de las de 17 de mayo de 2002 y 30 de diciembre de 2010) la fijación en el proceso de la realidad o existencia de los actos o circunstancias que determinan la apreciación

a tal ocupación, así como de los impuestos que gravitan sobre el bien de cuya posesión se beneficia sin pagar precio o merced”.

²⁷⁵La Sentencia recuerda que la usucapión no es una institución jurídica que convierta, sin más, cualquier posesión continuada en propiedad o titularidad del derecho real que se posee. Aunque tanto la usucapión ordinaria como extraordinaria deben estar sustentadas en la posesión en concepto de dueño, tal y como resulta de los artículos 447 y 1941, ambos del Código civil (STS 24-12-1928, 29-1-1953, 4-7-1963, 14-3-1991 y 7-2-1997). esta posesión no viene dada por el sólo hecho de que quien posee un bien actúe hacia el exterior como propietario, es decir, la posesión en concepto de dueño no es una cuestión meramente subjetiva y que dependa de la actuación voluntarista de quien pretende adquirir el bien por usucapión, sino un concepto objetivo que aparte de quedar exteriorizada mediante actos propios del titular dominical —o de titular del derecho real de que se trate—, debe estar sustentada en la existencia de un precedente objetivo que ponga de manifiesto que el poseedor no es mero detentador. En consecuencia, si el poseedor lo es por título que implica el reconocimiento del dominio en otra persona, y pasa a actuar como propietario, deberá acreditar que ello no obedece a su simple voluntad de ser propietario.

de la posesión “en concepto de dueño” pertenece a la «*quaestio facti*», por lo que su apreciación corresponde al juzgador de instancia, y sólo puede ser combatida en casación mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba; sin embargo, el juicio de calificación mediante el cual se atribuye a los datos fácticos previamente fijados tal significación jurídica de “en concepto de dueño”, constituye una «*quaestio iuris*», y, por ende, es susceptible de revisión en casación

En cuanto al momento en el que se produce la interversión, en la usucapio pro herede, precisará de un elemento causal u objetivo, y no meramente subjetivo, que la jurisprudencia estudiada residencia en la realización de actos de propietario, “*actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico*”. Sin embargo, el concepto posesorio está ligado a una actitud o conducta del poseedor y la cuestión de cuándo se entienda realizado un acto de esta naturaleza o incluso cuántos de estos actos son necesarios para entender modificado dicho concepto es más difícil de precisar puesto que, como ha señalado ATAZ LÓPEZ²⁷⁶ a menudo será difícil, si no es atendiendo a las circunstancias que concurran en cada caso, hablar de un “acto interversorio” que establezca con seguridad el momento exacto a partir del cual se pueda entender producida la modificación posesoria.

La usucapión de los bienes hereditarios por parte de los coherederos se prevé también en el Código civil de Cataluña, cuyo artículo 463-3.2º exceptúa de la regla general según la cual el uso y disfrute de determinados bienes de la comunidad hereditaria por parte de uno o algunos de los herederos no deja estos bienes fuera de la partición hereditaria, el caso “*de que hayan sido usucapidos por sus poseedores en concepto de titulares exclusivos*”.

4.3.3. Percepción de los frutos

4.3.3.1. La regla del artículo 1063 Cc

En sentido técnico, el disfrute de los bienes por los partícipes de la comunidad hereditaria tiene el contenido esencial de la percepción de los frutos de tales bienes. A pesar de que, como hemos señalado, cada uno de los coherederos tiene derecho a participar en proporción a su cuota en los beneficios, es decir en los rendimientos de todo tipo producidos por los bienes comunes²⁷⁷ (artículo 393 Cc), y a usar y disfrutar de los mismos con las limitaciones del artículo 394 Cc, nuestra legislación parece excluir de dicha regla el disfrute de los bienes en el sentido expresado, pues rige respecto de los

²⁷⁶ATAZ LÓPEZ, Joaquín, “Sobre la interversión posesoria”, *ob. cit.*, pág. 55.

²⁷⁷En principio, por lo tanto, el disfrute sobre los bienes comunes y el reparto de los mismos se realizan en función de la cuota de cada copartícipe. Se trata de un derecho que se ostenta individualmente, y por eso el artículo 399 Cc reconoce a cada uno de ellos la plena propiedad de los frutos y utilidades que le correspondan, pero ello no les autoriza para tomar para sí directamente una porción de los rendimientos de la cosa común. Los rendimientos han de ser entendidos como rendimientos conjuntos y en el marco de la situación de comunidad, y sirven a ésta.

frutos la regla del Senadoconsulto Juvenciano: *fructus augent hereditatem*²⁷⁸, recogida en el artículo 1063²⁷⁹ Cc: «*Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios. . .*».

En consecuencia, y en términos que se aproximan a los expuestos para la posesión de los bienes, pertenecen a la comunidad hereditaria no solo los bienes que integran el patrimonio del causante en el momento de su fallecimiento y son transmisibles a sus herederos, sino también los frutos, rentas, accesiones o cualquier tipo de incrementos que generen los bienes hereditarios²⁸⁰. Los partícipes no pueden, durante la situación de indivisión, recibir su parte en los mismos y hacerla suya, lo que sólo tendrá lugar en el momento de la partición, cuando cada uno tendrá derecho a exigirlos en proporción al volumen de su cuota²⁸¹. Y ese es también el momento de abonarlos a la masa, puesto que se trata de incrementos del patrimonio hereditario, restando la parte proporcional que le corresponda según su derecho, si durante la indivisión algún comunero hizo suyos los frutos percibidos de todos o parte de los bienes hereditarios, a menos que le hayan sido exigidos con anterioridad²⁸². La obligación de abonar los frutos recibidos se extiende a los producidos, pero no alcanza, según nuestra jurisprudencia, a los debidos de producir (STS de 30 de septiembre de 1994)²⁸³.

²⁷⁸La regla *fructus augent hereditatem* ha sido invocada como argumento en defensa de la tesis de la comunidad hereditaria como comprensiva de todos los elementos del activo y del pasivo hereditario, puesto que a la herencia indivisa pertenecen, conforme a la regla acogida en el artículo 1063 Cc, no solo los bienes integrantes del patrimonio del causante en el momento de su fallecimiento, sino también los frutos, rentas, accesiones e incrementos de los mismos, los cuales ha de entenderse que pertenecen a la comunidad hereditaria y no al heredero que los hubiera poseído, en su caso, durante el tiempo de la indivisión. La STS de 21 de mayo de 1963 declara que cada comunero debe entregar desde luego a la masa los frutos que perciba, sin esperar a la partición.

²⁷⁹La norma, señala MANRESA, tiene antecedente en la ley 6ª del Título XV, Partida 6ª, según la cual “*si alguno de los herederos rescibiese los frutos de la heredad, tenuto es de los aduzir a partición entre los otros herederos. Y si algunas despensas fizo a pro de la herencia o en coger los frutos, deue ser entregado dellos, é lo al que finca deuen partir entre sí, como dicho auemos*”. Cfr. MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VII. Ed. Reus, Sexta Edición, revisada por Francisco Bonet ramón, Madrid, 1943, pág. 694.

²⁸⁰La del acrecimiento de los frutos a la comunidad es también, y de manera explícita, la solución del Código civil francés para la atribución de los mismos, a falta de acuerdo entre los coherederos:

Artículo 815-10:

Los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecerán a la comunidad, en ausencia de reparto provisional o de cualquier otro acuerdo que establezca su disfrute dividido.

Sin embargo, no se admitirá ninguna reclamación relativa a los frutos y rentas después de transcurridos cinco años de la fecha en que hayan sido percibidos o hubieran podido serlo.

Cada comunero tendrá derecho a las ganancias procedentes de los bienes indivisos, y soportará las pérdidas en proporción a su derecho en la comunidad.

²⁸¹Cfr., entre otras, SSTS de 12 de diciembre de 1958, 7 de enero de 1966 y 28 de octubre de 1977.

²⁸²Cfr., entre otras, SSTS de 21 de mayo de 1963 y 30 de octubre de 1976.

²⁸³Según la STS. de 7 de enero de 1966, la restitución a la masa de los frutos percibidos se produce con independencia de la buena o mala fe del perceptor, lo que, a juicio de LACRUZ, resulta dudoso. Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, vol. V, 4ª ed, revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, 2009, Ed. Dykinson, pág. 99.

El fundamento de la obligación de restituir las rentas y frutos percibidos se encuentra en el hecho de que la gestión de alguno o algunos de los bienes, o de la totalidad del patrimonio hereditario no implica atribución de titularidad exclusiva, y por tanto, las ventajas obtenidas tienen la consideración de incrementos de dicho patrimonio, y a éste corresponden. Ésta obligación de aportación de los frutos y rentas ha llevado a LASARTE²⁸⁴ a afirmar incluso que en la comunidad hereditaria está excluida —hay que entender salvo pacto expreso de los coherederos— la facultad de disfrute en sentido técnico, puesto que los coherederos no pueden hacer suyos los frutos y rentas de los bienes que cualquiera de ellos haya poseído.

Al tenor literal del precepto han de hacerse dos matizaciones²⁸⁵. Por una parte, la relación no se establece entre los coherederos, sino entre cada coheredero que haya poseído bienes de la herencia y el caudal relicto, que recibe el importe de los frutos y daños, y suministra los fondos para el pago de las impensas, las cuales es preciso advertir que deben incluirse en la parte del inventario a que se refiere el pasivo y, por otro, aunque alude solamente a los coherederos, la disposición del artículo 1063 Cc es aplicable, según parecer general de la doctrina, a todos los interesados.

Los copartícipes perceptores de los frutos no quedan dispensados de la obligación de aportarlos por el hecho de haber procedido de buena fe. La STS de 30 de octubre de 1976 declaró la obligación de aportar los frutos percibidos por parte de unos coherederos que, actuando de buena fe y hallándose la herencia indivisa, disfrutaron mayor proporción de bienes de la que les correspondía.

Debe recordarse, no obstante, que también en esta materia el régimen señalado tiene carácter supletorio. Los copartícipes pueden acordar —o el testador haber dispuesto— una forma distinta de disfrutar de los bienes durante la indivisión, como autoriza la norma del artículo 398 Cc, incluida la posibilidad de hacer a cada uno dueño de los frutos percibidos desde el momento en que se perciben, a pesar de la norma del artículo 1063 Cc.

El inventario y liquidación de los frutos debe comprender no sólo las rentas y frutos que cada uno haya recibido de los bienes hereditarios, las cuales se deben desde el día en que se abrió la sucesión, tanto los del caudal relicto como los de los bienes colacionables (artículo 1049 Cc, al que ha de acudir también como criterio para el cómputo y valoración de los frutos), sino también los gastos útiles y necesarios, y el importe de los daños causados en ellos por malicia o negligencia.

4.3.3.2. Alcance de la obligación de restituir. Exclusión de los *percipiendi*

Resulta discutida la extensión de la obligación de aportar los frutos y rendimientos, y en particular la cuestión de si ésta debe alcanzar solamente a los percibidos o también a los podidos o debidos de percibir. La jurisprudencia, en general, parece favorable a excluir de la obligación de aportación de los frutos los *percipiendi*. Así, la

²⁸⁴LASARTE, Carlos, *Derecho de Sucesiones*, cit, pág. 332.

²⁸⁵Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ —CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, cit, pág. 1229.

STS de 30 de septiembre de 1994 señaló que *“La obligación de aportar al caudal hereditario los frutos y rentas percibidos no se extiende a los percipiendi...”*. En un caso en que se trataba de reclamar daños y perjuicios por productos, frutos, rentas o intereses que habían producido o debido producir los bienes de la herencia, la Sentencia declaró inaplicable el artículo 1063 Cc, entendiendo que *“como ya declaró esta Sala en Sentencias de 9 junio 1928, 28 mayo 1931 y 12 abril 1944, no es dable confundir el derecho que concede a los herederos el citado precepto legal con las obligaciones inherentes a una administración de un patrimonio indiviso»*.

En parecidos términos se expresó la mencionada sentencia de 30 octubre 1976, que reiteró el criterio contrario a la restitución de los frutos no percibidos, estableciendo que *«al disponer el artículo 1063 del Código Civil que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno hubiere percibido de los bienes hereditarios, y al desprenderse de los hechos probados en la resolución que se impugna y de su misma parte dispositiva que las demandadas o el causante de una de ellas, disfrutaron desde la extinción del usufructo de sus padres, de mayor porción de bienes de los que le correspondían, en virtud del testamento, es evidente, que dicho precepto debe entrar en juego en cuanto a los frutos y rentas percibidos a partir de ese momento hasta la práctica de las operaciones pertinentes, ... sin que en forma alguna deba extenderse la devolución de tales frutos y rentas a los podidos percibir, por no hallarse incluidos en el artículo últimamente mencionado y ser principio general de Derecho, el que dice que: “Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tenit”, tanto más cuanto que, en este caso, las demandadas poseyeron esos bienes de buena fe»*.

4.3.3.3. Impensas útiles y necesarias y resarcimiento de daños

La referencia del artículo 1063 Cc a las impensas útiles y necesarias debe entenderse que incluye no solamente las realizadas directamente sobre los bienes de la herencia sino también otras directamente relacionadas con aquella, como ocurre con los gastos de entierro, o la declaración judicial de herederos *abintestato*²⁸⁶. Los gastos suntuarios no se abonarán, pero el coheredero tiene, conforme a los artículos 454 y 455 Cc, derecho a retirarlos cuando la cosa a la que están incorporados no sufra deterioro, o los demás herederos no prefieran quedarse con ellos abonando su importe. Del mismo modo, para el resarcimiento de los daños o menoscabos causados en los bienes hereditarios por culpa o dolo, o para los que se siguen de la pérdida de los propios bienes, el coheredero tiene a su disposición la acción de reclamación de la herencia, con base en el artículo 1902 Cc

El Derecho catalán admite el uso de los bienes y la apropiación por los coherederos de los frutos y rendimientos de los bienes de la comunidad hereditaria, en los términos

²⁸⁶En relación con los gastos útiles, la norma del artículo 1063 Cc prevalece, en su carácter de norma especial, sobre la del artículo 453.2º Cc, a cuyo tenor: *“Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa”*

establecidos por el mencionado artículo 552-6º (artículo 463-3.1 CCCat); si bien el uso y disfrute exclusivos no excluye, *a priori*, los bienes de las operaciones particionales, conforme al artículo 463-3.2º CCCat: «*El uso y disfrute exclusivo de determinados bienes de la comunidad hereditaria por parte de uno o algunos de los coherederos no deja estos bienes fuera de la partición hereditaria, salvo que hayan sido usucapidos por sus poseedores en concepto de titulares exclusivos*».

4.3.3.4. Prescriptibilidad de la acción de restitución

Se ha planteado por la doctrina la cuestión es la de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción para reclamar la restitución de frutos y rentas. En este sentido, la invocada sentencia de 19 de julio de 2010 declaró la acción imprescriptible entre los coherederos, por analogía con la imprescriptibilidad, de la acción para solicitar la división de la herencia, entendiendo que “... *nos hallamos ante una acción que sigue las peripecias de la indivisión de la comunidad*”.

La SAP de Palencia de 13 de julio de 2006, confirmada en casación por la que estudiamos, ya había rechazado la excepción de prescripción de la acción de reclamación de los frutos “... *porque la acción ejercitada no consiste en la exigencia del cumplimiento “[...] de una obligación que deba realizarse por meses o plazos más breves, sino ante una obligación para exigir la rendición de cuentas por una posesión de bienes ajenos, que produce, para quien los ha poseído, rentas o frutos*”. El derecho de los demandantes, entiende la resolución, no nace de una relación obligatoria, sino de su condición de coherederos de los bienes hereditarios poseídos en exclusiva por uno de ellos, entendiendo que en este caso se trata de una acción imprescriptible “en cuanto derivada de la acción de partición entre coherederos”.

4.3.4. El uso o disfrute de los bienes comunes por uno sólo de los copartícipes. La aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa y la noción del “ahorro de gasto”

Las facultades de uso y disfrute sobre los bienes que integran el caudal hereditario y la percepción de los frutos, provechos o ventajas de todo tipo que se derivan de dichas facultades corresponden al mancomún de los coherederos, y por lo tanto ninguno de ellos puede, a menos que medie disposición del causante o acuerdo de los copartícipes, ejercerlas para sí, con exclusión de los demás.

Ahora bien, que el uso de la cosa común sea solidario no significa que un comunero pueda monopolizarlo, usando de la cosa de modo exclusivo y por su sola voluntad. Un uso exclusivo y excluyente de la cosa común no solamente vulnera los límites del art. 394, sino que “choca con el sentido de justicia” (STS de 2 de octubre de 1996), a no ser que exista autorización de los otros comuneros. Por la misma razón, el uso exclusivo por parte de uno de los copartícipes sin autorización debe cesar desde el momento en que se le notifique el acuerdo en contra de la mayoría de los restantes comuneros,

procediendo la restitución de la cosa²⁸⁷ y la indemnización de daños y perjuicios (STS de 19 de marzo de 1996).

4.3.4.1. Consecuencias del uso o disfrute exclusivo

Siendo esto claro, no lo son tanto las consecuencias del uso o disfrute exclusivos por uno de los copartícipes de los bienes comunes sin que le estén atribuidos y en su propio beneficio o interés. En todos los casos, debe tenerse en cuenta que se usa — o se abusa— de una facultad o derecho no enteramente ajenos, puesto que, en tanto integrante de la comunidad hereditaria, corresponden también a quien usa o disfruta de los bienes con exclusión de los demás, derechos sobre los mismos, aunque para su ejercicio común, lo que excluye, en principio, la figura del precario.

La jurisprudencia ha acudido a la doctrina del enriquecimiento sin causa para resolver las situaciones que se plantean en los supuestos de uso, posesión o percepción de frutos por uno sólo de los copartícipes en la comunidad, excluyendo a los demás.

La construcción jurisprudencial de esta figura tiene establecidos como presupuestos para que pueda apreciarse el enriquecimiento de una persona, el correlativo empobrecimiento de la otra u otras, como pérdida o perjuicio patrimonial, y la inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, supuesto que no se da cuando media una relación jurídica que lo fundamente.

Esta doctrina acoge la STS de 28 de enero de 1956 en un considerando de estilo tan reiterado posteriormente que constituye en opinión de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ²⁸⁸ una verdadera teoría general del enriquecimiento sin causa.

También la jurisprudencia exige, para aplicar las normas de equidad o derecho que informan la prohibición de enriquecerse a costa de otro, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio (lucrum emergens) como por una no disminución del mismo (damnum cessans) existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento, en virtud del traspaso directo de patrimonio del actor al del demandado, y una falta de causa o justificación, lo que es compatible con la buena fe, no enriqueciéndose torticeramente el que adquiere en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso, o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en derecho, no siendo posible sostener cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos que pueden lesionar la equidad, que los beneficiados indirectamente por ellas se enriquezcan injustamente.

²⁸⁷La STS de 13 de diciembre de 1986 decretó el desalojo, a pesar de la próxima licitación de la vivienda y disolución de la comunidad. Sin embargo, la de 4 de marzo de 1996 declaró la improcedencia del lanzamiento y desahucio de un comunero, usuario de bienes comunes que ya estaban divididos, en consideración al carácter temporal de la ocupación, en tanto no se produce la materialidad de la división.

²⁸⁸ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José, *El enriquecimiento sin causa*. Ed. Comares, Granada, 3ª edición, 1993, pág. 132.

Así pues, el Tribunal Supremo exige a partir de esta sentencia que el ejercicio de la acción de enriquecimiento acredite: a) la existencia de un enriquecimiento; b) un correlativo empobrecimiento; c) La conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento; d) la falta de causa o justificación. Junto a estos requisitos, señala el Tribunal Supremo que la acción es compatible con la buena fe y que no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de un contrato legal no invalidado, o de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso, o de una sentencia que lo estime procedente²⁸⁹.

Es preciso, además, que el desplazamiento patrimonial, sin causa, de un patrimonio a otro no se haya realizado con plena voluntad del que lo hace pero sin aceptación, ni siquiera conocimiento, de la persona que se beneficia, porque en tal caso, como señaló la STS de 23 de julio de 2010, queda excluido el enriquecimiento sin causa:

La persona que realiza la atribución patrimonial no puede hacerlo por su propia voluntad, a plena conciencia y sin conocimiento ni consentimiento de la otra. . . . El enriquecimiento sin causa supone una subsidiariedad que implica la falta de causa que justifique la atribución patrimonial, y si esta se ha hecho a plena voluntad y a sabiendas por el autor, no puede luego ampararse en una falta de causa. . . . Tras sugerir la figura de la gestión de negocios ajenos, sigue razonando la Sala: un enriquecimiento producido por la voluntad unilateral de una parte no puede ampararse sino en su propia voluntad, no en una falta de causa que luego le permita dirigirse contra el que se ha beneficiado que nunca prestó su consentimiento y ni siquiera hubo un conocimiento. Admitir lo contrario sería tanto como permitir a los sujetos hacer obras en supuesto beneficio de terceros que ni lo conocen, y luego exigirles los beneficios.

La aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa a los supuestos de uso, posesión o percepción de frutos por uno sólo de los copartícipes en la comunidad hereditaria con exclusión de los demás ha sido estudiada por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI²⁹⁰, para quien el ejercicio de la acción de enriquecimiento implica la producción de una ventaja en el patrimonio enriquecido y se caracteriza porque, ya sea por la propia naturaleza del bien, ya por las circunstancias en que se ha producido el desvío

²⁸⁹Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, la exigencia del Tribunal Supremo va más allá de la de la propia doctrina. Por un lado, no se tiene en cuenta al exigir esos requisitos que en algunos supuestos puede actuar la acción de enriquecimiento con independencia de la existencia de un correlativo empobrecimiento; y también que el vínculo de conexión no es independiente del requisito del enriquecimiento, del que se trata de determinar su origen, por lo que, a su juicio, es más correcto entender que los requisitos son la existencia de un enriquecimiento del que se trata de determinar su origen, a la vez que la ausencia de causa, siendo esencial que el bien ya no se pueda recuperar en sí mismo (p. e porque ha sido enajenado a un tercero que resulta protegido, se ha consumido, es un bien genérico no identificable, la prestación recibida consiste en un *facere*, etc.), y por lo tanto, la acción tiende a recuperar el valor de un bien, o de la ventaja que el bien ha aportado al patrimonio de valor.

Esta característica de la acción como recuperadora de valor es la que, por otra parte, estructura su carácter personal. Así pues, la acción no recupera cosas concretas "*erga omnes*", sino un valor (una medida de valor, la medida del enriquecimiento) y esto caracteriza la acción y la delimita respecto de otras acciones reipersecutorias de lo retenido sin causa. Véase ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José, *El enriquecimiento sin causa*, cit, pág. 135.

²⁹⁰ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José, *El enriquecimiento sin causa*, cit. págs. 136 y sigs.

patrimonial, no puede proponerse una acción real para la recuperación de la cosa misma que permita restablecer el equilibrio patrimonial. Y esta es la situación que se da cuando el bien o ventaja patrimonial se deriva del uso o consumo de una cosa ajena, por lo que el sentido de la acción no es otro que buscar la recuperación de un provecho que se retiene sin causa.

En este sentido, es evidente que quien usa una cosa ajena, obtiene un provecho y la restitución *in natura*, no habiendo título legitimador, consistirá en la entrega de la propia cosa, pero resulta menos claro si esa restitución debe alcanzar también el provecho derivado de su uso. En realidad, el copartícipe en la comunidad que hace uso exclusivo de lo que pertenece a la comunidad, se ahorra un gasto, el gasto que debió haber empleado para utilizarla, y en esa medida debería restituir. Y esto con independencia de que el titular del derecho estuviese o no en condiciones de un aprovechamiento eficaz, o de que el uso se haya hecho con su complacencia o consentimiento, puesto que la acción no está limitada por el correlativo empobrecimiento.

Es la progresiva extensión del concepto de enriquecimiento sin causa, principalmente a través de la noción de “ahorro de gastos” lo que ha permitido sostener su aplicación a los supuestos de uso o disfrute por uno solo de los copartícipes en la comunidad de un bien perteneciente a la misma excluyendo a los demás, puesto que en estos casos se produce una apropiación de una ventaja (un desvío patrimonial) que origina una obligación de restituir, como ocurre, por ejemplo, cuando se disfruta de una finca parte de la comunidad hereditaria sin pagar alquiler de la finca y, además, se perciben sus frutos. Otro tanto ocurre cuando se trata del consumo o destrucción de la cosa, que implican también para el copartícipe que realiza tales actos el ahorro de un gasto, precisamente el que sería necesario para producir, adquirir y consumir válidamente, y esta sería la medida restitutoria.

No obstante esta tendencia, parece, en opinión de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ²⁹¹ que el uso de una cosa ajena sin un título válido de retención estable califica un comodato (art. 1740 Cc), que es esencialmente gratuito; la posesión tolerada o precario, por otra parte, tampoco da lugar al pago de merced (art. 444 Cc), y si tenemos en cuenta el amplio concepto posesorio del art. 438 —en el que queda incluida como posesión una detentación, aunque no origine la defensa interdictal ni el proceso adquisitivo de la propiedad— parece dudoso que pueda referirse al mismo una obligación de pagar merced.

En efecto, la obligación de pagar por el uso o detentación de una cosa ajena no fungible viene estructurada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la obligación de restituir los frutos y rentas que produce la cosa, y, además, se establece como excepcional, pues la regla general es el derecho a conservarlos, (art. 451 Cc respecto del poseedor de buena fe, y en estos casos no se indemniza por el valor, es decir, no se restituye el provecho de uso, sino el provecho producido por la cosa misma derivado de su tenencia.

²⁹¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José, *El enriquecimiento sin causa*, cit, pág. 146.

Pero con independencia de la corrección teórica de este planteamiento, lo cierto es que nuestra jurisprudencia incluye entre los supuestos de enriquecimiento injusto aquellos en que usa de un derecho ajeno sin título válido, singularmente en sede de arrendamientos (SSTS de 1 de febrero de 1928, 25 de septiembre de 1958, 13 de mayo de 1965. El enriquecimiento injusto durante el tiempo que se estuvo poseyendo (sentencia de 6 de junio de 1951) fija el módulo restitutorio en la renta que por la posesión de la finca se estuvo pagando durante el último contrato de arrendamiento vigente. La misma doctrina sienta la STS de 21 de febrero de 1986, relativa a la ocupación de un chalet durante cerca de 15 años sin efectiva contraprestación. La STS de 7 de diciembre de 1990 afirma que deben restituirse por enriquecimiento injusto el tiempo que duró la ocupación indebida de una finca con posterioridad a la resolución del contrato de venta.

Para DIEZ-PICAZO²⁹² lo esencial es construir en el derecho español una *condictio* por intromisión con base en las normas sobre intromisión en el disfrute de bienes ajenos. En el ámbito de aplicación de la llamada *condictio* por intromisión piensa este autor que pueden reconocerse dos supuestos en nuestro Derecho: el de la utilización de bienes ajenos y el de ejercicio eficaz del *ius disponendi* sobre un bien ajeno.

En el primer supuesto incluye todos aquellos casos en los que una persona extrae de un bien ajeno alguna de las posibilidades de utilización o de goce que el bien puede proporcionar sin que exista justificación, esto es, sin causa o título, sin que medie una situación jurídica de carácter legal o negocial que faculte para ello.

Como hemos señalado, el CCCat contiene en el artículo 463.3.2º una norma específica relativa a los efectos del uso y disfrute exclusivo de bienes de la comunidad hereditaria por parte de alguno o algunos de los coherederos, estableciendo que esa situación “no deja estos bienes fuera de la partición hereditaria, salvo que hayan sido usucapidos por sus poseedores en concepto de titulares exclusivos”.

4.3.4.2. Restitución de frutos derivados de la posesión exclusiva de bienes comunes

La cuestión del uso o disfrute privativo de los bienes comunes por uno de los coherederos tiene relevancia especial en atención a la necesidad de restitución de los frutos productos o ventajas obtenidas exclusivamente por alguno o algunos de los copartícipes durante la indivisión, con exclusión de los demás, lo que puede ir también unido a la posesión exclusiva de los bienes que los producen.

La jurisprudencia ha tendido a tratar la cuestión como un supuesto de ejercicio de la acción de restitución entre los coherederos que, de forma indirecta, remite a la

²⁹²DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, *Discurso leído el día 14 de diciembre de 1987 en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Y contestación de Manuel de la Cámara Álvarez)*, Ed. Real academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987, pág. 117. Cita DIEZ-PICAZO la posición en el Derecho alemán de KELLMANN, en “*Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter*”. *Neue Jurist. Wochenschrift*, 1971, pág. 862.

aplicación de las normas relativas a la liquidación posesoria. La STS de 19 de julio de 2010 plantea un supuesto en que, una vez hecha la partición, se reclama de dos de los coherederos, que poseyeron y explotaron durante la indivisión una serie de fincas sin haber rendido cuentas de frutos y gastos de las mismas ni al administrador del *abintestato* ni a los herederos, el pago de unas cantidades como rendimiento bruto de los cultivos de las fincas explotadas.

Siguiendo a la STS de 10 de junio de 2010, la sentencia enfoca el caso como un supuesto de acción de restitución entre coherederos, afirmando (FJ 2º) que *“un coheredero... no puede retener en perjuicio de los demás los frutos que debe compartir según el art. 1063, porque si lo hace, esta incurriendo en un supuesto de enriquecimiento sin causa, ya que el artículo 1063 obliga al abono recíproco de las rentas y frutos obtenidos durante la indivisión...”*

La STS de 19 de julio de 2010 se ocupa también de la situación posesoria del demandado al que se reclaman los frutos declarando que *“estaba directamente relacionada con sus derechos a poseer la cosa perteneciente a una comunidad hereditaria. Dicha situación tiene como marco básico el Art. 1063 Cc, que es el aplicable en este caso y que remite indirectamente a las normas sobre liquidación de la posesión, que deben aplicarse al ser las únicas que resuelven todos los supuestos del artículo 1063 Cc. No se trata solo de una rendición de cuentas, sino de una liquidación en el sentido del art. 1063, que obliga a los coherederos a abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno de ellos haya percibido, los gastos útiles y necesarios y los daños ocasionados por malicia o negligencia...”*

En relación con la consideración que ha de merecer a los efectos de la restitución de los frutos la percepción de ayudas públicas por parte del poseedor exclusivo de la finca, la sentencia hubo de pronunciarse sobre si procedía la inclusión o no, en el cálculo de las indemnizaciones, de las ayudas públicas de la Política Agrícola Común (PAC)²⁹³ recibidas por el coheredero poseedor de la finca. Acogiendo el criterio de la Audiencia Provincial, entendió que debían incluirse *“... porque constituyen un beneficio de las fincas rústicas, en particular “... deben considerarse como un producto, equipararse a los frutos industriales y por ello ser devueltas por el poseedor de mala fé”*. Lo que, creemos, puede aplicarse a otras ayudas públicas, tanto estatales como autonómicas asociadas a la actividad productiva de las fincas.

A diferencia del español, el Código civil francés, al regular el derecho de cada comunero para usar y disfrutar de los bienes comunes prevé expresamente la posibilidad de un uso privativo por alguno de ellos de la cosa común, resolviendo la situación en la obligación de indemnizar, salvo pacto en contrario:

Artículo 815-9.2º:

El comunero que use o disfrute privativamente de la cosa común estará obligado a satisfacer una indemnización, salvo pacto en contrario.

²⁹³Las PAC son las ayudas de la Unión europea correspondientes a la Política Agrícola Común. Tradicionalmente ligadas a la producción agrícola, actualmente representan ayudas directas a la renta destinadas a mantener la estabilidad de los ingresos de los agricultores, sin vincularse directamente a la producción, de modo que ésta pueda orientarse a la demanda del mercado.

4.3.4.3. Cuestión del uso de la vivienda común y viabilidad del desahucio por precario

Sin embargo, la posición del comunero que usa de la cosa común en exclusiva y sin autorización no puede asimilarse inmediatamente a la de un precarista, porque, como hemos señalado, la cosa, para él, no es ajena (STS de 30 de marzo de 1968), o no lo es enteramente. La cuestión se ha planteado a menudo con referencia al uso de vivienda perteneciente a la masa común. En efecto, cuando alguno o alguno de los coherederos se encuentra disfrutando en exclusiva de una vivienda integrante del caudal hereditario, sin existir acuerdo al respecto, cabe plantearse si tienen los demás la posibilidad de ejercitar en su contra una demanda de desahucio por precario. Lo que se discute es si, hallándose la herencia indivisa, y siendo así que ninguno de los copartícipes puede invocar la titularidad o la posesión exclusiva de ninguno bienes concretos, puede el copartícipe que usa de la cosa para sí ser precarista. En otras palabras, si su posesión puede ser considerada una posesión sin título o si puede entenderse que dispone de un título legitimador, aunque éste no le permita excluir el de los demás.

El Tribunal Supremo se ha enfrentado a este problema en distintas ocasiones, dando lugar a una interesante evolución en su doctrina. Entre las recientes, las SSTS de 26 de febrero y 8 de mayo de 2008 admitieron la situación de precario del heredero que hace uso exclusivo de un bien, pero orientando la solución hacia el posible abuso en el ejercicio de su derecho a coposeer:

... si algún heredero hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista, siendo viable la acción ejercitada, más esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad, no encontrándose ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos.

Por su parte, la STS de 16 de septiembre de 2010²⁹⁴ reconoce respecto de la viabilidad del precario entre coherederos, dos líneas en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales:

- (a) Una, que excluye la viabilidad de la acción de desahucio por precario, con fundamento en su derecho a poseer los bienes, aunque no sea en exclusiva, afirma que *“si bien la viabilidad del precario entre coherederos es discutida, se sostiene que debe ser, al no encontrarse ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio de tal derecho, exceso que, determinado por la utilización en exclusiva de un bien concreto, necesariamente comporta el implícito derecho*

²⁹⁴En un supuesto de demanda de desahucio por precario de cuatro coherederas contra el otro coheredero en relación con una vivienda perteneciente a la comunidad hereditaria que paso a ocupar el demandado con su familia. Se reclamaba la infracción del artículo 1068 Cc.

a poseer la cosa en cuestión por parte de los coherederos, aunque no tenga derecho a poseer en exclusiva, no por ello se le debe negar su derecho a poseer, lo que supone que ostenta título legitimador de su posesión incompatible con el éxito de una acción de desahucio por precario” (SSAP Tenerife de fechas 19 y 26 de febrero y 13 de junio de 2001).

- (b) Frente esta posición, se encuentra otro criterio, que fundamenta la exclusión del precario en la indeterminación provisional de las titularidades sobre los bienes, y según el cual, *“mientras aparece la herencia en proindivisión, los coherederos no pueden ostentar la condición de precaristas frente a los demás coherederos o legatarios, pues en tanto no se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales, en su caso, y la partición de la herencia, el coheredero es —frente a los demás— coposeedor de los bienes que integran dicha herencia, sin que ninguno de los copartícipes en la comunidad hereditaria tenga la posesión real de finca alguna integrante de la misma mientras subsista esta situación de indivisión (SSAP Las Palmas (Sección 4ª), de 20 de noviembre de 2001 y 25 de noviembre de 1999; Las Palmas (Sección 3ª) de 27 de noviembre de 1988; Sevilla (Sección 6ª), de 27 de noviembre de 2008; y Asturias (Sección 6ª), de 21 de diciembre de 2009”.*

La cuestión central para esta segunda línea jurisprudencial reside en el estado copositorio que los copartícipes tienen durante la indivisión, y en el momento en el que éstos devienen titulares y propietarios exclusivos de los mismos, que no es sino el de la partición. Así, la sentencia de 16 de septiembre de 2010 que comentamos, señala, acogiendo esta posición, que *«... el artículo 1068 Cc establece que “la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”; la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (artículo 392 del Código Civil), (SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008)».*

En consecuencia, no habiendo tenido lugar la partición, la indeterminación de sus derechos y la falta de propiedad sobre los bienes de la herencia se rechaza la demanda de desahucio por precario, *“... sobre la base de la reiterada jurisprudencia de la Sala de que hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario” (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007), no habiéndose acreditado en el caso que se haya verificado la partición de bienes hereditarios, tampoco la división de bienes, ni su adjudicación” (FJ 2º).*

Recuerda asimismo la sentencia (FJ·3º), en referencia a la necesidad de la partición para la atribución de la titularidad exclusiva sobre bienes determinados, que *“En el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria, los herederos poseen el*

patrimonio hereditario del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún coheredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria (SSTS de 25 de junio de 1995). La partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (STS de 4 de mayo de 2005)”.

En consecuencia, para esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, hay en la posesión exclusiva de la vivienda por uno de los copartícipes abuso del ejercicio de su derecho a coposeer la cosa, pero, no siendo ninguno de los copartícipes poseedor exclusivo de ningún bien, ni titular de los mismos hasta tanto tenga lugar la división del caudal por medio de la partición, su condición no es la de precarista.

La sentencia deja intacto el problema del beneficio que la posesión exclusiva y sin pago de renta ha reportado a quien la disfruto indebidamente y de la forma de liquidación del estado posesorio y restitución a los demás copartícipes de aquella ventaja o provecho. La cuestión de si debe restituirse el provecho derivado del uso —en tanto que “ahorro de gasto”— tiene interés para nuestro estudio, y ha quedado ya expuesta.

La última aportación jurisprudencial al problema, por el momento, la constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013. La resolución se refiere a un supuesto en que el demandado estaba usando la finca objeto del desahucio de manera excluyente, frente al resto de los coherederos, la finca formaba parte de una herencia no dividida, y la demanda pretendía recuperar la finca objeto de desahucio para la comunidad hereditaria.

La Sentencia, con cita de distintos argumentos de la de 16 de septiembre de 2010 en relación con la viabilidad del desahucio por precario instado por los coherederos mayoritarios frente al minoritario, cuando la herencia permanece indivisa²⁹⁵, llega a la misma solución, habida cuenta de que en el caso planteado no se había verificado la partición de los bienes hereditarios, ni tampoco la división de bienes, ni su adjudicación y basándose en la doctrina reiterada del Tribunal Supremo de que “*Hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho no adquieren*

²⁹⁵En concreto declara la sentencia de 16 de septiembre de 2010 en su fundamento de derecho segundo, tras analizar las diferentes posturas de las Audiencias Provinciales: «*El artículo 1068 del Código Civil establece que “la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”; la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en prodivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (artículo 392 del Código Civil), (SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008). Las SSTS de 8 de mayo de 2008 (R.C. 11/2001) y 26 de febrero de 2008, han declarado que “si algún heredero, hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción ejercitada, más esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos”».*

los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario” (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007).

Hasta que llegue ese momento, esto es, *durante el periodo de indivisión*, los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria. La partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (STS de 4 de mayo de 2005). Finalmente, la sentencia sienta la doctrina de que, si el ocupante tuviese del propietario primitivo un contrato de arrendamiento, los demás deberán admitirlo en su duración y renta, salvo situaciones de abuso del derecho muy claras.

4.4. Actos de administración propiamente dichos

4.4.1. Idea general de la administración de la herencia durante el periodo de indivisión

Para GITRAMA²⁹⁶, La administración de herencia, entendida ésta en sentido objetivo, consiste en la adopción de todas las medidas y en la realización de todos los actos jurídicos tendentes a conservar y evitar que permanezcan improductivos los bienes relictos, prosiguiendo su gestión como el difunto la realizase y utilizando sus productos bien y fielmente, sin comprometer el valor, la individualización y la permanencia de cada uno de tales bienes en el seno de la herencia hasta que definitivamente se integren y confundan con el patrimonio personal del heredero o herederos.

Desde el momento de la muerte del causante hasta que los bienes que la integran de modo definitivo con los del patrimonio personal del heredero único o, a través de las adjudicaciones subsiguientes a una partición, con los de quienes han sido coherederos, transcurre un tiempo, el de la indivisión hereditaria, en el que es preciso adoptar medidas para la administración y gestión de este patrimonio, y ello, no solo en aras del mantenimiento de la integridad del mismo, sino también de cara al cumplimiento de la finalidad liquidatoria que el Código civil asigna a este periodo, y en atención a la protección de los intereses y los derechos de un pluralidad de sujetos interesados en la herencia, entre los que se cuentan los acreedores, los propios copartícipes en la comunidad hereditaria, los sustitutos testamentarios, los cesionarios, los legatarios, los herederos del heredero fallecido, etc.

La administración de la herencia es por lo tanto, la de un patrimonio total o parcialmente ajeno y en ella ha de procurarse la conservación de la masa y la salvaguarda de los distintos intereses en juego. Las obligaciones del administrador, tanto si se trata de administrador designado por el testador, o por los herederos, como si la adminis-

²⁹⁶GITRAMA GONZÁLEZ, M. *La administración de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950.

tración se asume por éstos últimos incluyen, como ha señalado GITRAMA²⁹⁷, las de realizar inventario, prestar fianza, actuar personalmente y con diligencia y fidelidad, conservar, defender —y representar la herencia, obtener sus rendimientos normales, pagar a acreedores y legatarios, satisfacer impuestos sucesorios, cobrar créditos y realizar cualquier preciso acto de administración hasta que, al término de su gestión, rinda cuentas finales.

4.4.2. Administración testamentaria y administración convencional de los bienes

Para llevar a cabo actos de administración o gestión sobre los bienes hereditarios que componen la comunidad, los coherederos deberán observar, en primer lugar, las disposiciones establecidas por el causante, el cual puede haber encomendado dichos actos a un albacea, o a otra persona a la que, sin otorgar carácter de ejecutor testamentario, haya designado como simple administrador de los bienes. Incluso sin designación de persona alguna, puede el testador haber previsto normas o reglas²⁹⁸ e incluso un régimen, más o menos completo, para la administración de los bienes, el cual deberá ser observado por los copartícipes²⁹⁹.

²⁹⁷GITRAMA GONZÁLEZ, M. *La administración de la herencia en el Derecho español*. cit. Madrid 1950.

²⁹⁸El título sucesorio puede contener disposiciones de diversa índole a éste respecto. Así, por ejemplo, en relación con la representación de la comunidad hereditaria para el ejercicio de los derechos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada nueva empresa, el causante titular de las participaciones puede haber designado un representante sucesorio para facilitar el ejercicio de los derechos del socio constante la comunidad hereditaria. En este sentido, el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (BOE 16-3-07), dictada en desarrollo de la Disposición Final Segunda, apartado 3 de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa, añade un nuevo apartado 5 al artículo 188 del RRM, con la siguiente redacción: “5. Cuando así se establezca en los estatutos sociales, de acuerdo con la legislación civil aplicable, corresponderá al socio titular o, en su caso, a sus causahabientes, el ejercicio de los derechos sociales. De la misma forma, los estatutos podrán establecer, de conformidad con la legislación civil aplicable, la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria si así fue establecido en el título sucesorio”.

²⁹⁹Para el momento anterior a deferirse la herencia, el Código de Sucesiones de Cataluña contiene una norma de administración que confiere a la persona o personas designadas por el testador, o, en su defecto, al cónyuge supérstite amplias facultades.

Artículo 424-4 CSC Administración de la herencia.

1. Mientras no se defiere la herencia, esta queda bajo la administración de la persona o personas que el testador ha designado a tal efecto, con las facultades y limitaciones que este ha establecido o, si no ha establecido ninguna, con las propias de un albacea universal de entrega de remanente. La persona o personas designadas tienen derecho a percibir lo que les corresponda por sus trabajos y al reembolso de los gastos causados por el ejercicio del cargo.

2. Si el testador no ha designado a ninguna persona o la designación es ineficaz, la herencia debe ser administrada por el cónyuge o conviviente superviviente. El cónyuge o conviviente tiene, en este caso, la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios para hacer actos de inversión, satisfacer necesidades de la

Sólo en defecto de la previsión del propio testador pueden los copartícipes, procediendo de común acuerdo, designar un administrador³⁰⁰, teniendo entonces lugar la aplicación de a la comunidad hereditaria de las normas previstas por el Código civil para la administración de la copropiedad ordinaria, entendiéndose constituida entonces la administración convencional.

4.4.3. Régimen supletorio del Cc. Aplicación del principio de mayoría de cuotas (artículo 398 Cc). La idea de cuota como base del sistema de mayorías

Como hemos señalado, la administración y disfrute de los bienes de la comunidad hereditaria se rige, a menos que haya sido ordenada de otro modo por el causante, o convenida por los coherederos, por las normas que para la copropiedad establecen los artículos 394, 395, 397 y 398 Cc. Estas normas contienen el núcleo de la regulación de los actos de conservación, disfrute, administración y disposición de los bienes comunes, así como el régimen de adopción de acuerdos.

Si no hay lugar a la administración testamentaria, convencional o judicial, regirán las normas que el Código Civil dedica a la administración de la comunidad de bienes ordinaria. Este régimen se establece sobre la base del principio general de mayoría de cuotas previsto en el artículo 398 Cc:

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.

herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes, y pagar deudas, cargas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador. Los bienes adquiridos por la realización de actos de inversión y los frutos y rentas no consumidos en dichas atenciones se incorporan a la herencia.

Una vez constituida la comunidad hereditaria, el CSC la atribuye a los coherederos solo a falta de administrador designado por el testador o judicialmente, a instancia de cualquier interesado:

Artículo 463-4. Administración de la herencia.

1. Si no existe ninguna persona especialmente legitimada para administrar la herencia, el juez puede, a instancia de cualquier interesado, adoptar las medidas que crea oportunas para conservar el caudal hereditario, incluso nombrar a un administrador.

2. En defecto de una persona especialmente legitimada por el causante o nombrada por la autoridad judicial para administrar la herencia, la administración del caudal hereditario corresponde a los herederos, que la ejercen de acuerdo con lo establecido por los artículos 552-7 y 552-8.

³⁰⁰Para la administración convencional de la comunidad puede verse GITRAMA GONZÁLEZ, M. *La administración de la herencia en el Derecho español*, cit, págs. 108 y ss.

Cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos, y otra fuere común, sólo a ésta será aplicable la disposición anterior.

La aplicabilidad de las reglas del artículo 398 Cc a la situación de comunidad hereditaria fue declarada por una temprana sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1914, señalando que “*tratándose de una cosa común, los acuerdos adoptados por la mayoría de los herederos respecto de la administración son obligatorios*”.

Por lo tanto, para que los coherederos puedan llevar a cabo actos de administración sobre el patrimonio relicto se precisará el acuerdo de la mayoría de los partícipes, y la decisión adoptada por la mayoría de intereses será obligatoria para los restantes partícipes aunque éstos superen en número a los que hayan decidido sobre la administración (SSTS de 11 de diciembre de 1914 y 19 de abril de 1969). Conforme a este criterio, los actos de administración podrán ser llevados a cabo incluso por un sólo coheredero siempre que reúna en sus manos más de la mitad del caudal hereditario, pues no se trata de una mayoría personal de cabezas, sino de una mayoría de intereses económica o de capital

Lo decidido por la mayoría de intereses será obligatorio para los restantes partícipes aunque éstos superen en número a los que hayan decidido sobre la administración. Ahora bien, si no se lograra la mayoría, o si el acuerdo mayoritario resultase gravemente perjudicial para los intereses de la comunidad, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador (párrafo tercero arto 398 Cc).

El precepto restringe su ámbito a los actos de administración y disfrute, pues los que impliquen disposición quedarán sometidos, no al régimen de mayorías, sino al de unanimidad del artículo 397 Cc, por lo que resulta relevante, también a estos efectos, la distinción entre unos y otros actos, que sólo puede llevarse a cabo con referencia a una amplia causística. Así, el Tribunal Supremo ha considerado incluidos entre los actos de administración los de ejercicio del derecho al cobro del precio de la cosa común enajenada (STS de 9 de febrero de 1954), y, típicamente, el arrendamiento de cosa común (SSTS de 12 de marzo de 1952, 4 de noviembre de 1966 y 25 de septiembre de 1995), y ha excluido del ámbito de los actos de simple administración ordinaria, por su relevancia patrimonial, la prórroga concedida al arrendatario rústico hasta la muerte de su mujer (STS de 14 de diciembre de 1973), la cesión exclusiva, indefinida y transmisible del uso a uno o varios comuneros, pero no a todos (STS de 30 de septiembre de 1996) o la autorización del traspaso y del contrato consiguiente, que se consideran actos de dominio, por cuanto suponen renuncia al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto (STS de 6 de octubre de 1970)

En la formación del acuerdo podrán intervenir todos los copartícipes en la comunidad, si bien el Tribunal Supremo ha declarado que debe excluirse al usufructuario de cuota del acuerdo sobre administración de los bienes (STS de 14 de diciembre de 1973)³⁰¹, y que no puede computarse, para el cálculo de la mayoría necesaria para su

³⁰¹Vid. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1014.

adopción a aquel que tiene en el mismo un interés claramente contrapuesto al de la comunidad³⁰².

El sistema de mayorías del Código Civil se organiza en torno a la idea central de la cuota, como expresiva del derecho que corresponde a cada coheredero, no a una porción de cada una de las cosas determinadas que forman parte del patrimonio hereditario³⁰³, sino a una parte ideal de dicho patrimonio, entendido como una unidad orgánica a través del concepto de *universitas iuris*. Es decir, la cuota es a los efectos de la comunidad hereditaria, el valor relativo que se asigna a la “parte” de cada uno en el derecho común. La cuota es medida del derecho, o de la participación de cada coheredero en la globalidad de la herencia, y en los derechos y obligaciones que constituyen el contenido de la relación de comunidad hereditaria.

En consecuencia, la fijación del valor de las cuotas estará en función del derecho de cada uno de los partícipes en la comunidad hereditaria, y sólo supletoriamente rige la regla que ofrece el artículo 398.2º Cc en la forma de una presunción *iuris tantum* de igualdad, según la cual se reputan iguales las cuotas, mientras no se demuestre lo contrario. La norma tendrá sobre todo efectos frente a terceros, que no han de conocer necesariamente la participación de cada uno en la comunidad hereditaria.

Así entendida la cuota, como medida del derecho, destaca FERRANDIS VILELLA³⁰⁴, su utilidad para armonizar la pluralidad de titulares con la unidad ideal del objeto de la comunidad, pudiendo distinguirse dentro de esta función significaciones distintas, según se atiende a su valor actual, que representa la medida de la participación de cada coheredero en los derechos y en las obligaciones de la herencia mientras dura la indivisión, o a su valor potencial, en cuanto establece el módulo que ha de tomarse en cuenta al hacer la partición para adjudicar separadamente a cada heredero una parte determinada de la herencia.

La cuota es, asimismo, como señala CAPILLA RONCERO³⁰⁵, medida del valor del voto de los copartícipes cuando se determina la necesidad de alcanzar acuerdos mayoritarios sobre la administración de la cosa común, conforme al art. 398 Cc, dado que, como se ha señalado, se computa la mayoría en función de las respectivas participaciones, y no por cabezas.

³⁰²En el caso de la STS de 12 de noviembre de 1971, el comunero que es a la vez arrendatario de la cosa común, tratándose de un acuerdo sobre la prórroga del arrendamiento. El comunero-arrendatario fue considerado por el Tribunal Supremo como tercero y extraño a la comunidad. Vid. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1015.

³⁰³Como ocurre en las situaciones de cotitularidad ordinaria que recaen sobre uno o varios bienes determinados. En la comunidad hereditaria, al recaer el derecho de los copartícipes sobre un conjunto de bienes y derechos que constituye un patrimonio separado, o que merece un tratamiento de conjunto por parte del ordenamiento, la posición que corresponde a cada copartícipe respecto de los bienes singulares que integran la masa hereditaria es distinta de la que ocupa el copropietario de una cosa determinada, puesto que aquellos carecen de cuotas sobre bienes concretos. Cada uno de los copartícipes tiene solo una cuota sobre el conjunto, que, en el momento de la división, y una vez realizadas las adjudicaciones, se integrará con bienes que pertenecieron a la masa común.

³⁰⁴FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit, pág. 152.

³⁰⁵CAPILLA RONCERO, F, *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Coordinado por CLEMENTE MEORO. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 261.

Finalmente, la cuota es también la medida de la parte que corresponde a cada comunero cuando se divide la cosa común.

En cuanto a la forma de manifestarse esa mayoría, señaló la STS de 12 de diciembre de 1983 que ésta no ha de alcanzarse necesariamente en una reunión de los copartícipes, sino que basta con que se revele de forma inequívoca. Los acuerdos adoptados por mayoría en aplicación del artículo 398 Cc son obligatorios para todos, pero como resulta de su párrafo 3º, pueden ser impugnados por los coherederos en minoría cuando perjudican el interés común, como ocurre, por ejemplo, cuando una finca de la comunidad se arrienda por una renta muy inferior a la que podría obtenerse³⁰⁶. En virtud de la norma del artículo 398.1º, los copartícipes en la comunidad pueden, por mayoría, acordar incluso la designación de un administrador único³⁰⁷.

4.4.4. El régimen de administración y disposición de bienes de la herencia indivisa en el Derecho francés

En el Derecho francés, que contiene un régimen propio para la comunidad hereditaria, se dedican varios preceptos a la organización de la administración de los bienes sobre bases de las que pueden extraerse indicaciones útiles para el sistema español y que admiten el juego del apoderamiento general o especial, según la naturaleza de los actos, el mandato (incluso tácito) o la autorización judicial.

El *Code* parte de una regulación conjunta para los actos de administración y disposición de la herencia cuya regla general (artículo 815-3-1º³⁰⁸) es la necesidad del consentimiento unánime de todos los partícipes para la realización de tales actos, pero admitiendo de forma expresa la posibilidad de otorgamiento de poder general de administración a alguno o alguno de ellos, sin perjuicio de los poderes especiales que se requieren para los actos que excedan de la explotación normal de las cosas comunes o para la concertación y prórroga de los arrendamientos.

³⁰⁶ Así lo entendió la STS de 4 de febrero de 1994, que, a instancia de los comuneros minoritarios, declaró nulo el contrato de arrendamiento por ser su renta la cuarta parte de la que podría obtenerse, y por haberse concedido ciertas facultades al arrendatario que parecían excesivas.

³⁰⁷ Vid. STS de 12 de diciembre de 1983 para la comunidad ordinaria. El administrador o administradores gestionan bienes ajenos (o, al menos, parcialmente ajenos, cuando la asume alguno o algunos de los partícipes), por lo que estarán sujetos a la rendición de cuentas (SSTS de 22 de mayo de 1959, 21 de septiembre de 1965, 6 de mayo de 1978), entre otras), respondiendo de ellas, en caso de actuación conjunta, solidariamente (STS de 20 de abril de 1977).

³⁰⁸ Artículo 815-3-1º del Código Civil francés

Los actos de administración y de disposición de las cosas comunes requieren del consentimiento de todos los partícipes. Estos podrán dar a uno o a varios de ellos un poder general de administración. Se requerirá poder especial para todo acto que no consista en la explotación normal de las cosas comunes, lo mismo que para concertar y prorrogar los arrendamientos.

Seguimos la traducción de NÚÑEZ IGLESIAS. Vid. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro y ANDRÉS SANTOS, Francisco J., Código Civil Francés/Code Civil, cit. pág. 414 y ss.

La actuación de uno cualquiera de los comuneros asumiendo la gestión de las cosas comunes con conocimiento y sin oposición de los demás se presume amparada por un mandato tácito, que cubre los actos de administración, pero no los dispositivos, ni la concertación o prórroga de los arrendamientos (art. 815-3-2º)³⁰⁹.

Es más, con base en el instituto de la gestión de negocios, se consagra una presunción legal de eficacia de los actos realizados por un comunero en representación de otro. Así, conforme al artículo 815-4.2º, “*a falta de poder legal, de mandato o de autorización judicial, los actos realizados por un comunero en representación de otro serán eficaces con respecto a éste, conforme a las reglas de la gestión de negocios*”³¹⁰.

El criterio de la protección del interés común de los copartícipes en la comunidad hereditaria se erige en criterio fundamental en la regulación del régimen de administración y disposición de los bienes, amparando la intervención judicial en varios supuestos:

- Es posible la autorización judicial a uno de los copartícipes para que realice por sí solo un acto para el que necesitaría del consentimiento de otro, si la negativa de éste pone en peligro el interés común (art. 815-5), siendo el acto oponible al que no hubiera consentido³¹¹.
- Es asimismo posible la adopción por la autoridad judicial de medidas urgentes si el interés común lo requiere, incluyendo la autorización a un comunero a recibir de los deudores de la comunidad, o de los depositarios de fondos comunes, una provisión destinada a hacer frente a las necesidades urgentes (art. 815-6.1º y 2º)³¹².

³⁰⁹Artículo 815-3-2º del Código Civil francés:

Si un comunero asume la gestión de las cosas comunes con conocimiento de los demás, y sin oposición de su parte, se supone que ha recibido un mandato tácito, que cubre los actos de administración, pero no los de disposición, ni la concertación o prórroga de los arrendamientos.

³¹⁰Señala asimismo el pº 2 que “*si uno de los comuneros se encuentra impedido de manifestar su voluntad, el Juez podrá autorizar a otro para que lo represente con carácter general, o para ciertos actos particulares, estableciendo las condiciones y la extensión de ésta representación*”.

³¹¹Artículo 815-5. del Código Civil francés:

Podrá autorizarse judicialmente a un comunero para que realice por sí solo un acto para el que necesitaría del consentimiento de otro comunero, si la negativa de éste pone en peligro el interés común.

El Juez no podrá ordenar, si lo pidiera un nudo propietario, la venta de la plena propiedad de un bien gravado con usufructo contra la voluntad del usufructuario.

El acto realizado en las condiciones fijadas por la autorización judicial es oponible al comunero que no haya consentido.

³¹²Artículo 815-6.1º y 2º del Código Civil francés

El Presidente del Tribunal de Gran Instancia podrá ordenar o autorizar todas las medidas urgentes que requiera el interés común.

- La autoridad judicial puede asimismo proceder al nombramiento de un administrador, y definir las facultades y obligaciones que corresponden al mismo (art. 815-6.3º)³¹³.

La facultad de intervención de la autoridad judicial se extiende también, en el Derecho francés a otros supuestos en los que, aún no mencionándose expresamente el criterio de la protección del interés común, éste subyace bajo distintas formas:

- Ocurre así con la posibilidad de prohibir judicialmente el desplazamiento de los bienes muebles recogida en el artículo 815-7³¹⁴.
- También con la posibilidad de establecer, a falta de acuerdo amistoso entre los copartícipes la remuneración que corresponda al que gestionó un bien o bienes indivisos, conforme al artículo 815-12³¹⁵.
- Y con la de fijar, a falta de acuerdo, el reparto provisional de las ganancias entre los copartícipes, e incluso acordar un anticipo en metálico a cuenta de los derechos del comunero en la futura participación (artículo 815-11.2º y 3º)³¹⁶.

En especial, podrá autorizar a un comunero a percibir de los deudores de la comunidad, o de los depositarios de fondos comunes, una provisión destinada a hacer frente a las necesidades urgentes, ordenando si fuere preciso, las condiciones de su empleo. Esta autorización no supone, para el cónyuge sobreviviente, ni para el heredero, la asunción de la condición de tal.

³¹³El artículo 815-6.3º del Código Civil francés establece:

Igualmente podrá designar a un comunero como administrador, obligándole, si fuera preciso, a dar fiador, o bien podrá nombrar un depositario. Si las facultades y obligaciones del administrador no estuvieran definidas de otro modo por el Juez, se aplicarán a ellas, en lo posible, los artículos 1873-5 a 1873-9 del presente Código.

Los artículos a los que remite el inciso final del precepto están incluidos en el Cap. I del Tit. IX bis del libro III. El Cap. I se rubrica “De los pactos relativos al ejercicio de derechos comunes en ausencia de usufructuario”. Los preceptos remitidos tratan del nombramiento por los comuneros de un administrador de los bienes comunes y de sus facultades en situación de indivisión pactada.

³¹⁴Artículo 815-7. del Código Civil francés:

El Presidente del Tribunal podrá también prohibir el desplazamiento de los bienes muebles, debiendo especificar aquellos cuyo uso personal atribuya a uno u otro de los causahabientes, con obligación de dar fiador si lo considera necesario.

³¹⁵Artículo 815-12. del Código Civil francés:

El comunero que gestione uno o varios bienes indivisos será deudor de los beneficios de su gestión. Tendrá derecho a que se remunere su actividad en las condiciones fijadas de forma amistosa o, en su defecto, por decisión judicial.

³¹⁶Artículo 815-11.2º y 3º. del Código Civil francés:

En caso de litigio, el Presidente del Tribunal de Gran Instancia podrá ordenar un reparto provisional de las ganancias, sin perjuicio de la cuenta que resulte en la liquidación definitiva. Habiendo fondos disponibles, podrá acordar igualmente un anticipo en metálico a cuenta de los derechos del comunero en la futura participación.

En cuanto a la percepción de rentas o la realización de gastos por cualquiera de los comuneros, rige la regla del artículo 815-8: «*Cualquiera que perciba rentas o realice gastos a cuenta de la comunidad, deberá hacer una relación escrita que quedará a disposición de los comuneros*».

Cualquiera de los partícipes está facultado para solicitar su parte anual en las ganancias, una vez deducidos los gastos ocasionados por los actos que haya consentido o que le sean oponibles, y, a falta de otro título, la extensión de los derechos de cada uno en la comunidad resultará del acta de notoriedad o de la relación de causahabientes hecha por el Notario en el acta de inventario (artículo 815-11.1º y 2º).

El Código Civil español contiene en el artículo 398.3³¹⁷ una previsión para el caso de que no llegue a alcanzarse mayoría o el acuerdo adoptado por la mayoría resulte “*gravemente perjudicial*” a los interesados en la cosa común, permitiendo al vez, a instancia de parte, “*adoptar las medidas que correspondan, incluso nombrar un administrador*” (STS de 25 de febrero de 2005). La norma sin embargo, no parece suficiente para dar protección al interés común de la comunidad. Por una parte, se refiere exclusivamente a los casos en que no se consigue alcanzar un acuerdo o este es gravemente perjudicial, con lo que deberá aportarse éste y demostrarse el perjuicio o al menos acreditar que se ha intentado el consenso.

Sin embargo, dado que el precepto parece pensado sobre todo como una forma de impugnación judicial de acuerdos, para la protección del interés de la minoría, no parece que acoja las situaciones en que no media acuerdo sino el ejercicio por uno de los coherederos de alguna de las facultades individuales que le corresponden, como las de administración ordinaria de los bienes, o un ejercicio dañoso de la facultad de instar la división de la cosa común. Por otra parte, no es fácil determinar cómo el acuerdo adoptado por los partícipes que representan la mayoría de los intereses en la comunidad será perjudicial para los intereses de ésta, sobre todo cuando la norma es para la comunidad hereditaria, de aplicación supletoria respecto de los coherederos. La expresión de la norma (“*gravemente perjudicial*”) remite a un concepto jurídico indeterminado que el Código no precisa (como tampoco exige formalidad alguna para la adopción de los acuerdos), y será la autoridad judicial la que lo fije para cada caso en función del contenido del acuerdo, la acreditación de un perjuicio real y efectivo, la contradicción con normas imperativas del ordenamiento, la apreciación de una actuación abusiva o maliciosa, y el resto de las circunstancias que concurran. El perjuicio en cualquier caso ha de apreciarse como grave y no ha de estimarse respecto del coheredero o coherederos minoritarios que instan la actuación judicial, sino del interés general de la comunidad.

Habiendo fondos disponibles, podrá acordar igualmente un anticipo en metálico a cuenta de los derechos del comunero en la futura partición.

³¹⁷Puede verse MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a, *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, vol I, cit. pág. 1095.

4.4.5. Derechos civiles territoriales

La exigencia de unanimidad presenta ciertas especialidades forales, bien en el sentido de reforzarla, como ocurre en el derecho aragonés, mediante la prohibición de disponer inter vivos de la cuota que corresponde a los copartícipes en los bienes del consorcio foral o fideicomiso aragonés (art. 142.1 CDF Arag.), bien flexibilizándola, como ocurre en el derecho navarro, que permite la actuación individual de cada partícipe para la modificación, sin perjuicio de la posible oposición de los demás (ley 372.3^o CDF Nav.). En el Derecho catalán, el Código de Sucesiones suprimió la distribución automática de los derechos entre los coherederos (art. 100) y ya no cabe la disposición individual sobre la cuota que corresponde al partícipe en cada bien o derecho.

La especialidad del Derecho navarro en cuanto a la comunidad, también la hereditaria, estriba en que, conforme a la ley 372-3 FN Nav, en los actos de simple uso, administración o modificación material de la cosa común, cada titular puede oponerse judicialmente al otro que intenta realizarlos, y toda gestión ya realizada quedará sin efecto en la medida en que resulte perjudicial a los intereses de la comunidad según el arbitrio del Juez. En consecuencia, no se aplica el régimen de mayorías dispuesto en el art. 398 Cc en cuanto a la administración de los bienes comunes, ni el de unanimidad del art. 397 en cuanto a la alteración material de los mismos, que se asimila a la administración: cada partícipe puede actuar individualmente, pero los demás pueden oponerse al acto realizado.

La administración de la herencia corresponde en el Derecho catalán a todos los herederos, en defecto de persona especialmente legitimada por el causante o nombrada por la autoridad judicial para esta función, como establece el artículo 463-4.2^o CCCat. Los coherederos la ejercerán de acuerdo con lo establecido por los artículos 552-7 y 552-8.

Esta facultad de administración incluye, estrictamente, los actos necesarios para la conservación y defensa de los bienes, conforme al criterio de una administración puramente conservativa. Así resulta del artículo 463-4.3^o CCCat: «*Los coherederos están legitimados individualmente para hacer los actos necesarios de conservación y defensa de los bienes*».

Respecto a los actos de administración, el CCCat exige *quorum* diferentes en función del tipo de actos de que se trate:

- (a) Los actos de administración ordinaria se acuerdan por la mayoría de los coherederos, según el valor de su cuota.
- (b) Los actos de administración extraordinaria requieren la mayoría de tres cuartas partes de las cuotas hereditarias. Cada coheredero goza de la facultad de realizar por sí solo los actos necesarios para la conservación de los bienes y derechos hereditarios sin necesidad de consentimiento de los otros coherederos. Los coherederos responden mancomunadamente de las obligaciones derivadas de la herencia indivisa en proporción a las respectivas cuotas hereditarias.

El CCCat faculta asimismo a cualquier interesado, si no existe ninguna persona especialmente legitimada para administrar la herencia, a instar del juez la adopción de las medidas que crea oportunas para conservar el caudal hereditario, incluso nombrar a un administrador (art. 463-4.1º).

El Código del Derecho Foral de Aragón de 2011, al regular la comunidad conyugal que continúa tras su disolución, atiende al supuesto especial de disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges:

Artículo 253. Disolución por muerte.

1. Disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio.

2. El cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa, pero cuando sea titular del usufructo de viudedad solo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes.

3. El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede por sí solo, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que ambos cónyuges hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos.

4. El cónyuge viudo responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes en cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad. Cualquiera de los partícipes podrá, entonces, solicitar la aplicación de las mismas cautelas previstas para el usufructo viudal.

5. Habiendo solo hijos comunes, los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio.

4.4.6. Régimen de los actos de conservación

A diferencia de otras facultades, como la posesoria, que los coherederos sólo pueden ejercer en común, los actos necesarios para garantizar la conservación de los bienes que integran la comunidad hereditaria constituyen actos en ejercicio de una facultad individual, que cada uno de los coherederos está legitimado para realizar individualmente, y sin necesidad del concurso de los demás, aunque, como señala el artículo 395 Cc, con derecho a obligar a éstos a contribuir a sufragar los gastos originados por tales actos³¹⁸:

³¹⁸Señala GITRAMA que, aunque el precepto del artículo 395 Cc se refiere a los “gastos” de conservación, los coherederos están legitimados para llevar a cabo aisladamente los “actos” de conservación que los producen o generan, pues de otro modo carecería de sentido la autorización para reclamar de los demás la contribución a aquellos. Cfr. GITRAMA, M, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 384 y sigs.

Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio.

La realización de actos conservativos sobre los bienes hereditarios por parte de cualquier coheredero atribuye a éste no solamente el derecho a obligar a los restantes a contribuir a los gastos que dicha actuación conservativa haya generado, sino también el de reclamar de éstos los gastos que hubiese realizado por cuenta de la comunidad³¹⁹. La contribución a los gastos de conservación, a falta de pacto entre los copartícipes, habrá de llevarse a cabo en proporción a la cuota que a cada uno corresponda en la comunidad, conforme a la regla del artículo 393.1º Cc³²⁰, y para evitar la obligación de contribuir a dichos gastos, el copartícipe ha de renunciar a su participación en la herencia³²¹, siendo éste un supuesto de renuncia liberatoria³²². Si los gastos ya se hubiesen devengado, como ha señalado la jurisprudencia, no se libera el copartícipe de contribuir a ellos transmitiendo su cuota, ni queda en su caso el adquirente obligado a ello, pues la asunción de la deuda requeriría del consentimiento del acreedor³²³.

No establece el Código el momento en que el cotitular puede obligar a los demás a realizar los gastos de conservación de la cosa o derecho común, y aunque cabe suponer que la reclamación tendrá lugar en el momento en que se generen, señala COLINA GAREA³²⁴ que, si no se reclamaron durante el periodo de indivisión, los coherederos

³¹⁹La STS de 7 de febrero de 1956 se refiere a este derecho de reembolso.

³²⁰Establece el art. 393.1 Cc: “*El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas*”.

³²¹El Código Civil francés reconoce idéntica facultad para realizar individualmente los actos de conservación de los bienes de la comunidad hereditaria a cada uno de los partícipes, así como para exigir a los demás la contribución a dichos gastos, si bien reconoce expresamente a favor del que los realice la posibilidad de disponer para este fin de los fondos que posea la comunidad de modo que, sólo a falta o por insuficiencia de éstos, habrá de reclamarlos de los copartícipes.

Art. 815-2 del Cc francés:

Cualquier comunero podrá adoptar las medidas necesarias para la conservación de las cosas comunes.

Podrá emplear, con este fin, los fondos que posea de la comunidad, considerándose, respecto a terceros, que tiene la libre disposición de los mismos.

A falta de fondos de la comunidad, podrá obligar a los copartícipes a que contribuyan con él a los gastos necesarios.

Cuando las cosas comunes estén gravadas con un usufructo, estas facultades podrán ejercerse frente al usufructuario, en la medida en que esté obligado a hacer las reparaciones.

Vid. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro y ANDRÉS SANTOS, Francisco J., *Código Civil Francés/Code Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 413. La redacción actual del precepto es fruto de la reforma introducida por la Ley nº76-1286, de 31 de diciembre de 1976 (art. 3).

³²²Y como renuncia de un derecho, puede hacerse expresa o tacitamente, pero ha de ser “*clara, terminante e inequívoca, tal como exige la doctrina legal con criterio que mantiene una elemental exigencia de seguridad jurídica*”(STS de 11 de junio de 1987). Vid. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *Comentarios al Código Civil*, pág. 1008.

³²³Entre otras, SSTS de 29 de marzo de 1989 y 26 de octubre de 1929).

³²⁴COLINA GAREA, Rafael, “*Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria*”, cit, pág. 251.

deberán abonárselos recíprocamente en el momento en que se proceda a la partición de la herencia (art. 1063 Cc).

No obstante, dicha facultad se encuentra limitada al ámbito de las estrictas medidas conservativas, y no puede utilizarse para ninguna otra finalidad, ni implicar ningún tipo de alteración sobre los bienes, incluso si de ellos pueden deducirse ventajas para todos, pues tales actos requerirían el concurso de la totalidad de los copartícipes, conforme al artículo 397 Cc.

4.4.7. Régimen de los actos de alteración de la cosa común

Los copartícipes pueden atender directa e individualmente a la conservación de los bienes comunes y realizar, como hemos visto, sin necesidad de consentimiento de los demás, los actos de administración conservativa de la masa común. Sin embargo, esta facultad no ampara la realización de actos que impliquen alteración, ya sea física, jurídica o económica, de tales bienes, pues, estos actos se sujetan a las reglas del Cc para los actos de disposición y exigen el consentimiento unánime de los copartícipes de la comunidad.

Así resulta del artículo 397 Cc: «*Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos.*»

La norma es consecuencia directa del hecho de que en tanto no tiene lugar la partición de los bienes, cada uno de los llamados a la herencia carece de derecho concreto algunos sobre los mismos, pues no se sabe cual o cuales le corresponderán, y ostenta solo un derecho sobre el entero patrimonio. Es más. la del artículo 397 —por aplicación supletoria— no es la única manifestación en el Código de la aplicación del principio de unanimidad de los comuneros para cualquier acto de disposición sobre los bienes particulares de la herencia: el art. 1860, pfos. 2º y 3º la exige para la cancelación parcial de la prenda o hipoteca y los artículos 1514.2º y 1517 lo hacen para el retracto convencional.

Es, además, coherente la norma del artículo 397 Cc con la propia naturaleza de la copropiedad, para la que el Tribunal Supremo ha defendido en varias ocasiones³²⁵ la llamada teoría de la “*propiedad plúrima total*”, conforme a la cual los condóminos son, en realidad, propietarios de toda la cosa común, al mismo tiempo que de una parte abstracta de ella, pero con titularidades limitadas o constreñidas en cuanto a su intensidad por la concurrencia de otros condóminos. La STS de 28 de mayo de 1986 es expresiva de esta concepción:

«... según la denominada teoría de la propiedad plúrima total, recibida como la mejor fundada sobre la naturaleza jurídica de la propiedad... cada propietario tiene

³²⁵SSTS de 28 de abril de 1923 y 28 de mayo de 1986, entre otras. En otras ocasiones, sin embargo, el Tribunal Supremo ha optado por la teoría de la división en partes ideales o cuotas, las cuales constituyen el objeto del derecho de cada condómino, incorporándose a su patrimonio como entidad autónoma mientras dura la indivisión (SSTS de 23 de noviembre de 1943, 1 de febrero de 1947 y 2 de abril de 1971, entre otras).

un derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, pero limitado en lo referente a su intensidad por la concurrencia de los demás, de manera que a cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales; situación de donde arranca el concepto de cuota, como razón o medida en cuya virtud se limitan y armonizan recíprocamente las posesiones de los cotitulares».

4.4.8. Referencia a la administración judicial de la herencia (arts. 797 y ss. LECiv)

Si no existen disposiciones testamentarias sobre la administración, ni los herederos han convenido sobre esta materia, cualquiera de los coherederos podrá instar la administración judicial de la herencia como prevé el párrafo 3º del artículo 398 Cc, al que nos hemos referido anteriormente:

Si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador.

Las normas contenidas en los artículos 782 a 805 de la LECiv, integrantes del Cap. I del Tit. II, Lib. IV, regulan un procedimiento especial, que está previsto para el supuesto en que se pretenda la división de una comunidad hereditaria. Pero, además, dichos artículos contemplan una serie de medidas que, aun cuando legalmente aparecen plasmadas después de tal procedimiento, han de adoptarse normalmente, si resultan pertinentes, antes de la división del caudal relicto; y es que son medidas dispuestas para la mejor preservación de la herencia. Se trata, por supuesto, de las relativas a la intervención del caudal y de las relativas a su administración.

La intervención judicial del caudal hereditario en lo que aquí nos interesa, se solicita al tiempo de promover la división judicial de la herencia (art. 792.1.2º LEC/2000). Para este caso, esta prevista la aplicación de las normas de administración previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los arts. 795 y 796 y en los 797 a 805 LEC/2000 que conforman la Sección 3ª, Cap I, Tit. II del Libro IV, rubricada “De la administración del caudal hereditario”.

Como señala GALICIA AIZPURUA³²⁶ En puridad, estas normas de la nueva LEC no son sino una refundición de las que la antigua Ley adjetiva de 1881 dedicaba a los juicios de testamentaría y *abintestato*, así como a la prevención de este último. Por tanto, puede afirmarse, sin temor a equívoco, que la nueva regulación recoge buena parte de esos viejos preceptos, aunque simplificados y, quizás, algo mejor sistematizados.

La LECiv prevé que el tribunal establecerá, una vez formado el inventario de los bienes, lo necesario sobre la administración del caudal, su custodia y conservación,

³²⁶GALICIA AIZPURUA, Gorka, “*Algunas cuestiones procesales y sustantivas en torno al procedimiento para la división judicial de la herencia, la intervención del caudal relicto y su administración*”. Actualización del Derecho de familia y sucesiones. Ed. Dykinson, 2005.

ateniéndose en su caso, a lo que sobre éstas materias hubiera dispuesto el testador y en su defecto, a las normas que establece el artículo 795. El estado de administración de las fincas de la herencia y el nombramiento de administrador pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad en virtud del correspondiente mandamiento judicial, con los requisitos previstos en la legislación hipotecaria (artículo 797.3º LECiv).

En todo caso, se trata de una administración que tiende a mantener el valor de los bienes y a procurar su fructificación ordinaria, por lo que señala el artículo 801.1º LECiv que el administrador está obligado, bajo su responsabilidad, “*a conservar sin menoscabo los bienes de la herencia, y a procurar que den las rentas, productos o utilidades que correspondan*”, haciendo al respecto las reparaciones y gastos ordinarios que sean precisos y solicitando autorización judicial para los de carácter extraordinario (artículo 801.2º LEC).

El nombramiento de administrador recaerá en el viudo o viuda, o, en su defecto, en el heredero o legatario de parte alícuota que tuviere mayor parte en la herencia y, por defecto o incapacidad de los anteriores, en cualquiera de los herederos o legatarios de parte alícuota, si los hubiere, o en un tercero (artículo 795.2º LEC). Este nombramiento es compatible (artículo 805 LEC) con las administraciones subalternas que el causante tuviera para el cuidado de los bienes, las cuales se mantendrán con la retribución y facultades que aquel hubiese establecido. Tales administradores deberán rendir cuentas y entregar lo recaudado al administrador judicial, considerándose dependientes de éste.

El administrador nombrado judicialmente está obligado a prestar caución bastante para responder de los bienes que se le entregue, la cual será fijada por el tribunal, si bien el propio tribunal, o los herederos o legatarios, pueden dispensar de esta obligación en los términos y circunstancias previstos en el artículo 795.3º y 4º de la LEC.

Corresponde al administrador judicial de la herencia aceptada, conforme al artículo 796.2º LEC, representar a la herencia exclusivamente en lo que se refiere a la administración del caudal, su custodia y conservación, pudiendo y debiendo en este concepto gestionar lo que corresponda, ejercitando las acciones que procedan.

Le corresponde asimismo la rendición periódica y justificada de las cuentas de su administración en los plazos que el tribunal le señala (artículo 799.1º LEC), así como la rendición final de cuentas cuando cese en el desempeño de su cargo (artículo 800.1º LEC), las cuales pueden ser impugnadas por las partes interesadas en el tiempo hábil señalado al respecto una vez que les son puestas de manifiesto (artículo 800, 2º a 4º LECiv).

El administrador judicial está sujeto a la prohibición de enajenar o gravar los bienes inventariados, con las excepciones establecidas en el artículo 803, dirigidas a evitar su deterioro o los gastos excesivos de conservación, procurar la enajenación ventajosa de los frutos o atender al pago de deudas o gastos de administración de la herencia. A propuesta del administrador, y oyendo a las partes, el tribunal puede también autorizar la venta en pública subasta de bienes sujetos a la administración (artículo 803.3º LECiv).

El administrador nombrado judicialmente tiene derecho a una retribución establecida en un porcentaje variable —entre el 1 y el 10%— sobre el producto líquido de

la venta de los bienes inventariados u otros ingresos derivados de la administración (artículo 804.1º LECiv), así como, en su caso, al abono de gastos realizados por viajes necesarios para el desempeño del cargo (artículo 804.2º LECiv).

La intervención judicial del caudal termina, conforme al artículo 796 LEC al efectuarse la declaración de herederos, a no ser que alguno de ellos pida la división judicial de la herencia, caso en el cual puede subsistir, si así se solicita, hasta que se haga entrega a cada heredero de los bienes que les hayan sido adjudicados. Los herederos, de común acuerdo, pueden también pedir durante el procedimiento de división judicial que cese la intervención judicial, lo que se acordará a menos que alguno de los interesados sea menor o incapacitado y no tenga representante legal, o cuando haya algún heredero ausente; no obstante, si existen acreedores reconocidos en el testamento o por los coherederos, o con derecho documentado en un título ejecutivo que hubieran ejercitado su derecho a oponerse a que se lleve a cabo la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, establece el artículo 796.3º LECiv que no cesará la intervención hasta tanto se produzca el pago o afianzamiento de los mismos.

En Cataluña el artículo 47 del Código de Sucesiones establece:

En tanto no tenga lugar la división de la herencia, el juez podrá, a instancia de cualquier interesado, adoptar las medidas que crea oportunas con vistas a conservar el caudal, incluso nombrar un administrador, si no hay una persona especialmente facultada para administrar la herencia. En los otros casos, corresponde a los herederos la administración del caudal.

El alcance de la actuación judicial se modaliza en el nuevo artículo 463-3.4º, CC-Cat a cuyo tenor, “*aunque haya prohibición o pacto de indivisión, a instancia de cualquier coheredero, el Juez puede autorizar la partición o un anticipo parcial en bienes de la herencia o en dinero, aunque no lo haya, si concurre justa causa sobrevenida*”.

Capítulo 5

Las deudas de la herencia y la responsabilidad de los coherederos. El concurso de la comunidad hereditaria

Índice del capítulo:

5.1. Deudas de la herencia y responsabilidad de los coherederos	188
5.1.1. Integración de las deudas hereditarias en la comunidad	188
5.1.2. Deudas de la herencia y responsabilidad de los coherederos	190
5.1.3. Posición de los acreedores frente a la comunidad hereditaria	193
5.1.3.1. Posición de los acreedores de la herencia	193
5.1.3.2. Posición de los acreedores personales del heredero	195
5.1.3.3. Posición del coheredero que sea, a su vez, acreedor del causante	195
5.1.4. ¿Existe solidaridad activa entre los coherederos durante la comunidad hereditaria?. El problema de la reclamación de los créditos	196
5.1.5. Derecho civil autonómico	197
5.1.5.1. Derecho catalán	197
5.1.5.2. Derecho aragonés y Derecho navarro	202
5.2. El concurso de la herencia	203
5.2.1. Noción y presupuestos	203
5.2.2. La excepcionalidad del concurso de la herencia	205
5.2.3. Legitimación para solicitar el concurso de la herencia	205
5.2.4. Supuestos contemplados en la Ley Concursal	206
5.2.4.1. La declaración concursal de la herencia del art. 1.2 LC	208
5.2.4.2. La continuidad del concurso tras el fallecimiento del concursado (art. 182 LC)	209
5.2.5. Administración y disposición del caudal relicto en situación de concurso de la herencia	209
5.2.6. La Ley Concursal y los supuestos de limitación “ex lege” de la responsabilidad del heredero en el derecho civil autonómico. El caso del Derecho aragonés	212

5.1. Deudas de la herencia y responsabilidad de los coherederos

5.1.1. Integración de las deudas hereditarias en la comunidad

Ya hemos señalado, con la opinión mayoritaria de doctrina y jurisprudencia, que la comunidad hereditaria integra también las deudas hereditarias como pasivo de la misma, y que, a diferencia de otros sistemas jurídicos en los que la regla general es la parciariedad³²⁷, en el nuestro éstas no se dividen automáticamente y de pleno derecho entre los copartícipes³²⁸.

³²⁷La parciariedad es el régimen que siguen los créditos y deudas del causante en los Derechos en que, como en el francés (arts. 870, 873 y 1220 del Code civil) y en el italiano (art. 1314 Codice civile) no entran a formar parte de la herencia, y quedan divididos, desde la apertura entre los coherederos, en proporción a sus respectivas cuotas, siguiendo el principio romano “*nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt*”. En estos sistemas, cada coheredero puede reclamar al deudor común su parte del crédito.

El nuevo Reglamento UE 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Diario Oficial n° L 201 de 27/07/2012 págs. 0107–0134), señala con respecto a la limitación de responsabilidad por las deudas sucesorias en su Considerando 33:

(33) No debe ser posible que una persona que desee limitar su responsabilidad en relación con las deudas existentes en virtud de la sucesión lo haga mediante una mera declaración a tal efecto ante los tribunales u otras autoridades competentes del Estado miembro de su residencia habitual en aquellas situaciones en las que la ley aplicable a la sucesión exija para ello que dicha persona inicie un procedimiento jurídico específico, por ejemplo un procedimiento de inventario, ante el tribunal competente. Por consiguiente, una declaración efectuada en tales circunstancias por una persona en el Estado miembro de su residencia habitual, en la forma prescrita por la ley de dicho Estado miembro, no debe ser formalmente válida a los efectos del presente Reglamento. Tampoco deben considerarse declaraciones a los efectos del presente Reglamento los documentos que inicien el procedimiento jurídico correspondiente.

³²⁸En el derecho romano, superada la fase primitiva en la cual la obligación por el pago de las deudas era estrictamente personal, y, por tanto, intransmisible, la *hereditas* comprende tanto los créditos como las deudas. Los herederos responden de las deudas de la misma manera que el propio causante y se dice, a este propósito, que el heredero *succedit in aes alieno* (D. 3.2.6.6), que la herencia *aere alieno gravaretur* (D. 26.7.59). Vid. BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, Milán, 1954, pág. 341.

En el derecho medieval español, señala MARTÍNEZ GIJÓN aunque la regla general es la de la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante, que se aplica en los territorios en los que ha regido el *Liber Iudiciorum*, se encuentran textos, pertenecientes al derecho territorial de Castilla, al leones y al navarro (Libro de los Fueros de Castilla y Fueros de la Novenera) según los cuales, en determinados casos, la comunidad hereditaria no es responsable del pago de las deudas del causante, ni del cumplimiento de otras cargas, exigiéndose, entre otros requisitos, para derivar dicha responsabilidad, que el causante haya sido demandado en vida por los acreedores. Vid. MARTÍNEZ GIJÓN, José, La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español, AHDE, 1957-58, págs. 239 y sigs.

El Código civil dedica la norma del artículo 1084 a la responsabilidad de los coherederos frente a los créditos contra la herencia:

Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiese aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

En uno y otro caso, el demandante tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

La norma fija la responsabilidad solidaria de los coherederos para el momento posterior a la partición de los bienes hereditarios, pero no contiene una regulación suficiente de la materia y, en lo que interesa más directamente a nuestro estudio, guarda silencio con relación al criterio de responsabilidad que haya seguirse mientras los bienes se encuentran aún indivisos, esto es, durante la comunidad hereditaria.

Señala CERVILLA GARZÓN³²⁹, que, dado que no siempre se extingue con celeridad la comunidad hereditaria, extendiéndose en el tiempo por distintos motivos, importa saber qué puede hacer el acreedor durante este periodo— y durante el de la partición— para reclamar y/o garantizar la deuda que mantenía con el causante e integrada como pasivo en el haber hereditario³³⁰.

De hecho, la situación jurídica de indivisión del caudal no debe ser un obstáculo que impida o dificulte el legítimo ejercicio de sus pretensiones por parte de los acreedores, o que pueda conducir al menoscabo del patrimonio hereditario.

Por otra parte, el pago de las deudas puede realizarse tanto antes como después de la partición hereditaria, como resulta de distintos preceptos (arts. 966.2 y 1082 a 1084

³²⁹CERVILLA GARZÓN, M. Dolores, “Los acreedores del causante antes de la partición: responsabilidad de los coherederos”. *Rev. Actualidad Civil*, nº1, 2013, págs. 4 y ss. La autora argumenta en este trabajo sobre la confusa situación a la que lleva la deficiente regulación del Código civil, y aboga por una profunda reforma del derecho de sucesiones que sustituya el criterio de la responsabilidad *ultra vires* hereditatis del heredero, limitando, como en el Derecho anglosajón, a los bienes hereditarios la responsabilidad patrimonial por las deudas del causante, reviviendo así el viejo principio “*paga y luego hereda*”.

³³⁰La preocupación por la protección de los derechos de los acreedores de la herencia está presente en la más reciente normativa europea común. Así, el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Diario Oficial nº L 201 de 27/07/2012 págs. 0107–0134), que establece en su considerando 7º:

*(7) Conviene facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas. En el espacio europeo de justicia, es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión. Es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia.*

Cc y art. 464.3º CCCat), pero consideramos más apropiado su estudio en el ámbito de la administración de la herencia, aún cuando puedan afectar a las operaciones particionales.

5.1.2. Deudas de la herencia y responsabilidad de los coherederos

El Tribunal Supremo ha declarado en muchas ocasiones (SSTS de 9 de enero de 1901.17 de diciembre de 1930, 27 de marzo de 1957 y 24 de enero de 1978, entre otras) que la posición de los coherederos antes de la partición es la de la solidaridad pasiva. En consecuencia, si el heredero aceptante lo ha hecho pura y simplemente, habrá de responder *ultra vires* de las deudas hereditarias, esto es, su responsabilidad no se agotará en los bienes hereditarios, sino que alcanzará también a los suyos propios. En consecuencia, interesa precisar la extensión de su responsabilidad para el caso de que los acreedores de la herencia pretendan hacer efectivos sus derechos de crédito con cargo a los bienes propios de los copartícipes en la comunidad hereditaria, y no sobre el caudal indiviso de ésta.

Sin embargo, la doctrina no es pacífica al respecto y pueden encontrarse fundamentalmente dos posturas respecto de esta cuestión:

- (a) De un lado, algunos autores como PUIG PEÑA, ALBALADEJO GARCIA, VALLET DE GOYTISOLO, ó FERRANDIS VILELLA³³¹, o, más recientemente, DEL POZO CARRASCOSA³³² entienden que, puesto que el precepto del artículo 1084.1º Cc establece la regla de la solidaridad entre los coherederos para el pago de las deudas hereditarias una vez hecha la partición, la misma regla debe regir para el momento anterior, y que el silencio del Código autoriza a establecer esta presunción. Esta postura ha sido también sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 9 de enero de 1901 y 3 de abril de 1903, 14 de julio de 1984 y 30 de diciembre de 1993) y es la acogida en el art. 371 CDF Arag.

Por otra parte, se argumenta, los acreedores no encuentran mayor garantía en el hecho de que el caudal hereditario se encuentre indiviso, puesto que, durante este periodo preparticional, los copartícipes están facultados para realizar conjuntamente actos de disposición, material y jurídica sobre los bienes que lo integran. Finalmente, la extensión de la responsabilidad solidaria a la vigencia de la comunidad hereditaria parece encontrar apoyo en la norma del artículo 1974 Cc, relativo a la interrupción en el ejercicio de las acciones:

³³¹PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil español*. T. V. Sucesiones, Vol. III. Relaciones sucesorias en particular. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1965, pág. 300. ALBALADEJO GARCIA, M. *Curso de Derecho Civil*, T. V, cit. pág. 124. VALLET DE GOYTISOLO, I. B. *Panorama del Derecho de sucesiones*, T. II, cit. pág. 720. FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit. págs. 215 Y ss.

³³²DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, "La partición hereditaria", en *División de la comunidad de bienes* (dir. CARMEN GETE ALONSO), Ed Atelier, Barcelona, 2012, pág. 215 y sigs.

La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores.

Esta disposición rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones. . .

La ampliación de la regla, establecida inicialmente para las obligaciones solidarias a “*toda clase de obligaciones*” respecto de los herederos del deudor permite entender que los herederos son, en cualquier caso, herederos solidarios, y no hay motivo para que dejen de serlo por el hecho de hallarse en una situación de indivisión hereditaria, en condición de coherederos.

Conforme a esta posición, los acreedores podrían dirigirse aislada e indistintamente contra cualquiera de los coherederos y exigir de ellos la totalidad del pago. El coheredero al que se haya exigido el pago y lo haya satisfecho podrá, no obstante, hacer uso de la facultad de repetición que reconoce a su favor el artículo 1085 Cc, conforme al cual cuando uno de los coherederos haya pagado más de lo que le corresponda por su participación en la herencia, “*podrá reclamar de los demás su parte proporcional*”.

- (b) Sin embargo, la tesis de la extensión del principio de solidaridad entre los coherederos al periodo de indivisión no está exenta de crítica. Así, GARCÍA VALDECASAS, LACRUZ, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, o CLEMENTE MEORO³³³ se han manifestado, con distintos argumentos, contrarios a ella.

Para estos autores, la norma durante la comunidad hereditaria debe ser la de la mancomunidad sin división de las deudas, y, en consecuencia, los acreedores sólo podrán hacer efectivos sus derechos de crédito procediendo contra todos ellos conjuntamente. Puesto que, como hemos visto, la regla que el Código Civil establece para el momento posterior a la partición (art. 1084 Cc) es que la responsabilidad es solidaria, ello significa, para estos autores, que tal regla no regía antes de la misma. Por otra parte, la extensión de la regla de la solidaridad al momento de la indivisión, encuentra el obstáculo de que, en ausencia de una norma específica, aquella no puede presumirse, por impedirlo el art. 1137 Cc.

De hecho, la ausencia de una norma directamente aplicable debería, a juicio de este sector de la doctrina, promover la aplicación del artículo 393 Cc, conforme al cual “*el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas*” y, en consecuencia, la regla debería ser la de la mancomunidad de las deudas u obligaciones hereditarias, respondiendo de ellas cada

³³³GARCÍA VALDECASAS, G. “La comunidad hereditaria en el Derecho español”, cit. pág. 265. LACRUZ BERDEJO, L. *Elementos de Derecho Civil*, T. V, cit. págs. 97 Y 98. DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, cit. pág. 515, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*. Ed. Civitas. Madrid 1991, págs. 100 y sigs. ss, CLEMENTE MEORO, M. “La comunidad hereditaria”, cit., pág. 595.

coheredero en proporción a su cuota. Se argumenta, además, que que antes de la partición los acreedores cuentan con la garantía de la existencia del caudal relicto y que, por ello, no tiene sentido la solidaridad.

Ahora bien, y pese a los argumentos expuestos, los partidarios de esta tesis de la responsabilidad mancomunada son también conscientes de su difícil encaje en el esquema propio de la comunidad hereditaria, en el que, *de facto*, las deudas de la herencia no se dividen entre los coherederos, sino que se mantienen indivisas formando parte de la masa relicta. Y para salvar este escollo se sostiene que durante la comunidad hereditaria rige un régimen de mancomunidad indivisible, contemplado en el art. 1139 Cc, según el cual, si la división fuese imposible, la deuda sólo podrá hacerse efectiva procediendo contra todos los deudores.

En esta línea de pensamiento, LASARTE³³⁴ considera la posición de la responsabilidad solidaria aplicada al momento de la indivisión es, al menos, discutible. No obstante, en coherencia con su postura sobre la inadecuación de la aplicación a la comunidad ordinaria a la comunidad hereditaria cuando se trata de bienes —o de deudas— concretos, se inclina el autor por esta tesis de la *mancomunidad indivisible* entre los coherederos sostenida, dada la afección del caudal hereditario al cumplimiento de las obligaciones reclamadas.

Como acertadamente señala COLINA GAREA³³⁵, polémicas doctrinales aparte, lo cierto es que la jurisprudencia se ha manifestado reiteradamente a favor del carácter solidario de la responsabilidad preparticional de los coherederos (asi, STS de 9 de mayo de 2011, en un caso en que se entendió tácitamente aceptada la herencia por las coherederas), justificando esta solución en la aplicación extensiva del art. 1084 Cc y en el entendimiento de que el precepto citado no subordina el ejercicio de la acción al hecho de que la herencia se haya dividido. Los herederos que hayan aceptado al herencia responderán con todos sus bienes de las deudas del causante, excepción hecha, lógicamente, de aquellos que la hayan aceptado a beneficio de inventario, los cuales no responderán de las deudas de la herencia sino hasta el límite de los bienes recibidos del causante³³⁶. Ello sin perjuicio de que, como hemos señalado, el heredero

³³⁴LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Sucesiones*, cit, pág. 333.

³³⁵COLINA GAREA, Rafael, “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, *cit*, pág. 259. El autor cita las SSTS de 22 marzo 1990, 25 junio 1990 y 19 diciembre 1990. A favor de la postura contraria, esto es, que la comunidad hereditaria no genera la solidaridad de acreedores, cita la STS. 17 octubre 1998.

³³⁶El CSC contiene una norma especial sobre las formas de aceptación que debe tenerse en cuenta a estos efectos:

Artículo 461-17. Aceptación pura y simple de la herencia.

1. Si el heredero no toma el inventario en el tiempo y la forma establecidos, se entiende que acepta la herencia de forma pura y simple.

2. La mera manifestación hecha por el heredero de aceptar la herencia de forma pura y simple no le priva de aprovechar los efectos del beneficio de inventario, si lo ha tomado en el tiempo y la forma establecidos y cumple las reglas de administración de la herencia inherentes a este beneficio.

que pagó pueda ejercer las correspondientes acciones contra los demás coherederos si hubiere pagado más de lo que proporcionalmente le corresponde en función de su cuota (art. 1085 c. c).

5.1.3. Posición de los acreedores frente a la comunidad hereditaria

La posición de los acreedores durante la indivisión hereditaria varía en función de la naturaleza y garantías de su crédito, pudiendo distinguirse varias situaciones.

5.1.3.1. Posición de los acreedores de la herencia

Los acreedores de la herencia, afirma CERVILLA GARZÓN³³⁷ mantienen una posición de privilegio respecto de los particulares de uno solo de los herederos, en la medida en que, de su deuda responde toda la comunidad hereditaria, en su integridad, y no la cuota parte que hace frente a la deuda particular de los beneficiados por lo sucesión. Por ello, señala NÚÑEZ IGLESIAS³³⁸, durante la indivisión de la herencia existe “*una relativa separación, no de patrimonios sino de bienes y derechos concretos*” que justifica que el acreedor del causante se pueda dirigir, para hacer efectivo su pago, a bienes concretos que integran la comunidad hereditaria, lo que sin embargo, está vedado al acreedor particular de heredero que solo tiene como respaldo la cuota ideal de su deudor sobre el total de la masa hereditaria.

En seguridad y garantía de su crédito, los acreedores disponen de distintos medios para hacer efectiva su preferencia³³⁹. Pueden, conforme al artículo 792.2 LEC, siempre que estén reconocidos como tales por el causante en el testamento, o por cualquiera de los coherederos, o que tuvieran garantizada su deuda con un título ejecutivo, solicitar del juez la intervención judicial de la herencia, que comportará la formación de inventario, con citación del acreedor que hubiese instado el procedimiento, así como la entrada de la herencia en administración judicial.

Los acreedores de la herencia pueden asimismo obtener la protección registral de su crédito a través de la anotación preventiva de los artículos 42 y 46 LH, con el fin de asegurar su crédito frente a transmisiones a terceros, que no podrán alegar buena fe para invocar su prioridad o condición de tercero hipotecario. Los acreedores pueden solicitar esta anotación siempre que la deuda se encuentre debidamente documentada, en escritura pública o mandamiento judicial y que el crédito no se haya garantizado o

³³⁷CERVILLA GARZÓN, M. Dolores, “Los acreedores del causante antes de la partición: responsabilidad de los coherederos”, cit., pág. 3

³³⁸NÚÑEZ IGLESIAS, Alvaro, “Comentario al artículo 1082 Cc”, en *Código Civil comentado*, vol II, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 1840.

³³⁹En relación con la preferencia de los acreedores del causante y con los medios para asegurar su prelación sobre los bienes hereditarios puede consultarse el trabajo de PITA BRONCANO. La autora es partidaria de la regulación en el Cc del beneficio de separación como institución autónoma, al modo en que ya lo hacen en nuestro Derecho los ordenamientos civiles de Navarra o Cataluña. Vid. PITA BRONCANO, Carmen Piedad, *La preferencia de los acreedores del causante*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

afizado por los herederos (artículo 146 RH), lo que convertiría en inútil e innecesaria la protección registral.

Aunque es frecuente en la doctrina la afirmación de que esta anotación es de dudosa utilidad para el acreedor, reconociéndosele, a lo sumo, una cierta función de aseguramiento del derecho de prelación sobre el caudal relicto, advierte GARCÍA GARCÍA³⁴⁰ la ventaja que representa la facilidad de obtención de esta anotación (solicitud privada junto con la escritura pública en que conste el crédito), sin necesidad de acudir de momento a ninguna anotación de embargo, no siempre posible (si el crédito no ha vencido). Para el autor, la anotación se enmarca en una situación de confusión del patrimonio, como una medida que tienen los acreedores de la herencia para mantener su preferencia sobre los acreedores particulares del heredero.

Finalmente, a los acreedores hereditarios les concede el artículo 1082 del Cc³⁴¹ la facultad de evitar que se lleve a cabo la partición, paralizándola y evitando que tenga lugar en su perjuicio la confusión de patrimonios que hasta ese momento y a pesar de la responsabilidad del heredero aceptante, mantienen cierta independencia.

³⁴⁰GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Código de Legislación Hipotecaria y del Derecho Mercantil*, cit, pág. 179, nota 25

³⁴¹El precepto del artículo 1082 Cc debe hoy ponerse en relación con el a 782.4 LEC, que restringe la legitimación para oponerse a la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos a los acreedores que tengan su derecho de crédito reconocido, bien en testamento, por algún coheredero o documentado en un título con fuerza ejecutiva, cuando el Código Civil se refiere a acreedores “reconocidos”, sin especificar la forma en que debe llevarse a cabo dicho reconocimiento.

En cuanto al momento en que puede llevarse ejercitarse la oposición, la LECiv la admite “*en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero*”. Para un sector amplio de la doctrina, el artículo 782.4 de la LECiv y su modificación de la legitimación de los acreedores hereditarios para oponerse a la partición ha determinado la derogación tácita del precepto del artículo 1082 del Código civil.

Relacionado con el artículo 782.4 LECiv, y con la misma finalidad de otorgar una especial protección del crédito a ciertos acreedores cuyos créditos resultan indubitadamente probados, el artículo 792.2 del mismo texto legal permite solicitar la intervención judicial del caudal hereditario a “*los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo*”.

La reforma procesal ha suscitado ciertas dudas en relación, no solamente con el texto del Código civil, sino también con respecto a la anterior redacción de la ley procedimental que, por ejemplo, facultada a los acreedores reconocidos, no solamente para intervenir, sino también para iniciar el juicio de testamentaria (aunque no con la finalidad de obtener la distribución de la herencia, sino con la de garantizar el cobro de sus créditos). Para clarificar la posición de los acreedores hereditarios protegidos, según CERVILLA GARZÓN, conviene distinguir dos situaciones: si no se ha iniciado la partición judicial o extrajudicial, o se está realizando partición extrajudicial, puede solicitar la intervención judicial de la herencia, conforme al artículo 792.2 LECiv, debiendo ser citados, conforme al artículo 793.3.4º para la formación de inventarios; si, por el contrario, se ha iniciado procedimiento de división judicial, podrán ejercitar el derecho del artículo 1082 Cc (art. 782.1.4 l. Eciv.), por lo que deberán ser citados al efecto. Si la partición extrajudicial ya se hubiera llevado a cabo, los acreedores podrán instar la intervención judicial, lo que conlleva que la partición extrajudicial realizada quede en suspenso siempre que sea incompatible con la intervención judicial acordada, cuya finalidad es garantizar las deudas de los acreedores solicitantes, y en relación, claro está, a los bienes no adjudicados. Vid. CERVILLA GARZÓN, M. Dolores, “Los acreedores del causante antes de la partición: responsabilidad de los coherederos”, cit, pág. 7.

5.1.3.2. Posición de los acreedores personales del heredero

Mientras la herencia permanezca en situación de indivisión, los acreedores personales de cualquiera de los coherederos carecen de acción para perseguir la ejecución de su crédito sobre tales bienes, como consecuencia del hecho de que la participación ideal de cada uno se proyecta solo sobre la herencia considerada como universalidad, sin que puedan pretender titularidad alguna sobre bienes concretos, partes o cuotas de ellos. La ausencia de acción sobre los bienes de la herencia no significa, sin embargo, que la posición de los acreedores personales de los coherederos esté completamente desprotegida. En protección de esta posición se les reconoce el derecho a intervenir en la partición, como establece el art. 1083 Cc: «*Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos*».

La protección es, no obstante, de alcance limitado. Se reduce a la posibilidad de fiscalizar y controlar las operaciones integrantes de la partición, para evitar confabulaciones que frustren el cobro de los créditos.

Desde el punto de vista de la protección registral, los acreedores particulares de los herederos pueden también adelantarse y obtener anotación preventiva de sus créditos sobre la cuota parte de la herencia pendiente de partición, lo que no obsta a la prioridad de los créditos de los acreedores de la herencia.

En caso de que el acreedor particular obtuviese la anotación preventiva de embargo sobre la cuota del heredero deudor, éste le atribuye derecho a un porcentaje líquido de todo el haber, es decir, del remanente después de pagar las deudas que integran el pasivo de la masa hereditaria. Los acreedores de la herencia no se ven perjudicados, puesto que en nada afecta a su derecho el hecho de que, del remanente deba responder algún coheredero de sus deudas particulares, en función de su cuota y solo a cargo de la misma³⁴².

Los acreedores particulares tienen asimismo interés legítimo en evitar que la partición sea ocasión para una actuación fraudulenta que perjudique sus derechos. Para evitarlo, les reconoce el artículo 1083 Cc (y su homónimo el artículo 782.5 de la LE-Civ) la posibilidad de intervenir a su costa en la partición, lo que le permite vigilar el desarrollo de las operaciones en protección de su crédito, pero no paralizarlas o evitar que tengan lugar.

5.1.3.3. Posición del coheredero que sea, a su vez, acreedor del causante

En el supuesto de que en la comunidad exista un coheredero que a la vez sea acreedor del causante, aquél podrá reclamar de los restantes el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo establecido en los arts.

³⁴²Por eso, señala CERVILLA GARZÓN, aunque no se haya inscrito el crédito hipotecario, éste se encuentra garantizado por la mecánica que demanda la naturaleza de su derecho, así como por la cierta autonomía patrimonial que existe entre el patrimonio hereditario y el particular de cada heredero después de la aceptación y antes de la partición.

1010 y siguientes Cc para el caso de la aceptación a beneficio de inventario por alguno de ellos (art. 1087 Cc).

Concurren en este caso en la misma persona las cualidades de heredero y de acreedor de la herencia, de modo que sus posibilidades en relación con el crédito están en función de la modalidad de aceptación de la herencia. Si fue aceptada pura y simplemente, podrá reclamarlo de los restantes coherederos como cualquier otro acreedor, con la deducción proporcional que el artículo 1087 Cc, es decir, se producirá una extinción de la obligación por confusión; pero si la aceptación se produjo a beneficio de inventario, su patrimonio no se confunde con el hereditario, lo que le permite reclamar su crédito íntegramente.

5.1.4. ¿Existe solidaridad activa entre los coherederos durante la comunidad hereditaria?. El problema de la reclamación de los créditos

La posibilidad reconocida —con los límites que han quedado expuestos— a cualquiera de los coherederos para realizar actos conservativos o de defensa de los bienes y ejercitar las acciones que correspondan a la comunidad indivisa siempre que lo haga en beneficio de toda la comunidad plantea el problema de si el deudor de un crédito que pertenezca a la comunidad podría quedar liberado pagando a uno cualquiera de miembros de la comunidad hereditaria.

A diferencia de lo señalado respecto de la posición de los coherederos con relación a las deudas, el TS ha tenido pocas ocasiones de pronunciarse acerca de la situación de los mismos relativa a los créditos. En la STS de 17 de octubre de 1998³⁴³, estableció claramente que “*la comunidad hereditaria no genera solidaridad de acreedores*” y, por tanto, “*no se puede pagar para quedar liberado a uno cualquiera de los miembros de la comunidad hereditaria*”, ni “*uno solo puede transigir o renunciar o remitir una deuda ni en todo ni en parte*”. No cabe, según la sentencia, encajar aquella posibilidad en el artículo 1142 del C, porque la comunidad hereditaria no convierte a sus miembros en acreedores solidarios respecto a los créditos que correspondan a dicha comunidad, ni la solidaridad puede tampoco deducirse del artículo 1063 del Cc, referente a lo que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición.

La sentencia, partiendo de la consideración de la comunidad hereditaria como comunidad germánica señala que los coherederos han de actuar “*de consuno*”, y si lo hace uno solo de ellos, en beneficio de la comunidad. Ello supone aceptar que, respecto de los créditos, existe una mancomunidad activa entre los acreedores. Los coherederos han de actuar conjuntamente en cuanto al crédito, no siendo posible el pago total a uno, ni el pago parcial a otro, de su supuesta parte, siendo necesario el pago conjunto a todos ellos.

³⁴³Véase el comentario a la Sentencia de NÚÑEZ IGLESIAS. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, STS de 17 de octubre de 1998. “Comunidad hereditaria, vínculos de solidaridad activa”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 49, 1999, págs. 363-370.

Señala NÚÑEZ IGLESIAS³⁴⁴ que la posibilidad de que cada acreedor en mano común pueda ejercitar él sólo, en beneficio de la comunidad, las acciones relativas al crédito, choca con la necesidad del ejercicio colectivo extrajudicial del crédito. La cuestión, para este autor, guarda relación con el distinto régimen y naturaleza de los actos de conservación y de alteración sobre los bienes. Por ello entiende que la contradicción sólo puede salvarse entendiendo que el ejercicio de tales acciones es siempre un acto conservativo, para el cual toda participe esta facultado (artículos 394 y 395 Cc). Pero el ejercicio judicial del crédito persigue su cumplimiento y, con él, la extinción del mismo, y ello implica más bien disposición, que requiere unanimidad (art. 397). Puede intentar salvarse también mediante el recurso al artículo 1252.3º Cc (excepción de cosa juzgada), o a través de la extensión del régimen de la comunidad de bienes.

Por cualquiera de las vías, la posibilidad del ejercicio por cualquiera de los acreedores, sin contar con los demás, acerca la mancomunidad activa a la situación de solidaridad activa, aunque no las equipara, ya que en la primera, cada comunero no puede novar, compensar o remitir la obligación (artículo 1143 Cc), ni el deudor liberarse pagando a uno que él escoja (artículo 1142), pero cada acreedor, igual que en la solidaridad, puede reclamar judicialmente toda la obligación. Las vías de la extensión del régimen de la comunidad de bienes y el del 1252 Cc mantienen entre sí, no obstante, una importante diferencia: en el primer caso, la sentencia adversa no tiene efecto de cosa juzgada para los demás, mientras que en el segundo sí la tiene, igual que en la solidaridad. Los perjuicios para el deudor en el primer caso se acrecientan si se tiene en cuenta que la STS de 23 de enero de 1989 ha declarado la posibilidad no ya de que acciones los demás, sino de que el propio comunero vencido en juicio pueda volver a plantear la misma pretensión, pues lo contrario “*conduciría al absurdo de negarle facultad procesal y reconocerle, después, coparticipe beneficiario en la referida comunidad, en el caso de que prosperen las pretensiones hechas valer en el segundo proceso [por el comunero no litigante]*”.

Concluye el autor con la necesidad de corregir en este punto la regla general de la extensión de la legitimación activa a todos los coherederos, que a su juicio tiene sentido cuando se trata de derechos dominicales, pero carece del mismo cuando se trata de exigir judicialmente un crédito conjunto, y trae —de seguir hasta el final las reglas establecidas por el TS para la comunidad— la consecuencia excesiva de negar la excepción de cosa juzgada al deudor demandado por segunda vez.

5.1.5. Derecho civil autonómico

5.1.5.1. Derecho catalán

A. Responsabilidad del heredero por deudas y cargas de la herencia

El Derecho catalán, en lo referente al pasivo mantiene tradicionalmente la regla de la mancomunidad individualizada, de manera que las obligaciones y cargas de la

³⁴⁴NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *op. y loc. ult, cit.*

herencia quedan divididas entre los coherederos en proporción a sus respectivas cuotas, sin solidaridad entre ellos, reputándose, en consecuencia, obligaciones y cargas distintas.

La norma es consecuencia de la afirmación explícita de la sucesión universal del causante, en sus bienes, derechos y obligaciones, que establece el artículo 411.1 CC-Cat:

Artículo 411-1. Universalidad de la sucesión.

El heredero sucede en todo el derecho de su causante. Consecuentemente, adquiere los bienes y derechos de la herencia, se subroga en las obligaciones del causante que no se extinguen por la muerte, queda vinculado a los actos propios de este y, además, debe cumplir las cargas hereditarias.

Esta es también la solución acogida en el artículo 463.1, inciso 2º CCCat, que sigue la redacción del artículo 1.2 del CSC y del que resulta claramente la exclusión del pasivo del objeto de la comunidad hereditaria:

Artículo 463-1. Concurrencia de una pluralidad de herederos.

Si concurren a la sucesión, simultáneamente, una pluralidad de herederos, estos adquieren el patrimonio hereditario en proporción a las cuotas respectivas. Sin embargo, las obligaciones y las cargas hereditarias se dividen entre los coherederos en proporción a las cuotas respectivas, sin solidaridad entre ellos.

El criterio de responsabilidad *ultra vires hereditatis* de los herederos que acepten la herencia pura y simplemente se sanciona en el artículo

Artículo 461-18:

Por la aceptación de la herencia pura y simple, el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias, no solo con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente.

A cada heredero se podrá reclamar exclusivamente la parte del valor de la deuda correspondiente a su cuota de participación hereditaria. Aunque en principio resulta éste un sistema perjudicial para el acreedor, que se ve obligado a perseguir a cada heredero por una parte del crédito, sin que se garanticen recíprocamente las insolvencias, pues son deudas distintas unas de otras, aunque tengan un mismo origen, es lo cierto que también queda a salvo de los posibles pactos entre los coherederos relativos a la responsabilidad por el pago de las deudas, que podrían acordarse conforme a criterios distintos de la propia cuota, y que de este modo quedan en el ámbito de las relaciones internas entre los coherederos³⁴⁵.

Si alguno de los coherederos abona mayor cantidad de la que corresponde a su cuota, dispone de acción para reclamar a los demás su cuota proporcional, conforme al art. 464-16.2º CCCat. El núm. 3º establece asimismo que “*el coheredero acreedor del difunto puede reclamar a los demás el pago de su crédito, en la parte que corresponda a cada uno de ellos, una vez deducida la parte que le corresponde como coheredero*”

³⁴⁵En este sentido, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit, pág. 217.

B. El beneficio de inventario en el nuevo Derecho civil de Cataluña

El nuevo Derecho catalán sigue una tendencia favorable a la generalización de la limitación de la responsabilidad de los herederos, a través de la modificación del régimen del beneficio de inventario. Así lo justifica la Exposición de Motivos de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones:

En materia de aceptación y repudiación, la novedad más destacada es la facilitación de los efectos de limitación de la responsabilidad del heredero vinculados al beneficio de inventario. El libro cuarto avanza hacia la generalización de la limitación de responsabilidad del heredero a los bienes recibidos por herencia y lo hace extendiendo las consecuencias del beneficio de inventario, como efecto legal, a los herederos que efectivamente han practicado inventario, aunque no hayan manifestado la voluntad de acogerse a este beneficio o incluso aunque hayan manifestado que lo aceptan de forma pura y simple. . .

Las obligaciones y las cargas se dividen *ope legis* desde la aceptación de la herencia en tantas partes proporcionales a sus respectivas cuotas. Lo que importa, pues, para beneficiarse de la limitación de responsabilidad es que, en el plazo establecido en la Ley³⁴⁶ tengan lugar los “*facta concludentia*” consistentes en la elaboración de un inventario fiel de los bienes y de las deudas conocidas por el heredero o que razonablemente haya podido conocer, y el pago de las mismas, sin que la modalidad de aceptación represente ningún obstáculo a estos efectos.

Es más, el inventario no ha de constar necesariamente en documento notarial o judicial, sino que a éstos se equipara el que conste en documento privado, siempre que el inventario se haya presentado a la administración pública competente para la liquidación de los tributos sucesorios³⁴⁷. La norma se justifica en la Exposición de Motivos en la idea de que “*en las herencias modestas en que no existen bienes inmuebles, se acostumbra a hacer en documento privado*”.

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario ofrece las ventajas de limitación de la responsabilidad a los bienes hereditarios y evita transitoriamente la confusión patrimonial, en los términos del artículo 461-20:

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario produce los siguientes efectos:

³⁴⁶El plazo para la toma de inventario aparece establecido en el artículo 461-15 CCCat:

1. El inventario debe tomarse en el plazo de seis meses a contar del momento en que el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación”.

³⁴⁷Artículo 461-15.2º CCCat:

El inventario de la herencia debe formalizarse ante notario o por escrito dirigido al juez competente. . . Sin embargo, el inventario formalizado por el heredero en documento privado que se presente a la administración pública competente para la liquidación de los impuestos relativos a la sucesión también surte los efectos legales del beneficio de inventario”. El mismo precepto autoriza en su número 5º a los acreedores del causante y demás interesados en la herencia a intervenir en la toma de inventario.

- a) *El heredero no responde de las obligaciones del causante ni de las cargas hereditarias con los bienes propios, sino únicamente con los bienes de la herencia.*
- b) *Subsisten, sin extinguirse por confusión, los derechos y créditos del heredero contra la herencia, de los que puede efectuarse pago, y las obligaciones del heredero a favor de la herencia.*
- c) *Mientras no queden completamente pagadas las deudas del causante y las cargas hereditarias, no pueden confundirse en perjuicio de los acreedores hereditarios ni del heredero los bienes de la herencia con los propios del heredero.*

Con el fin de facilitar al máximo esta modalidad de aceptación, el Código Civil de Cataluña permite en su artículo 461-14 que el heredero que tome inventario, acepte la herencia con este beneficio “... aunque el causante lo haya prohibido y aunque acepte la herencia sin manifestar la voluntad de acogerse al mismo”.

Finalmente, ciertas personas y organizaciones jurídicas no precisan aceptar la herencia a beneficio de inventario para gozar de sus efectos:

Artículo 461-16. CCCat. Beneficio legal de inventario.

Disfrutan de pleno derecho del beneficio de inventario, aunque no lo hayan tomado, los herederos menores de edad, tanto si están emancipados como si no lo están, las personas puestas en tutela o curaduría, los herederos de confianza, las personas jurídicas de derecho público, y las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública o de interés social. También disfrutan del mismo las herencias destinadas a finalidades de interés general.

La administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario se rige por normas especiales, conforme al artículo 461-21, que contiene disposiciones particulares respecto del pago de las deudas del causante y de las de los herederos:

Administración de la herencia beneficiaria.

1. *El beneficio de inventario no impide al heredero adquirir la herencia, tomar su posesión y administrarla.*
2. *Antes de entregar o cumplir los legados, el heredero debe pagar a los acreedores conocidos del causante a medida que se presenten, bajo su responsabilidad, y debe cobrarse sus créditos con el dinero que halle en la herencia o que obtenga de la venta de los bienes de la propia herencia, sin perjuicio de los que pueda adjudicar en pago.*
3. *Si, una vez pagados algunos o todos los legatarios, aparecen acreedores hereditarios desconocidos y el remanente hereditario no es suficiente para pagarles, estos acreedores pueden repetir contra dichos legatarios.*
4. *Los acreedores particulares del heredero no pueden perseguir los bienes de la herencia hasta que todos los acreedores conocidos del causante hayan sido pagados.*
5. *El heredero que actúa fraudulentamente en los pagos y realizaciones de bienes y, en general, en la administración de la herencia beneficiaria pierde el beneficio de inventario.*

C. Medidas de protección del crédito: Beneficio de separación de patrimonios, limitación del derecho de repudiación de la herencia y aceptación de la herencia por los acreedores

Los acreedores tienen asimismo a su disposición la posibilidad de solicitar judicialmente el beneficio de separación de patrimonios como medida de garantía y conservación de sus créditos:

Artículo 461-23. Beneficio de separación de patrimonios

1. Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar al juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. También pueden solicitarlo los acreedores del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante.

2. Una vez tomado el inventario de la herencia, el juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo.

3. Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación de patrimonios tienen derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero, pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero. Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero.

También al designio de protección de los derechos de los acreedores, se debe que el CSC limite los efectos de la repudiación de la herencia cuando ésta se produce en perjuicio de su derecho:

Artículo 461-7. Repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores.

1. La repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores del heredero llamado no puede oponerse a estos, que pueden cobrar los créditos de fecha anterior a la repudiación sobre los bienes de la herencia o sobre la cuota de herencia repudiada si faltan otros recursos para cobrarlos.

2. El derecho de los acreedores caduca al cabo de un año de la repudiación.

Finalmente, destaca la E. de M del CSC la novedad en el régimen de la aceptación de la herencia por los acreedores, “*que pasa a configurarse, tal y como la interpreta mayoritariamente la doctrina, como un supuesto de inoponibilidad, a semejanza de la inoponibilidad de las donaciones, pero sujeta a un plazo de caducidad relativamente breve*”.

El Artículo 461-12, tras disponer que el derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia caduca a los treinta años de la muerte del causante, autoriza a las personas interesadas en la sucesión, “*incluidos los acreedores de la herencia o del llamado*”, a solicitar del juez, una vez haya transcurrido un mes a contar de la delación a su favor, que fije un plazo para que el llamado manifieste si acepta o repudia la herencia. Este plazo no puede exceder de los dos meses.

D. Cargas de la herencia

El Código catalán establece asimismo una exhaustiva enumeración de los gastos que tienen la consideración de cargas de la herencia en art. 461-19. Cargas hereditarias.

Son cargas hereditarias los gastos:

- a) De última enfermedad, de entierro o incineración y de los demás servicios funerarios.*
- b) De toma de inventario y de partición de la herencia, y las demás causadas por actuaciones judiciales, notariales o registrales hechas en interés común.*
- c) De defensa de los bienes de la herencia, mientras ésta esté yacente.*
- d) De entrega de legados, de pago de legítimas y de albaceazgo, y las demás de naturaleza análoga.*

5.1.5.2. Derecho aragonés y Derecho navarro

A diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho común en el que no cabe afirmar una radical separación entre el patrimonio del causante y el de sus sucesores herederos, que exija a los acreedores del causante dirigirse contra aquel patrimonio para el cobro de sus créditos, dejando indemne el de éstos, el Derecho aragonés y el Derecho navarro mantienen independientes ambos patrimonios, como resulta de los artículos 318 del Fuero Nuevo de Navarra:

El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediera en el pago a los acreedores, estos no estarán obligados a restituirles. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales

Y del artículo 40 de la Compilación aragonesa:

El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del casudal relicto, aunque no se haga inventario.

El Código del Derecho foral de Aragón incluye normas específicas sobre el pago de las deudas hereditarias por los coherederos en los artículos 369 y siguientes:

Artículo 369. Responsabilidad antes de la partición.

Los acreedores hereditarios, incluido el heredero que también lo sea, mientras no se realice la partición, habrán de proceder contra todos los herederos para exigir el pago de las deudas y cargas de la herencia.

Artículo 370. Derechos de los acreedores.

1. Los acreedores hereditarios reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o garantice el importe de sus créditos.

2. Los acreedores de uno o más de los partícipes pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.

Artículo 371. Responsabilidad después de la partición.

1. Hecha la partición, los acreedores hereditarios pueden exigir el pago de cualquiera de los herederos hasta el límite de su responsabilidad.

2. Igualmente, el coheredero acreedor de la herencia puede también reclamar de cualquiera de los otros el pago de su crédito, pero deducida su parte proporcional como tal heredero.

3. El demandado tiene derecho a hacer llamar a sus coherederos para que intervengan en el proceso, a menos que por disposición del causante o su fiduciario o a consecuencia de la partición hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

Artículo 372. Acción de regreso entre coherederos.

El coheredero que hubiese pagado más de lo que le corresponda por su participación en la herencia, puede reclamar la diferencia procediendo contra los demás coherederos y, si se ha practicado ya la partición, puede reclamar a cada uno su parte proporcional hasta el límite de su respectiva responsabilidad.

5.2. El concurso de la herencia

5.2.1. Noción y presupuestos

El concurso de herencia no es una figura nueva en nuestro ordenamiento, en el que la legislación procesal ha venido admitiendo, desde la primera redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posibilidad de que las *testamentarias* pudieran ser declaradas en concurso o quiebra³⁴⁸.

Al fallecimiento de una persona en cuyo patrimonio existen obligaciones pendientes que no pueden satisfacerse regularmente con los bienes y derechos integrados en su patrimonio relicto³⁴⁹, responde la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal con la declaración judicial de concurso de dicho patrimonio, estableciendo una serie de normas que regulan la capacidad concursal de la herencia (art. 1.2), la legitimación para solicitar la declaración del concurso (art. 3.4), las facultades de administración y disposición sobre la masa (art. 40.5), los efectos de la conclusión del concurso (art. 178.1º) y la

³⁴⁸El artículo 1053 de la LECiv de 1881 establecía:

Las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares; y si lo fueren, se sujetarán a los procedimientos de estos juicios.

³⁴⁹Son también necesarios otros presupuestos para tramitar el concurso: la defunción de la persona; la existencia de bienes, derechos u obligaciones a nombre del fallecido; y la falta de aceptación de la herencia pura y simplemente.

continuación del concurso ya declarado del causante después de su fallecimiento, ahora como concurso de la herencia (art. 182.1), preceptos que distan mucho de constituir un régimen unitario y uniforme³⁵⁰ o capaz de dar cuenta de las situaciones que genera la situación de insolvencia de la herencia, como hubiese ocurrido si se hubiera optado por la consideración legislativa de la herencia como objeto de un tipo especial de concurso, y que, por otra parte, no guardan tampoco la necesaria coordinación con la legislación procesal, todo ello a pesar de la intención del legislador, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley de conseguir una normativa concursal basada en los principios “de unidad legal, de disciplina y de sistema”.

Para que se pueda declarar el concurso de acreedores, debe producirse un estado de insolvencia, actual o inminente, por el que el deudor no pueda cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Producida esta situación la finalidad del concurso no es principalmente liquidatoria, sino que se dirige a conservar y hacer viable el patrimonio del deudor (frecuentemente una empresa) como medio para la satisfacción de los derechos de crédito afectados por la insolvencia. Se trata pues, ante todo, de conservar el patrimonio, de evitar su pérdida y procurar su recuperación económica, no solamente en interés de acreedores y deudores, sino también de otros sujetos afectados por la situación de crisis patrimonial.

Sobre estos postulados generales, la situación concursal de la herencia no implica necesariamente la falta de bienes en el patrimonio relicto, sino que tiene como presupuesto objetivo una situación de insolvencia, una falta de liquidez, que impide cumplir regularmente las obligaciones exigibles contra dicho patrimonio. Así resulta del artículo 2.2º LC: «*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*».

No obstante este presupuesto común, la sujeción de la herencia al concurso de acreedores no constituye, por diversas razones, un supuesto típico. Como señala MUÑOZ GARCÍA³⁵¹ tiene una serie de implicaciones derivadas de la singularidad del sujeto, heredero o legatario, y sin duda, de la especial entidad del patrimonio con titular interinamente indeterminado y. produce una situación jurídica que conlleva modifica-

³⁵⁰Como el que por ejemplo acoge la Ley de Insolvencia alemana (Insolvenzordnung), de 5 de octubre de 1994, en vigor desde 1999, que establece un procedimiento único de insolvencia, con una importante participación de los acreedores. Vid. SCHMIDT, K, “Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La Ley alemana de insolvencia de 1994(InsO)”, traducción de PULGAR EZQUERRA, Juana, en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002. Véase también para un breve resumen del contenido fundamental de la legislación concursal alemana la información facilitada por la Red judicial Europea en materia civil y mercantil de la Comisión Europea en: europa.es/civiljustice/bankruptcyger.es.htm. Fecha de consulta: 26 de mayo de 2013. Una traducción de la ley alemana de insolvencia a cargo de ARIAS VARONA, F. J, puede encontrarse en *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 20, 1996, págs. 215-312.

³⁵¹MUÑOZ GARCÍA, Carmen, “La necesidad de un tratamiento unitario del concurso de la herencia”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº. 13, 2010. págs. 141-156. La autora estudia la peculiar situación en que queda el patrimonio del causante abocado al concurso, en el que, siendo preciso determinar el valor de los activos con los que cuenta la herencia y las deudas que tiene que asumir, incide necesariamente en una intervención plena de la administración del concurso, sin voz ni voto de los herederos o legitimarios.

ciones en la capacidad de obrar de los coherederos y, particularmente, en el régimen normal de administración y disposición de la masa y, por lo tanto, en el de la comunidad hereditaria, cuando el concurso afecta a ésta.

5.2.2. La excepcionalidad del concurso de la herencia

El concurso de herencia se ha contemplado en la Ley Concursal y en los textos que precedieron a su redacción final, como un supuesto excepcional en varios sentidos. Sin embargo, esa excepcionalidad no ha hecho al concurso de herencia acreedor de un tratamiento especial, acorde sobre todo con la singularidad de la herencia como patrimonio y con su falta de personalidad jurídica, ni tampoco de un tratamiento unitario. Probablemente la intención de simplificar la regulación de estos supuestos, y la consideración del carácter minoritario que las situaciones de crisis patrimonial civil tenían frente a las insolvencias mercantiles, han desembocado en una muy deficiente regulación del concurso de la herencia, y, en general, de la consideración de las situaciones sucesorias desde el punto de vista concursal. El resultado es la ausencia, no ya de un tratamiento unitario, sino incluso igualitario de estas situaciones.

5.2.3. Legitimación para solicitar el concurso de la herencia

La LECiv de 1881 preveía la posibilidad de la declaración concursal de la herencia en el art. 1053: *“Las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares; y si lo fueren, se sujetarán a los procedimientos de estos juicios”*.

La LECiv de 2000 regula la materia en la sección 1ª, Cap. I, del Tit. II del Libro IV, que se dedica a los procesos especiales, en sede de división judicial de patrimonios. En particular, el artículo 782 legitima para solicitar la división judicial de la herencia a *“cualquier heredero o legatario de parte alícuota”*. Sin embargo, en su pfo. 3º, apartándose del criterio anterior excluye expresamente de esta legitimación a los acreedores, señalando que *“no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio ordinario que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de herencia”*.

Ahora bien, la propia Ley reconoce en el art. 6.4 la capacidad para ser parte en los procedimientos civiles, no sólo de las personas físicas y jurídicas, sino también de *“las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración”*.

La posición de los acreedores quedó entonces en un terreno dudoso, sometida a una prohibición que se compadecía mal con la capacidad concursal reconocida herencia. La Ley Concursal, sin modificar la normativa procesal, les incluyó entre los legitimados para solicitar el concurso de la herencia en el artículo 3.4: *“los acreedores del deudor*

fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario". Esta legitimación lleva consigo no solamente la posibilidad de solicitar la declaración de concurso, que pondrá en marcha la administración concursal, con todas sus consecuencias, sino también la de pedir la adopción de medidas cautelares que aseguren la integridad del patrimonio del deudor, en los términos del artículo 17.1 "A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

La legitimación del heredero para instar la declaración concursal lleva implícita la de iniciar la denominada negociación preconcursal³⁵², dirigida a lograr adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, y a la que se refiere el artículo 5 bis, 1º de la LC: «El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley».

Cuando dicha comunicación se realiza con anterioridad al vencimiento del plazo de solicitud de la declaración de concurso, el deudor —en nuestro caso el heredero— obtiene la ventaja de quedar exonerado del deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, conforme al art. 5 bis, 2º.

5.2.4. Supuestos contemplados en la Ley Concursal

La Ley Concursal regula en realidad, con relación a la herencia, dos supuestos distintos: uno primero, el propiamente expresado en el referido art. 1.2, que integra tanto a la situación de herencia yacente como la de la herencia aceptada a beneficio de inventario. Tras admitir la Ley en su artículo 1.1, como regla general, que pueden ser declaradas en concurso las personas naturales o jurídicas, admite la excepción de la capacidad concursal de la herencia, "en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente". De este modo se constituye la herencia en presupuesto para la oportuna tramitación del concurso, para el supuesto de que el fallecimiento tenga lugar antes de la declaración, pero sin que el precepto sea capaz de acoger los distintos supuestos de aceptación que pueden plantearse tras el fallecimiento de una persona, tal y como los establece el artículo 998 Cc.

En segundo lugar, la LC contempla en el artículo 182³⁵³, el supuesto de la continuación del concurso, es decir, la situación que se origina cuando el ya declarado en

³⁵²Es cierto que el precepto del art. 5 bis no se refiere en particular al concurso de la herencia, pero parece razonable admitir para el heredero la posibilidad de intentar llegar a acuerdos con los acreedores de la masa que pudieran evitar la declaración concursal en los mismos términos en que se admite para el deudor, puesto que existe idéntica razón.

³⁵³Artículo 182. Fallecimiento del concursado.

concurso fallece o es declarado fallecido. Con acierto dispone la LC para este caso que continuará el procedimiento en su tramitación como concurso de la herencia. Es decir, declarado el concurso en vida del deudor, y fallecido éste —o declarado fallecido— antes de que concluya el procedimiento, el legislador concursal no considera dicho suceso como motivo para la conclusión del concurso, sino que considera que éste debe continuar, aunque ahora como concurso de la herencia y bajo la tutela patrimonial de la Administración concursal, con la importante consecuencia de que, entretanto, no cabrá la división de la herencia.

En ambos casos, el fallecimiento de la persona actúa como presupuesto subjetivo de la declaración de concurso, y la insolvencia actual o inminente, de la masa para atender regularmente las obligaciones que recaen sobre la misma como presupuesto objetivo. En ambos casos, también, la masa hereditaria actúa jurídicamente como un patrimonio separado, pues es precisamente la falta de confusión con el patrimonio personal de los herederos lo que constituye el presupuesto para que pueda ser declarada en concurso sin que ello acarree el de aquellos. Y, finalmente, en ambos casos, los herederos se verán privados de las facultades de administración y disposición que ordinariamente les corresponden, pues tales facultades se encomiendan a la administración concursal (arts. 40.5 y 182.1), sin que la Ley admita modificación de esa situación.

En consecuencia puede declararse un concurso o proseguir dicho concurso de acreedores respecto de la herencia, siempre que los herederos hubieran aceptado la herencia a beneficio de inventario, no hubieran aceptado, o la herencia fuera yacente.

Nuestro interés se centra, no ya en la situación de herencia yacente todavía sin titular, que puede ser que no pueda hacer frente al pago regular de las deudas que tuviera el difunto, por lo que puede ser declarada en concurso, sino en la de la herencia aceptada a beneficio de inventario³⁵⁴.

1. *La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto.*

2. *La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos.*

3. *La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso.*

³⁵⁴Por la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, y cumplidas todas las formalidades y requisitos exigidos en los arts. 1010 y ss. Cc, la responsabilidad del heredero, se convierte una responsabilidad limitada o *intra vires hereditatis* (art. 1023 Cc), lo que no significa, sin embargo, que quien acepta a beneficio de inventario, deje de responder por los actos que realice *ex post*.

El artículo 1024 del Cc prevé la pérdida del beneficio de inventario para el heredero que, antes de pagar las deudas, enajene bienes de la herencia sin autorización judicial y el CCCat con la intención de mantener separados los patrimonios del heredero deudor y de su causante en beneficio de los titulares de los derechos de crédito y del propio heredero establece en su 461.20. c) la siguiente consecuencia para la aceptación a beneficio de inventario: *Mientras no queden completamente pagadas las deudas del causante y las cargas hereditarias, no pueden confundirse en perjuicio de los acreedores hereditarios ni del heredero los bienes de la herencia con los propios del heredero.*

5.2.4.1. La declaración concursal de la herencia del art. 1.2 LC

El artículo 1.2 LC contempla, a su vez, dos supuestos: por un lado, el de la situación de herencia yacente³⁵⁵, una situación en la que es necesario proveer a la conservación de los bienes y derechos del causante entretanto tiene lugar la aceptación o repudiación de la herencia por los llamados a sucederle, y no sólo en beneficio de estos, sino también en el de otros interesados en el patrimonio hereditario, entre ellos los acreedores; y por otro —este referido expresamente— el de la aceptación a beneficio de inventario³⁵⁶, esto es, aquella situación en la que el heredero, haciendo uso de la facultad que el concede el ordenamiento jurídico, evita la confusión de su patrimonio con el del causante, limitando su responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia a los bienes de ésta, esto es, *intra vires hereditatis*.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta para el caso de que sean varios los llamados a la herencia, que podrían unos aceptarla y otros repudiarla, y que, aún aceptándola todos los llamados, la facultad de aceptar a beneficio de inventario es una facultad de ejercicio individual, y corresponde por tanto a cada uno de los llamados (art. 1007 c. C), la decisión de autolimitar su responsabilidad y mantener su patrimonio personal separado del hereditario, por lo que se plantearán problemas de difícil solución cuando alguno o algunos de ellos acepten a beneficio de inventario y otros pura y simplemente. De acuerdo con MUÑOZ GARCÍA³⁵⁷, los problemas derivados de esta situación podrían haberse resuelto convirtiendo a todos los herederos en beneficiados, quedando como patrimonio en liquidación de sus cargas y deudas, separado del propio del heredero, al que pasará lo que reste de la liquidación, solución acogida tanto por el Proyecto García Goyena, en su artículo 836, como en el art. 1019 del Anteproyecto de 1882-1888.

No reconoce por tanto el precepto capacidad concursal a la herencia aceptada pura y simplemente, puesto que, bajo esta forma de aceptación, es claro que el heredero responderá de todas las deudas de la herencia con su patrimonio personal, *ultra vires hereditatis*, que puede ser suficiente para satisfacerlas y no sólo con los bienes hereditarios, por lo que ya no cabe hablar propiamente de concurso de la herencia sino del propio heredero, si resultase insolvente, ya que éste es ahora titular de un único patri-

³⁵⁵Operando como límite temporal para el concurso de la herencia el momento en que hayan transcurrido los plazos para la aceptación pura y simple que es aquel en que, si el heredero acepta la herencia, deja de existir la herencia yacente,

³⁵⁶Aunque no tiene en cuenta la LC el derecho que asiste al heredero para deliberar antes de aceptar o repudiar la herencia, conforme al artículo 1010. 2º Cc, lo que implica la previa formación de inventario, a fin de conocer el estado en que se encuentra la herencia. No obstante, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de 23 de junio de 2008, que la Ley Concursal recoge la posibilidad de la solicitud de declaración de concurso siempre que se trate de una herencia no aceptada pura y simplemente (herencia yacente), cuando se ha repudiado la herencia, o la aceptación a beneficio de inventario *o durante el tiempo en que ejerza su derecho a deliberar el heredero*.

La aceptación a beneficio de inventario requiere de una declaración de voluntad expresa ante Notario o por escrito ante el Juez competente para conocer de la sucesión, precedida o seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia (arts. 1011, 1012 y 1013 Cc) y ha de formularse en los plazos establecidos en los arts. 1014 a 1016 Cc.

³⁵⁷MUÑOZ GARCÍA, Carmen, “La necesidad de un tratamiento unitario del concurso de la herencia”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, cit. pág. 4.

monio, en el que han quedado englobados los bienes de la herencia, indiscernibles ya de los propios.

5.2.4.2. La continuidad del concurso tras el fallecimiento del concursado (art. 182 LC)

La norma del artículo 1.2 LC se refiere sólo al supuesto en que, al tiempo de su fallecimiento, el causante no estuviese bajo la declaración judicial del concurso, pues en tal caso, se sigue el régimen del artículo 182³⁵⁸ de la propia Ley, que establece que, fallecido el concursado, continúe tramitándose como concurso de la herencia y correspondiendo los actos de administración y disposición patrimonial a la Administración concursal, sin posibilidad de modificación, esto es, como si se tratase de un concurso necesario, disponiéndose en el pfo. 3º del art. 182 que durante la tramitación del concurso la herencia se mantendrá indivisa, lo que constituye un caso de prohibición legal de división de la herencia y, por ende, de continuidad forzosa de la situación de comunidad hereditaria cuando existen varios herederos aceptantes, los cuales conservarán los efectos propios del beneficio de inventario.

Por otra parte, la aceptación a beneficio de inventario no ha de tener lugar necesariamente a través de una declaración de voluntad expresa. Es más, el propio artículo 3.4 de la LC entiende que, que en caso de haber sido solicitado el concurso voluntariamente por el heredero, la solicitud “*producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario*”.

Entre las deficiencias de la regulación concursal de la herencia se han señalado también la falta de previsión respecto de los supuestos en que el testador no realiza designación nominal del beneficiado, o lo hace de forma errónea, genérica o incierta, comprometiendo la eficacia de la disposición testamentaria³⁵⁹.

5.2.5. Administración y disposición del caudal relicto en situación de concurso de la herencia

La declaración o continuación del concurso introduce modificaciones en el régimen normal de administración y disposición de la herencia.

³⁵⁸Para algunos autores, entre los que se cuenta MUÑOZ GARCÍA, la solución del artículo 182 LC debió haberse generalizado a todos los supuestos incluidos bajo la rúbrica “Del concurso de la herencia”. Vid. MUÑOZ GARCÍA, Carmen, “La necesidad de un tratamiento unitario del concurso de la herencia”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, cit, pág. 5. En general, la autora considera que la Ley Concursal debió seguir el esquema del art. 182 para los supuestos de herencia yacente y de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, con lo que se hubiera conseguido un tratamiento más igualitario y coherente, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales que procedan. El texto final de la Ley no ha acogido en puntos importantes algunas de las soluciones que se contenían en sus precedentes, y en particular en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (conocido como *Anteproyecto Rojo*), lo que hubiese conducido a mejores resultados.

³⁵⁹Véase. REGLERO CAMPOS, Luís Fernando, *Institución de herederos. Designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.

El auto de declaración del concurso, expresará, conforme al artículo 21 LC, el carácter necesario o voluntario del mismo, y si el deudor ha solicitado la liquidación. También incluirá los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor, y el nombramiento y facultades de los administradores concursales. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, conforme a la LC el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto corresponde necesariamente a la administración concursal, sin que pueda cambiarse esta situación. Así lo establece el art. 40.5, que, al tratar de las facultades patrimoniales del deudor, señala: *«En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación»*.

La excepcionalidad de la situación concursal de la herencia se confirma en la regla mencionada, que no constituye la regla general. La regla general es la de que el deudor conservará, a pesar del concurso, las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio y solo se someterá a la intervención de los administradores en el concurso voluntario (art. 40.1) y en el necesario, quedarán suspendidas dichas facultades (art. 40.2). Pero no obstante, el sistema es en general flexible: se podrá acordar la suspensión en el concurso voluntario y la mera intervención en el necesario (“ex” art. 40.3), con la sola excepción de la situación concursal de la herencia, para la que no admite dicha flexibilidad.

No se admite por lo tanto, en relación con el concurso de la herencia lo que está admitido para otras situaciones, esto es, la modificación de la situación acordada que consiste en la sujeción al régimen de autorización o conformidad de la administración concursal cuando se trata de concurso voluntario del deudor, o la suspensión de su facultad para el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sustituido en ellas por la administración concursal, en caso de concurso necesario. Así resulta del artículo 40.3 de la LC: *«No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener»*.

En consecuencia, la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición sobre el caudal hereditario corresponde a la administración concursal hasta la finalización del procedimiento, sin que la autoridad judicial pueda modificar dicha situación y restituir tales facultades a los herederos. No obstante, la declaración de concurso de la herencia no afecta a la facultad testatoria, como señala el art. 40.6.2º, de conformidad con el principio de libertad de testar que acogen los artículos 662 y 663 Cc: *«El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia»*.

La norma del artículo 40.5 se reproduce para el supuesto de la continuación del concurso regulado en el art. 182.1º: *«La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el*

ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto».

En consecuencia, tanto en el supuesto del artículo 1.2 como en el del artículo 182.1º, los herederos integrantes de la comunidad hereditaria perderán temporalmente las facultades de administración de los bienes —incluidas las de disfrute y percepción de los frutos— y las de disposición, tanto de los bienes comunes como de la propia cuota, pues en tales facultades serán sustituidos por la Administración concursal, que las ejercerá en beneficio del concurso, sin que puedan los herederos solicitar, ni el Juez adoptar medidas que modifiquen dicho régimen, lo que asimila en este punto el concurso de la herencia a la situación del concurso necesario (art. 40.2)³⁶⁰.

Las facultades de administración y disposición del concurso están orientadas principalmente a la conservación de la masa del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1), sin que estén autorizados para realizar actos de enajenación o gravamen de los bienes y derechos que integran la masa hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, a menos que lo sean por el juez (art. 43.2 LC³⁶¹).

Corresponde sin embargo a los herederos, ya que no facultades patrimoniales de administración o disposición sobre la masa de la herencia, sí la de designar a quien deba representarla en el procedimiento a que se refiere el artículo 182.2º I. C, siempre que la representación no corresponda a otra persona conforme a derecho.

Los coherederos verán también temporalmente suspendida la facultad divisoria del art. 1051 Cc en el supuesto de continuidad del concurso iniciado en vida del causante, sin que pueda solicitarse ni practicarse la partición de la herencia, pues la herencia se mantendrá necesariamente indivisa mientras dure el procedimiento, como señala el artículo 182.3º LC.

Es más, el cumplimiento de esta prórroga forzosa de la situación de indivisión y la sujeción de los bienes al procedimiento³⁶² se asegura mediante la comunicación del

³⁶⁰Con un régimen excepcional de carácter más estricto o riguroso, puesto que, tanto respecto del concurso voluntario como del necesario establece el art. 40.3º la posibilidad de la modificación judicial motivada de las medidas adoptadas, cuando el interés del concurso lo aconseje, lo que no cabe respecto de la herencia: «*No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener*».

³⁶¹Con la excepción de los actos dispositivos que se contienen en el art. 43.3º, que se refiere a aquellos que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso, (que deberán justificarse y comunicarse inmediatamente al juez) de aquellos bienes que no sean indispensables para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario, y de actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos del artículo 44.

Obsérvese que los casos contenidos en el art. 43 LC en los que se justifica la realización por la Administración concursal de actos de disposición sobre la masa activa están pensados para el supuesto de concurso mercantil, y tienen su pleno sentido en su aplicación a la actividad empresarial del deudor, que se trata de conservar en lo posible. Sin embargo no contienen referencia alguna al concurso de la herencia, al que son de difícil aplicación y que deberían encontrar justificación en razones distintas.

³⁶²Señala el artículo 55.1.1º y 2 de la LC:

concurso de la herencia a los Juzgados y organismos públicos en los que se tramiten procedimientos ejecutivos respecto de los bienes del deudor.

Ahora bien, obsérvese que dicha norma se establece de manera expresa solamente para el supuesto de “*continuación del concurso*” del art. 182, y no para el del artículo 1.2, por lo que no queda claro como pueden convivir las facultades patrimoniales de administración y disposición patrimonial que ejerce la Administración concursal sobre el caudal hereditario, con el derecho que a cualquier coheredero otorga la legislación civil para instar su división y que desarrolla la LECiv en los arts. 782 y ss.

5.2.6. La Ley Concursal y los supuestos de limitación “ex lege” de la responsabilidad del heredero en el derecho civil autonómico. El caso del Derecho aragonés

Para RAMS ALBESA³⁶³ el legislador concursal ha partido del conocimiento erróneo, y preeminente mercantil de la norma, de que, en todos los derechos de su-

1. *Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.*
2. *Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.*

³⁶³RAMS ALBESA, Joaquín José, “El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 17, 2009, pág. 77. Cita el autor el principio histórico, documentado desde el siglo XIII y vigente hasta la fecha que afirma con rotundidad que “*los herederos no están obligados más allá de las posibilidades que ofrece la herencia (intra vires) aún cuando no hayan hecho inventario (Observancia 12ª de testamentis)*”. Así se mantiene en la nueva regulación, contenida en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba Código del Derecho Foral de Aragón». cuya Exposición de Motivos señala (apdo. 31): “*La responsabilidad del heredero, incluido el troncal, por las deudas y cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, tradicionalmente calificada como «beneficio legal de inventario», se mantiene tal como venía operando, con algunas aclaraciones en aspectos prácticos y, en particular, se señala la vía por la que el heredero podrá defender sus bienes frente a los acreedores del causante y se establecen las preferencias a favor de éstos respecto de los legatarios y los acreedores del heredero*”. El Cap V del Tít. I del Lib III se dedica a la Responsabilidad del heredero.

- Artículo 355. Limitación de la responsabilidad del heredero. 1. El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario.*
- 2. Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados.*

RAMS se refiere al fallido intento del legislador concursal de imponer un sistema de “unidad legal, de disciplina y de sistema”, pretensión que considera reñida con las previsiones constitucionales sobre los derechos civiles forales o especiales. (pág. 43). La falta de exactitud en el contenido material de la Ley en relación con estos derechos se proyecta también en relación con la confusión de patrimonios (art. 3.5), la capacidad para testar (art. 40.6) y las consecuencias sucesorias derivadas del fallecimiento de un concursado durante la tramitación del concurso (art. 182.1º). El difícil encaje de la Ley Concursal

cesiones que conviven en España, para limitar la responsabilidad de los herederos por deudas de su causante se requiere que la aceptación se haga a beneficio de inventario del activo del caudal relicto.

Esto no es así en el Derecho aragonés, donde, a diferencia de los sistemas jurídicos que recibieron influencia romano-bizantina, en los que el heredero responde ilimitadamente de las deudas (*ultra vires*), aunque puede limitar su responsabilidad a través de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia es limitada a la solvencia de la propia herencia (*intra vires*).

La consecuencia es, a su juicio, la inaplicabilidad de la norma a la liquidación, por vía de concurso, de los fallecidos aragoneses, puesto que es el causante quien determina, en los supuestos de interregionalidad, cual sea el derecho material aplicable, y la responsabilidad es uno de éstos supuestos, por lo que habrá de estarse a la legislación civil aragonesa —que es ajena a la institución del beneficio de inventario— debiendo la formación de la masa activa y pasiva ceñirse a los bienes y derechos de la masa de la herencia, con exclusión total de los que pertenezcan al heredero³⁶⁴.

En lo que se refiere al Derecho civil de Cataluña, se recoge en el artículo 461.22 del CDS una norma particular sobre las obligaciones del heredero a beneficio de inventario en relación con el concurso:

Artículo 461-22. Concurso de la herencia “*El heredero que disfruta del beneficio de inventario, si se cumplen los requisitos legales, tiene el deber de solicitar la declaración de concurso de la herencia y, una vez declarado, de proceder de acuerdo con la legislación concursal*”³⁶⁵.

en ninguna de las categorías habituales para la distribución sistemática de competencias dentro del ordenamiento jurídico conforme al art. 149 CE se encuentra en el origen del conflicto competencial.

³⁶⁴Solamente en los casos de responsabilidad que traigan causa de la gestión de la administración o gestión de la propia herencia o de la posesión anterior de los bienes hereditarios habrá lugar a la responsabilidad *ultra vires* de créditos. De hecho, la solución general para toda sucesión debería ser la limitación de la responsabilidad a la solvencia real del causante, sin hacer al heredero, por el hecho de serlo, responsable de sus deudas, a menos que cumpla una serie de exigencias formales. RAMS ALBESA, Joaquín José, *El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones*, cit. págs. 78 y 79.

³⁶⁵Con lo que probablemente se pretende, como señala SÁNCHEZ LINDE, fomentar la seguridad jurídica agrupando a todos los acreedores (los del causante y los del concursado) en torno al concurso de acreedores. Véase. SÁNCHEZ LINDE, Mario, “La aceptación de la herencia del concursado heredero”, *Diario La Ley*, nº 7852, Mayo, 2012, pág. 6.

Capítulo 6

Defensa de los bienes comunes

Índice del capítulo:

6.1. Legitimación para la defensa de los bienes comunes	215
6.1.1. Ejercicio de acciones hereditarias en beneficio de la comunidad. Legitimación. Cuestión del litisconsorcio activo necesario	217
6.1.2. Restricciones a la legitimación individual para la defensa judicial de los bienes. Posición de la jurisprudencia	219
6.1.3. La legitimación para la denegación de la prórroga forzosa en el arrendamiento de vivienda o local de negocio común	221
6.1.4. La legitimación para representar a la comunidad en una sociedad, ejerciendo los derechos de socio	222
6.2. Facultades de aseguramiento de la futura efectividad del derecho. La protección registral del derecho de los coherederos durante la indivisión	223
6.2.1. El derecho hereditario <i>in abstracto</i> como límite a la disponibilidad de los bienes de la herencia antes de la partición	224
6.2.2. El acceso del derecho hereditario al Registro de la Propiedad en la doctrina de la DGRN y del TS	226
6.2.3. La anotación preventiva del derecho hereditario tras la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-1946. Examen de los artículos 42 y 46	229
6.2.3.1. Legitimación para solicitar la práctica de la anotación preventiva	231
6.2.3.2. Requisitos para practicarla	232
6.2.3.3. Efectos de la anotación	233
6.2.3.4. Extinción de la anotación preventiva	234
6.2.3.5. Inscripción a favor de la comunidad hereditaria sin determinación de cuotas	236
6.2.3.6. Cancelación de inscripciones o anotaciones extendidas en el Registro de la Propiedad a favor del causante. Examen del artículo 213 RH	237

6.1. Legitimación para la defensa de los bienes comunes

Aunque entre las normas que el Código Civil contiene sobre la comunidad hereditaria no se hace referencia a la legitimación, activa o pasiva, de los comuneros para

actuar en juicio en defensa o interés de los bienes comunes³⁶⁶, el Tribunal Supremo ha sustentado sobre el artículo 394 Cc la posibilidad de ejercitar dicha defensa, siempre que se haga en beneficio de la comunidad, de manera que la sentencia favorable aprovecha a todos los coherederos y la adversa, en cambio, no produce efecto de cosa juzgada para aquellos que no litigaron.

También sostiene esta legitimación el artículo 395 Cc, al facultar a cualquiera de los coherederos para llevar a cabo actos conservativos de los bienes hereditarios, obligando a los copartícipes: «*Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común...*».

Así pues, tratándose de actos dirigidos a salvaguardar la existencia del patrimonio hereditario o la integridad de su valor, cada uno de los copartícipes está legitimado para actuar por sí sólo, lo que ampara no solamente los actos tendentes a la conservación material de los bienes, sino también los que se dirigen a su conservación jurídica mediante su defensa judicial. Así lo ha mantenido muy reiteradamente el Tribunal Supremo, al declarar que los herederos, o cualquiera de ellos en beneficio de la herencia yacente y comunidad hereditaria, tienen “*la suficiente legitimación*” (STS de 21 de octubre de 2002).

Aunque en tesis de principio la demanda debería de ser entablada conjuntamente por todos los copartícipes para que esté bien constituida la relación-jurídico material, el Tribunal Supremo³⁶⁷ ha extendido a la comunidad hereditaria la doctrina sobre ejercicio de acciones para la defensa judicial de los bienes comunes elaborada respecto de la comunidad ordinaria, estableciendo reiteradamente que no cabe oponer la excepción de litisconsorcio activo necesario frente a la acción ejercitada por uno solo de los partícipes en beneficio de la comunidad. Por lo tanto, cualquiera de los comuneros podrá comparecer en juicio y ejercitar acciones que competen a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma, y la resolución favorable aprovechará a los demás, sin que les perjudique la desfavorable (STS de 10 de abril de 2001, entre otras muchas).

Sin embargo, la cuestión del ejercicio de acciones judiciales en beneficio de la comunidad de herederos requiere un análisis más detenido, que ha de comenzar por el de la regulación procesal del litisconsorcio activo y pasivo.

³⁶⁶En el Derecho civil de Cataluña establece el nuevo CCCat. Artículo 463-4. Administración de la herencia.

3. Los coherederos están legitimados individualmente para hacer los actos necesarios de conservación y defensa de los bienes.

En defensa de la masa común hereditaria, podrá también cualquiera de ellos procurar su conservación ejercitando individualmente y sin necesidad del concurso de los demás, las acciones que en vida correspondían al causante y las nacidas después, siempre que lo haga en beneficio de la comunidad, y no en interés particular.

³⁶⁷Vid. SSTS: de 17 de junio de 1961; 17 de mayo y 4 de julio de 1963; 13 de marzo de 1964, 10 y 25 de junio y 10 de noviembre de 1965; 17 de marzo de 1969; 24 de octubre de 1973; 5 de febrero de 1975; 20 de marzo y 3 de julio de 1981; 15 de junio de 1982; 3 de febrero y 19 de julio de 1983; 23 de noviembre de 1984, 16 de septiembre y 25 de octubre de 1985, 12 de febrero de 1986, 7 de diciembre de 1987, SSTS de 10 de abril de 1990, y 16 de octubre de 1995, entre otras muchas.

6.1.1. Ejercicio de acciones hereditarias en beneficio de la comunidad. Legitimación. Cuestión del litisconsorcio activo necesario

La LECiv se refiere solamente al litisconsorcio pasivo necesario, sin mencionar el activo. Así, el artículo 12.2 de la LECiv, establece: «*Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa*».

Para una parte de la doctrina procesal entre la que se cuenta LÓPEZ JIMÉNEZ³⁶⁸, una de las principales razones de la omisión se encuentra en que el legislador se ha dejado llevar por la doctrina errónea del Tribunal Supremo sobre el litisconsorcio activo en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria. Ésta jurisprudencia, afirma la autora, ha confundido el tratamiento procesal del litisconsorcio activo con la naturaleza jurídica y aquí es donde se equivoca y lleva al legislador a entender que no existen supuestos de litisconsorcio activo necesario.

El problema se plantea desde la definición misma de las situaciones procesales. El hecho de no hallarse prevista legalmente la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario hace imposible su equiparación con el litisconsorcio pasivo necesario, impuesto en su acogimiento jurisprudencial, incluso de oficio, en defensa del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Sobre esta doctrina, afirma la sentencia de 3 de octubre de 2007 «*a este efecto, como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa, que, como tal, carecería de un presupuesto preliminar a la consideración de fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria*».

Esta jurisprudencia ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina procesal. Así, señala MORENO CATENA³⁶⁹, que, además de conceder eficacia a la cosa juzgada *secundum eventum litis*, deja a la discreción del demandado el elegir si tener enfrente a un solo actor o, por el contrario, que vengan al proceso todos los titulares de la relación jurídica.

Ha de considerarse, además, que la jurisprudencia admite que el comunero pueda ejercitar las acciones que puedan favorecer a los demás, pero no que sea demandado solo, es decir, cuando se demanda a uno solo o a varios de los partícipes de la comunidad, pero no a todos los que la integran, el convocado a juicio podrá oponer la excep-

³⁶⁸LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel, “Comentarios prácticos a la LEC. Artículos 12 y 140”. *Revista InDret* 4/2004, págs. 7 y sigs. www.indret.com. Fecha de consulta: 21/08/2012. De esta opinión participan otros autores, como MORENO CATENA. Vid. MORENO CATENA, Víctor, *El proceso civil*, (coord. Escribano Mora), Vol. I, Valencia, op. cit., pág. 129.

³⁶⁹MORENO CATENA (2001), *El proceso civil*, cit., pág. 130. Citado por LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel, op. y loc. cit.

ción litisconsorcial fundamentando hallarse colegitimado y no legitimado pasivamente de forma individual (STS de 5 de abril de 1968). Por tanto, se crea la necesidad del litisconsorcio pasivo, pero no del activo, lo que no tiene mucha justificación.

Pero quizás el principal argumento utilizado en contra de la doctrina del Tribunal Supremo es el de la libertad que debe reconocerse a los copartícipes en el ejercicio del derecho a la acción. Hay que partir de la consideración de la acción como un derecho cuyo ejercicio es libre, por lo que no se puede forzar a nadie a promover la acción, ni siquiera por quienes resulten ser titulares de la relación de derecho material. A *sensu contrario*, nadie ha de quedar condicionado para formular su reclamación judicial a la voluntad de quien no desee accionar conjuntamente.

Ahora bien, entendemos que dada la disponibilidad de cada uno de los copartícipes sobre los bienes que integran la masa a los efectos de su defensa, la relación jurídico-material está bien constituida, sin que sea necesario para ello que se ejerciten las acciones en forma conjunta y mancomunada.

Este criterio es también decisivo para el Tribunal Supremo, que ha marcado las diferencias entre el litisconsorcio activo y las del pasivo, estableciendo, en la Sentencia de 19 de diciembre de 2000, entre otras que: *“no pueden equipararse la situación de litisconsorcio activo con la del pasivo, ni calificarse ambas de litisconsorcio necesario, por cuanto si bien es evidente que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, no es menos cierto el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros, a menos que la disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no pueda ejecutarse, sino en forma conjunta y mancomunada con otro, lo que se traduciría en falta de «legitimatío ad causam», que al carecer de un presupuesto preliminar de fondo, basado en razones jurídico materiales, debiera conducir a una sentencia desestimatoria”*.

En cuanto a las concretas acciones que pueden ejercitarse en virtud de esta legitimación, señala COLINA GAREA³⁷⁰ que ésta comprende tanto las acciones personales referidas a créditos del causante, como las de naturaleza real tales como la reivindicatoria o la negatoria. Sin embargo, debe entenderse que las acciones cuyo ejercicio entrañe un verdadero acto de disposición, sólo podrán ser ejercitadas por todos los herederos conjuntamente.

En cuanto a las acciones de anulabilidad, resolución, rescisión y revocación, habrá que distinguir si se refieren a un acto de simple administración, en cuyo caso bastará el acuerdo de la mayoría para ejercitarlos, o un acto de disposición, supuesto en el que será necesario el acuerdo unánime de los coherederos.

³⁷⁰COLINA GAREA, R, “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, cit., pág. 250.

6.1.2. Restricciones a la legitimación individual para la defensa judicial de los bienes. Posición de la jurisprudencia

Ahora bien, la legitimación activa individual reconocida a cualquiera de los copartícipes resulta discutible en técnica procesal, y la jurisprudencia la ha sometido a ciertas restricciones.

a La primera de estas restricciones consiste en el reconocimiento de esta legitimación con carácter excepcional, y no ordinario. Es muy expresiva en este sentido la Sentencia de 8 de abril de 1965, que inicia la que se ha convertido en una reiterada y constante doctrina jurisprudencial favorable a la interpretación restrictiva de la legitimación individual: *“la doctrina legal, que faculta a un solo condueño para actuar, sin acuerdo o autorización de los demás, en beneficio de la comunidad, es excepcional y como tal ha de ser aplicada en sentido restrictivo, hasta el punto de que si alguno de los partícipes se opone a tal actuación, bien desautorizando al accionante de un modo explícito o afirmando lo contrario de lo sostenido por aquél, no puede considerársele legitimado para actuar, porque tal oposición revela que hay sobre la materia discutida criterios dispares, y hasta que estas diferencias no desaparezcan no puede conocerse con certeza cuál sea el criterio más beneficioso para la comunidad, única forma que permite actuar o defenderse sin tener la representación de los demás condueños”*.

En consecuencia, la legitimación individual requiere que no conste oposición de ninguno de los copartícipes, pues, de constar, se pondría en cuestión cual es la posición más beneficiosa para la comunidad y no podrá presumirse que quien actúa procesalmente lo hace en representación de la comunidad y como titular *“de la relación jurídica u objeto litigiosa”* a que se refiere el art. 10 LECiv.

Hecha constancia de esa interpretación restrictiva, la regla es, como se ha señalado, que cualquiera de los copartícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad hereditaria, para ejercitarlos o defenderlos, de manera que la sentencia dictada en su favor aprovechará a los restantes copartícipes, sin que les perjudique en cambio la adversa. La legitimación del copartícipe encuentra fundamento jurisprudencial en el derecho común ejercitado y el resultado provechoso pretendido (STS de 6 de abril de 1993).

De hecho, el reconocimiento de esta legitimación excepcional, en virtud de la cual cualquiera de los condóminos puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad³⁷¹, se fundamenta en una presunción de aceptación y conformidad del resto de los comuneros, presunción que, lógicamente, se asienta en la previsión de una sentencia favorable a los intereses comunes, de modo que la sentencia que resulte desfavorable para ésta no afecta negativamente al resto de los comuneros no litigantes, lo que limita decisivamente los efectos de la cosa juzgada.

³⁷¹Muy reiteradamente acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo fundamentada en los artículos 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 398 del Código Civil: sentencias de 15 enero 1988, 21 junio y 18 diciembre 1989, 28 octubre y 13 diciembre 1991, 8 abril y 6 noviembre 1992 y 22 mayo 1993, 14 marzo 1994, 6 junio 1997 y 7 diciembre 1999, entre otras.

Ahora bien, como ha establecido la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2012, el reconocimiento de tal legitimación excepcional no puede extenderse a los supuestos en que el éxito de la acción ejercida no ha de suponer necesariamente un beneficio para la comunidad, máxime cuando, como ocurre en el caso, que era de extinción de arrendamiento³⁷², los copropietarios se han opuesto expresamente en el proceso a dicha extinción.

En consecuencia, continúa razonando la Sentencia “*para demandar válidamente sería necesario un previo acuerdo entre los comuneros que habilitara a alguno de ellos para actuar en juicio o, en su caso, que tal actuación reuniera a la mayor parte de los intereses de la comunidad. En caso contrario, como nadie puede ser obligado a demandar, no cabe plantear la existencia de una situación de litisconsorcio activo necesario, pero sí la de la falta de legitimación a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no resultar quien actúa titular “de la relación jurídica u objeto litigioso”*”.

Exige, pues el Tribunal Supremo en la parte demandante facultad para disponer del objeto o, en ausencia de ésta, acuerdo previo de los comuneros que la habilite para ello. La razón es que el Alto Tribunal da relevancia a la disponibilidad del objeto litigioso, de modo que, si el demandante carece de ella, adquiere importancia el acuerdo previo de demandar, adoptado por los copartícipes.

Esta legitimación consiste, según declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007 en otro supuesto en que se instaba la extinción del arrendamiento por uno de los copropietarios “*en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, según las SSTS 31-3-97 y 28-12-01; de modo que, por su propia naturaleza y efectos, su falta puede ser apreciada de oficio (SSTS, 30 abril 2012, 13 diciembre 2006, 7 y 20 julio 2004, 20 octubre 2003, 16 mayo 2003, 10 octubre 2002 y 4 julio 2001) en cualquier momento del proceso. Así procede en el caso presente ya que la demandante carecía por sí de legitimación suficiente para instar la extinción de la relación arrendaticia que le unía a la parte demandada*”.

b) La segunda de estas restricciones radica en la necesidad de una estricta delimitación de los supuestos en que puede apreciarse el beneficio para la comunidad, para distinguirlos de aquellos en los que existe beneficio propio solo para el litigante; y, por otra parte, el establecimiento de un criterio acerca de la relevancia ha de otorgarse a estos efectos a la oposición de otro u otros copartícipes al ejercicio de la acción.

³⁷²Se reclamaba la extinción de un contrato de arrendamiento por parte de la copropietaria arrendadora y se alegaba por la parte arrendataria falta de legitimación activa de la demandante, al ostentar solamente una parte en la comunidad de bienes a la que pertenecía el inmueble arrendado, estimando que se infringían los arts. 10 de la LECiv y 398 del Cc.

Así, el Tribunal Supremo en ocasiones entiende que el beneficio para la comunidad no puede apreciarse cuando consta de forma expresa la oposición al ejercicio de la acción por parte de otro u otros comuneros³⁷³, habiendo entendido en otras que la falta de expresa oposición implica ya el consentimiento tácito de éstos³⁷⁴. Finalmente, hay jurisprudencia que, atendiendo a la indemnidad de los copartícipes no litigantes respecto de una eventual resolución adversa no entienden preciso el beneplácito de los demás comuneros, sino que estiman que lo relevante es que la actuación se traduzca en un provecho para los mismos, y que no pueda demostrarse que el comportamiento del comunero tuvo lugar en su propio beneficio, y en consecuencia admiten, solo con carácter excepcional, su legitimación procesal en representación de la comunidad³⁷⁵.

En todo caso, la legitimación individual encuentra, como establece la STS de 24 junio de 2004, una exigencia ineludible en su uso en beneficio de la comunidad: *“Para que esta legitimación silenciada pero implícita sea reconocida resulta imprescindible que la pretensión deducida sólo en nombre del actor haya necesariamente de redundar en beneficio de la comunidad a la que el mismo pertenece”*.

En tesis de principio, pues, cualquiera de los copropietarios puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a derechos de la comunidad, ya sea para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en beneficio de todos y de que la sentencia dictada en su favor aproveche a los demás, sin que les perjudique la adversa o la contraria (SSTS 7 de febrero de 1981 y 15 de julio de 1982, 9 de febrero, 28 de octubre de 1991 y 2 de octubre de 2002). La sentencia favorable a la comunidad de propietarios produce el efecto de cosa juzgada con extensión subjetiva al resto de los comuneros, aunque no hayan litigado ejercitando las acciones³⁷⁶.

6.1.3. La legitimación para la denegación de la prórroga forzosa en el arrendamiento de vivienda o local de negocio común

Merece consideración especial, por su frecuencia en la práctica, el caso de la legitimación para el ejercicio de acciones instando la denegación de la prórroga forzosa en contratos donde la vivienda arrendada pertenece a varios comuneros.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado de antiguo (entre otras en las SSTS de 26 de abril de 1951, 25 de enero de 1958 y 27 de enero de 1970) que

³⁷³Cfr, entre otras muchas, la SAP de Madrid de 26 de septiembre de 2011, en relación con el ejercicio por uno solo de los coherederos de la acción de desahucio respecto de una vivienda perteneciente a la comunidad hereditaria. En el caso, se rechazó el recurso por entender que, constanding que el otro coheredero se opone a la acción que se ejercita, el demandante no puede ejercitar la acción que pretende en nombre de la comunidad, sino que lo hace en beneficio propio.

³⁷⁴Así, por ejemplo, la SAP de Jaen de 28 de junio de 2011, en materia de comunidad de bienes, declaró que no era necesaria la autorización para el ejercicio de la acción por un comunero de la Junta de Propietarios, de manera que *“al no constar oposición ni por el Presidente ni por ningún propietario, se ha de considerar tácitamente consentida”*.

³⁷⁵Entre otras, las SS. de las AA.PP de Granada (23 de marzo de 2006), Zaragoza (13 de mayo de 2004) y Orense (26 de octubre de 2005).

³⁷⁶Así, las SS. de las AA.PP de Pontevedra (12 de enero de 2006) y Cádiz (26 de abril de 2002).

el arrendamiento es un acto de administración que puede realizar cualquiera de los condueños, pudiendo de ese modo uno sólo de ellos ejercitar la acción resolutoria del arrendamiento cuando necesite la vivienda para sí, con fundamento en el artículo 394 Cc que autoriza a servirse de las cosas comunes conforme a su destino, sin que la manera de hacerlo pueda ser intervenida por los extraños.

Esta doctrina se ha venido sosteniendo con matizaciones solo en los casos en los que no constaba la voluntad contraria de los demás condueños. Así, en la STS de 6 de marzo de 1997, en la que, cambiando el criterio mantenido en otras anteriores, se señalaba que “*si bien cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a sus compañeros, sin embargo, ello no es posible si la acción se ejercita en nombre de un comunero sin citar a los demás condueños*”, concluyendo la sentencia que “*serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, salvo, según aquella interpretación judicial, que el acuerdo o actuación minoritaria o individual beneficie a los demás*”.

No obstante, el criterio dominante en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia es el de que cualquiera de los copartícipes tiene legitimación para ejercitar acciones relacionadas con la cosa común arrendada, pidiéndola para sí, sin perjuicio del derecho que pudieran tener los demás para ejercer el mismo uso, facultad que no puede ser cuestionada, y menos regulada por un tercero, presumiéndose que actúa de acuerdo o con la aceptación de los demás condóminos, quedando exceptuados sólo los casos en que conste la oposición de alguno o algunos de ellos³⁷⁷.

6.1.4. La legitimación para representar a la comunidad en una sociedad, ejerciendo los derechos de socio

Cuando la comunidad hereditaria es socio de una sociedad, se plantea el problema de determinar su representación, puesto que en realidad la cualidad de socio no concurre en ninguno de los miembros de la comunidad hereditaria sino en la comunidad misma, y para el ejercicio de los derechos inherentes a dicha cualidad —entre ellos, el derecho de asistir a las juntas— solamente se encuentra facultado aquél que haya sido designado al efecto por la propia comunidad.

La STS de 5 de noviembre de 2004, en aplicación del Art. 66-2 de la Ley de Sociedades Anónimas, equivalente al Art. 35 LSRL, declaró que “*el demandante en la instancia y recurrente en casación no era accionista, era miembro de una comunidad que sí lo era y ésta podía exigir información, pero no aquél, que tampoco era la persona designada por la misma*”.

³⁷⁷Esta doctrina sostiene, entre otras, la SAP de Madrid, de 20 de septiembre de 2011.

La sentencia³⁷⁸, que trataba la cuestión de si estaba legalmente constituida una Junta en la que el cónyuge viudo, que no había sido designado por la comunidad como representante no había asistido, señala que la presencia en una junta de un coheredero (o varios) no lo es a título de representante de la comunidad hereditaria si no se encuentran designados por la comunidad con poder específico para dicha junta.

La representación corresponde atribuirle, si otra cosa no han pactado los coherederos, por mayoría, conforme al régimen del artículo 398 Cc. Esta tesis sostuvo la STS. de 11 de junio de 1982 en la que se señaló que *“nada obsta a que los recurrentes, como herederos de su padre fallecido, le sucedan en todos sus derechos y obligaciones, conforme al invocado artículo 661 del Código Civil, y que, por otro lado, la representación que haya de ejercitar los derechos de socio en las acciones de sociedad anónima que formaron parte del caudal relicto se manifieste conforme a la ley, tal como resulta se efectuó, para evitar, como declaró la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 1960, que la comunidad societaria quedara inerte y paralizada su actividad en hipótesis, como la que aconteció entre los litigantes, de disconformidad o desacuerdo de los que la forman; habiendo de regir entonces el artículo 398, párrafo primero, del citado Código Civil, que no fue infringido en la sentencia recurrida, y cuya pertinente aplicación en defecto de alcance de las normas especiales, es causa de la desestimación de los motivos expresados”*.

Es a la sociedad, según el Tribunal Supremo, a quien corresponde comprobar el cumplimiento del art. 398 C de c, esto es, que quien actúa en el seno de las Juntas ejerciendo los derechos de socio que corresponderían al causante lo hace con el respaldo de *“la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad”*.

6.2. Facultades de aseguramiento de la futura efectividad del derecho. La protección registral del derecho de los coherederos durante la indivisión

Aparte de la garantía de naturaleza procesal que supone la posibilidad de instar la división judicial de la herencia, de conformidad con los artículos 782 y siguientes de la LEC, y de las medidas de aseguramiento de los bienes de la herencia que a través de la intervención judicial pueden adoptarse en los supuestos de los artículos 790 y sigs, la medida precautoria más importante que nuestro ordenamiento pone a disposición del copartícipe en el caudal hereditario mientras éste permanece en situación de indivisión está representada por su derecho a obtener la protección registral de su derecho *“abstracto”*.

La comunidad hereditaria recae sobre un patrimonio, y este hecho tiene inevitablemente consecuencias en el plano registral, pues debe partirse de la idea de que, por

³⁷⁸Véanse también SAP de Madrid de 18 de febrero de 2011, que trata la cuestión de si está bien constituida como universal una junta a la que no asiste uno de los coherederos de un socio y la 28 de enero de 2011, que aborda el mismo tema.

definición, el Registro de la Propiedad tiene por objeto fincas y derechos, no patrimonios. Así el artículo 1 de la LH. señala que “*El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*”.

No obstante, la idea de patrimonio, señala VALLE LÓPEZ³⁷⁹ no es ajena al Registro, sobre todo en materia de incapacitados y concursados. Así, el artículo 388 del RH. en materia de incapacitados prevé la inscripción de dicha situación sobre los bienes registrados a nombre del incapaz así como también la extensión de un asiento en un libro especial (Libro de Incapacitados), respecto de los bienes que pudiera adquirir en lo sucesivo. En materia de concurso, el artículo 24 de la Ley Concursal señala en su número 4 que “*si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos se anotará preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición*”.

En todo caso, continúa VALLE LÓPEZ, la idea misma de comunidad producirá una aplicación matizada de los principios hipotecarios, básicamente los de tracto sucesivo y legitimación. Son interesantes en este sentido los párrafos cuarto y quinto del artículo 20 de la LH, no exigiendo el primero la previa inscripción o anotación a favor de los representantes, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las Leyes, y conteniendo el segundo igual previsión respecto de los documentos otorgados por los herederos cuando ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste, o cuando vendan o cedan a un coheredero fincas adjudicadas *pro indiviso* a los vendedores o cedentes, pero en la inscripción que se haga habrá de expresarse dicha previa adjudicación *pro indiviso* con referencia al título en que así constare.

6.2.1. El derecho hereditario *in abstracto* como límite a la disponibilidad de los bienes de la herencia antes de la partición

La protección registral del derecho de los coherederos se lleva a cabo a través del reconocimiento a su favor de la posibilidad de instar la anotación preventiva de su derecho en los términos del artículo 42.6º de la Ley Hipotecaria:

Podrán pedir anotación preventiva de su derecho en el registro correspondiente:

6º. Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.

Hemos señalado, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el carácter universal de la comunidad hereditaria, con la consecuencia fundamental de que, al venir ésta referida a la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que conforman la

³⁷⁹VALLE LÓPEZ, “Comunidad hereditaria y partición”, <http://civil.udg.edu/tossa>, pág. 12
Fecha de consulta: 3/02/2013.

herencia objetivamente, ninguno de los copartícipes puede pretender facultad o derecho alguno sobre bienes específicos o cuotas de ellos que pertenezcan a la masa. Este derecho, denominado habitualmente “*derecho hereditario in abstracto*”³⁸⁰ se proyecta, no sobre tales bienes o cosas concretos ni sobre cuotas de los mismos, sino sobre la herencia considerada en su totalidad como una unidad de carácter universal, y ha sido utilizado por un sector mayoritario de la doctrina para explicar la titularidad de cada coheredero sobre los bienes hereditarios. Se ha entendido así el derecho hereditario “*in abstracto*”³⁸¹, a diferencia del derecho hereditario “*in concreto*”, que corresponde a cada coheredero después de practicada la partición, como el derecho del heredero partícipe, junto con otros, en una herencia, sobre los bienes de la misma, es decir, la cotitularidad sobre el activo relicto. Titularidad que puede ir separada de la cualidad de heredero y que puede cederse con independencia de tal cualidad³⁸².

Se trata de una doctrina que nace para evitar que los coherederos puedan disponer de bienes singulares de la herencia o de partes indivisas de los mismos antes de que se realice la partición, por lo que está directamente ligada a la comunidad hereditaria³⁸³. Y, de hecho, este derecho hereditario no se configura como un derecho distinto de los singulares derechos que integran el caudal relicto, ya que, como señalaran PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER³⁸⁴, “*la unidad del patrimonio no significa que la Ley reconozca, ni que suponga un derecho sobre el patrimonio mismo, que no es susceptible de un derecho subjetivo especial, ya que no es sino un conjunto o suma de derechos, pero no una abstracción. Al tratar al patrimonio como ente diferenciado de sus elementos se crea, por ejemplo, un derecho real sobre la herencia, siendo así que esta no es más que el conjunto de los derechos de una persona fallecida (art. 659 Cc) y que el here-*

³⁸⁰Para CHAMORRO, el término “derecho hereditario” tiene una doble acepción, objetiva y subjetiva. El concepto objetivo del derecho hereditario, como conjunto o sistema de normas que regulan la sucesión de una persona en caso de muerte, no suscita la menor dificultad técnica, ni plantea especiales problemas en orden a la determinación de su naturaleza y contenido. Todo lo contrario ocurre cuando se habla del concepto subjetivo. Éste es entendido, en primer lugar, como una facultad legítima para adir o adquirir la herencia (*ius succedendi* o *ius delationis*), pero también como un derecho subjetivo global del heredero una vez aceptada la herencia: el que corresponde al heredero sobre la totalidad (si es heredero único) o sobre una cuota ideal (si concurre con otros herederos) del patrimonio hereditario considerado como una unidad, derecho cuya naturaleza jurídica ha admitido para la doctrina distintas configuraciones. Cfr. CHAMORRO PIÑERO, Santiago, “Los derechos hereditarios”, RGLJ, 1941, pág. 312.

³⁸¹Cfr. DE LOS MOZOS Y TOUYA, Juan I. Y DE LOS MOZOS Y TOUYA, Antonio M^o, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Por Manuel Albaladejo y Silvia Diaz Alabart), Tomo VII, vol 5^o (Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria), Ed. EDERSA, Madrid, 2000, pág. 173.

³⁸²Buena parte de la doctrina sigue la definición de ROCA SASTRE, para quien el derecho hereditario “*in abstracto*” es “*el derecho que cada coheredero, que ha aceptado la herencia, tiene sobre el patrimonio relicto mientras subsista indiviso o en comunidad entre los coherederos, y en proporción a sus respectivas cuotas*”. Vid. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1946, pág. 359.

³⁸³DE LOS MOZOS Y TOUYÁ, Juan I. Y DE LOS MOZOS Y TOUYÁ, Antonio M^o, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, loc. cit. supra, pág. 175.

³⁸⁴Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Anotaciones a Ennecerus*, cit, I—2^o, 2^a ed, Barcelona, 1953, pág. 598.

dero no tiene más derechos que los de el causante (art. 661 Cc) una vez aceptada la herencia (arts. 988 y 989 Cc”.

La herencia no puede, por tanto, ser considerada como un objeto único de derecho, sustituyendo a los objetos singulares que la integran o superpuesto a ellos. Pero que se niegue a la herencia el carácter de objeto de un derecho independiente que abarcaría el conjunto de derechos y obligaciones que correspondían al causante no significa que no pueda reconocerse a la misma una cierta unidad subjetiva o teleológica, como ha hecho la doctrina, de modo especial en consideración a los derechos de los acreedores del causante.

El derecho hereditario *in abstracto* aparece así como solución a un dilema histórico, al que en parte intentan responder las teorías partidarias de la adscripción de la comunidad hereditaria a alguno de los principales tipos de formación tradicional: el de si debe admitirse que los coherederos dispongan de cuotas negociables sobre cada uno de los objetos de la herencia, en la medida de su derecho hereditario, o si es preferible que éste se mantenga con un contenido abstracto mientras dura la indivisión, evitando así la aparición de nuevos titulares en la comunidad³⁸⁵. El derecho representaría una cuota global y compuesta, como señala LACRUZ³⁸⁶: no cuota de un patrimonio, concebido como un objeto independiente, pero sí participación indeterminada sobre cada uno de los objetos que la componen, y concreta en relación a la totalidad.

6.2.2. El acceso del derecho hereditario al Registro de la Propiedad en la doctrina de la DGRN y del TS

La cuestión del acceso del derecho hereditario al Registro de la Propiedad ha ido ligada, en la doctrina, y en la propia jurisprudencia, a las posiciones en torno a la disponibilidad sobre los bienes particulares de la herencia durante el periodo de indivisión hereditaria.

El primer criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado fue el de considerar a los coherederos como condueños proindiviso de cada cosa de la herencia (por ejemplo, en la Resolución de 7 de octubre de 1880). La Resolución de la DGRN de 16 de diciembre de 1876³⁸⁷ autorizó por primera vez, sin perjuicio de los efectos civiles de la enajenación del derecho hereditario antes de la partición, la inscripción

³⁸⁵Cfr. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, V—1º, Barcelona, 1961, págs. 68 y sigs.

³⁸⁶LACRUZ BERDEJO, José Luís y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1976, pág. 134.

³⁸⁷Señalaba la Resolución que “*autorizada la inscripción del título de herencia en general y sin distinciones de ningún género, es evidente que procede de igual modo la inscripción de las enajenaciones o cesiones que de su respectivo derecho hereditario hagan las personas que a su nombre lo tengan inscrito para que se cumpla el fin primordial de la Institución de los Registros de la Propiedad, que consiste en que aparezcan en los Libros todas las transmisiones del dominio de fincas y de los derechos reales que se verifiquen por título singular o universal, y los nombres de las personas en quienes reside la facultad de disponer de ellos. . .*”.

de la otorgada por un coheredero en favor de otro de la parte que a él le correspondía sobre determinada finca. cuotas.

La posterior de 25 de febrero de 1888 afirmó que es indiscutible el derecho que asiste a todo condueño para inscribir su participación en la cosa común, si bien restringió la inscripción de este derecho, admitiéndola solamente cuando la solicitud de su constancia tabular se instaba conjuntamente por todos los coherederos, y ese es el régimen que recogió el artículo 71 del reglamento Hipotecario de 1915, que permitió la inscripción del derecho hereditario *in abstracto*, con expresión de la parte que a cada heredero correspondía en el patrimonio hereditario.

Desde el punto de vista de los puros efectos civiles planteo la cuestión la STS de 4 de abril de 1905³⁸⁸, que inició el cambio de criterio en relación con el llamado derecho hereditario. La sentencia declaró que el coheredero puede disponer, antes de que se practique la división de la herencia, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia mientras no sea objeto de liquidación o adjudicación, pero carece de verdadero título de dominio de bienes concretos y determinados de la sucesión. En consecuencia, negó la cuota de cada coheredero sobre cada uno de los bienes de la herencia en tanto no mediare previa atribución patrimonial, conforme a la idea de que la adquisición de bienes concretos de la herencia requiere de un título —el testamento o declaración de herederos— y de un modo sucesorio, que es la adjudicación particional. Conforme con esta línea jurisprudencial, la STS de 26 de enero de 1926 declaró que el coheredero no puede gravar ni enajenar bienes concretos y determinados, a cuya universalidad únicamente le da derecho el testamento.

Sobre la base del artículo 71 del R. h de 1915, la Resolución de 27 de marzo de 1917, seguida por otras muchas³⁸⁹, introdujo un importante cambio de orientación, estableciendo que la inscripción del derecho hereditario se caracteriza por no implicar adjudicación de bienes y por referir la cuota, no a la finca o derecho singular, sino al patrimonio hereditario.

Como advirtió DE LA RICA, el sistema incurría en el error de legitimar a cada uno de los coherederos que inscribía su derecho para disponer sobre cuotas de bienes de la herencia indivisa. De este modo, el objeto quedaba distorsionado, puesto que en realidad se inscribía un derecho sobre el patrimonio hereditario y no sobre la finca registral, siendo así que el titular registral disponía sobre una cuota intelectual de ésta.

La inscripción del derecho hereditario *in abstracto* se compadecía mal con los principios hipotecarios, fundamentalmente con el de especialidad, porque hasta que no tuviera lugar la partición, el derecho de cada coheredero era indeterminado, ya que ni era posible precisar si el bien dispuesto le sería adjudicado, ni, en tal caso, el cuánto, por no saberse en que medida le sería adjudicado.

³⁸⁸Seguida por SSTs de 29 de diciembre de 2009, 18 de noviembre de 1918, 26 de enero de 1926, 19 de noviembre de 1929, 30 de abril de 1935, 25 de enero de 1943, 30 de junio de 1947, 6 de mayo de 1958, 25 de noviembre de 1961, 21 de marzo de 1968, 30 de mayo de 1969, entre otras muchas.

³⁸⁹RR. de 21 de febrero de 1923, 22 de septiembre de 1924, 29 de agosto de 1925, 6 de diciembre de 1926, 1 de diciembre de 1927, 1 de junio de 1943, 6 de abril de 1957, 6 de febrero de 1958, 3 de febrero de 1959, 20 de septiembre de 1967 y 3 de enero de 1979.

Éste fue uno de los argumentos de GÓMEZ DE LA SERNA para posicionarse en contra de la idoneidad de este asiento para el derecho hereditario, por considerar que en las situaciones en que eran varios los herederos y la herencia permanecía en indivisión, no podía procederse a la inscripción, porque los bienes continuaban en el Registro como correspondientes al causante y, en esta situación transitoria la inscripción no era necesaria, y aunque se verificase nada significaría, por estar sobreentendido que por muerte de una persona, sus bienes pasan a sus herederos³⁹⁰.

También D. JERÓNIMO GONZÁLEZ mostró su disconformidad con la modalidad de asiento elegida, por entender que no podían aplicarse a estas inscripciones los más fundamentales principios de nuestro sistema inmobiliario registral. Por un lado, ni la masa relicta ni las cuotas de los herederos pueden ser englobadas en el concepto de finca, ni, por tanto, ser objeto de inscripción especial y separada. Tampoco cabe sostener que la inscripción hereditaria practicada con referencia a una finca declara *erga omnes* una situación jurídica contra la que deban estrellarse las reclamaciones de terceras personas. Las inscripciones de derecho hereditario quedaban, a juicio del autor, al margen de los principios de inscripción, publicidad, especialidad y prioridad³⁹¹.

Ante el problema planteado, las Memorias de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de 1922³⁹² barajaron como posibles soluciones las siguientes: a) Admitir la inscripción del derecho hereditario in abstracto de cada coheredero sobre las fincas de la herencia, con la constancia de que quedaba sujeto al resultado de la partición; b)

³⁹⁰GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria comentada y concordada*, I, Madrid, 1862, págs. 254 y 266.

³⁹¹Del llamado principio de inscripción, en cuanto los actos transmisivos de cuota no necesitan para ser opuestos a terceras personas de toma de razón; del principio de publicidad, ya que pudiendo practicarse la inscripción en cualquier Registro donde tuviera bienes el *de cuius*, y no habiendo uno destinado especialmente a las herencias, faltan las bases de organización y efectividad del régimen; del principio de especialidad, puesto que cada finca solo quedaría afectada por los asientos extendidos en el folio a la misma dedicado y no por las indicaciones de otros no relacionados, y del principio de prioridad, que se apoyaría en la existencia de un Diario llevado por una sola oficina, y no por todas las existentes. Vid. JERÓNIMO GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 183 y sigs. También autores como SANZ y CHAMORRO se mostraron contrarios a la inscripción del derecho hereditario, que sin embargo han defendido otros, como DE LA CÁMARA, sobre la base de considerar el derecho hereditario *in abstracto* asimilado a la situación de comunidad de bienes, distribuida intelectualmente en partes equivalentes al derecho de cada heredero, y por lo tanto, susceptible de inscripción. Cfr. DE LA CÁMARA, Fernando, *Compendio de Derecho Sucesorio*, cit, págs. 559 y sigs. Para DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 406, en términos de pura dogmática registral, nada se opone a la inscripción del derecho hereditario, pues no se trata de un derecho *transitorio*, y, aunque lo fuese, podría ser inscrito, como ocurre con la opción. La única razón de que no tenga acceso al Registro por medio de la inscripción radica, a su juicio, en una razón de política legislativa, de política inmobiliaria: otorgar a este derecho, cuya existencia, en principio, no tiene limitación, una protección registral limitada temporalmente.

³⁹²Previamente, en 1917, las Juntas Directivas de los Colegios Notariales de Madrid, Barcelona y Valencia, con la adhesión de otras, elevaron al Ministerio de Gracia y Justicia una instancia razonada pidiendo que por Real Decreto se estableciera, entre otras cosas, que el derecho hereditario se registrara con los efectos propios de una anotación preventiva, que se convertiría en inscripción definitiva una vez hechas las adjudicaciones de bienes. La petición fue desatendida, en virtud de una Real Orden de 16 de marzo de 1918. El asunto se planteó de nuevo en relación con la comunidad hereditaria en el resumen de las Memorias correspondientes a 1930.

admitir la inscripción de este derecho sólo cuando su reflejo registral fuere solicitado por todos los herederos, entendiéndose implícita en tal caso la previa adjudicación pro indiviso a su favor; c) inscribir este derecho a favor de los herederos que lo solicitaran, con limitación del *ius disponendi* sobre las fincas de la herencia.

La STS de 30 de abril de 1935, siguiendo el criterio establecido por la de 4 de abril de 1905 resolvió que todos los coherederos, conjuntamente, pueden realizar actos de disposición sobre bienes particulares durante la indivisión “*cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la comunidad patrimonial formada por los coherederos antes de la partición, ya se la considere como una pura indivisión de tipo romano, ya como una copropiedad en mano común o, lo que parece más acertado en nuestro Derecho, como un tipo especial de comunidad, comprendido en el marco general de la comunidad de bienes. . . pero que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral*”,

6.2.3. La anotación preventiva del derecho hereditario tras la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-1946. Examen de los artículos 42 y 46

Tras la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46³⁹³ obtuvo consagración en nuestro sistema registral inmobiliario el acceso del derecho hereditario bajo el asiento de anotación preventiva. La elección de esta modalidad de asiento vino justificada por la falta de determinación del derecho en cuotas sobre fincas de la herencia hasta tanto no quedase concretado en cuotas materiales merced a la partición.

El efecto fundamental de la aplicación del criterio de la Ley Hipotecaria de 1944-46 es que, mientras dure la situación de indivisión no puede ninguno de los copartícipes

³⁹³En la Exposición de Motivos de la Ley parece presente la idea de que el derecho hereditario es una titularidad que recae sobre una cosa universal, el patrimonio del causante, y que la exclusión de la inscripción no se fundamenta tanto en la propia naturaleza del derecho, cuanto en su difícil encaje en los principios hipotecarios (sobre todo los de publicidad y especialidad) y en la indeterminación de su contenido: “*La indeterminación de su activo y pasivo durante dicha situación y la circunstancia de que muchas de sus partes integrantes escapan precisamente a la esfera del mismo hace que los asientos registrales resulten insuficientes para exteriorizar la complejidad de elementos que lo integran*”. A pesar de ello, en opinión de SANZ, quien considera esta anotación una “entelequia”, el fundamento del cambio de asiento es de índole práctico más que técnico: se trata de de cohonestar la eliminación del derecho hereditario del marco de los derechos reales inscribibles, con la práctica, muy frecuente en algunos lugares, de llevarlo al Registro. Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 113. En similares términos se expresan otros autores, como DE LA RICA ARENAL o ROCA SASTRE, para quien las razones aducidas por la E. de M. no son del todo convincentes, pues es opinable que la imprecisión del contenido del derecho haya tenido fuerza suficiente para justificar el cambio, inclinándose por ver la razón fundamental del legislador en la intención de hacer cesar el equívoco que, con la inscripción del derecho hereditario, se producía. Cfr., ROCA SASTRE, ob. cit., págs. 61 a 63. Afirma VALLET de GOYTISOLO que la transmisión llevada a cabo por el heredero con el apoyo de la titularidad registral provocaba un espejismo si el bien transmitido no era adjudicado al disponente en la partición hereditaria.

pretender la inscripción en el Registro de la Propiedad de ninguna cuota sobre los bienes que en el mismo figuran inscritos a nombre de su causante. Registralmente sólo tiene a su alcance la facultad de instar la anotación preventiva de su derecho hereditario abstracto sobre los bienes que integran la herencia, con el fin de hacer constar y proteger su posición jurídica respecto de los mismos. Es decir, la protección se depara a través de asientos de carácter temporal limitado que pretenden atender a situaciones transitorias, como corresponde a la naturaleza de la propia figura. La facultad que concede a los coherederos el artículo 42-6º de la Ley Hipotecaria resulta confirmada en el artículo 46.1º del mismo texto legal, el cual admite, además, la realización de actos dispositivos que tengan por objeto el derecho hereditario in abstracto, al establecer:

1. El derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los coherederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva. Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trata de anotar.

...

3. El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación.

Excepcionalmente se mantiene en nuestro ordenamiento el asiento de inscripción para el caso particular del acceso registral de las fincas de reemplazo que resultan de un proceso de concentración parcelaria cuando pertenecen a una comunidad hereditaria. Así lo prevé el artículo 195.3º de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (LRDA): “3. *En las comunidades hereditarias, se requerirá el consentimiento de todos los interesados. De no obtenerse, la adjudicación en el Acta de Reorganización y la inscripción en el registro de la Propiedad se hará a nombre de los herederos, en concepto de tales con expresión de sus circunstancias personales, clase de sucesión y extensión con que resulten llamados a ella, si estos datos fueran conocidos y, en todo caso, las circunstancias del causante; haciéndose en la inscripción la advertencia de que no existe adjudicación de cuota concreta. Si no hubieren transcurrido ciento ochenta días desde la muerte del testador, se observará lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes*”.

La que accede al Registro en virtud de la anotación preventiva de derecho hereditario es una titularidad de carácter provisional, referida solamente a aquellas fincas y derechos reales que integran el caudal hereditario. En consecuencia, del ámbito de la anotación preventiva a que se refiere el precepto han de quedar excluidas en opinión de ROCA SASTRE³⁹⁴, aquellas fincas o derechos reales de la herencia o partes indivisas de los mismos que, por acuerdo unánime de todos los copartícipes, sean adjudicadas entre ellos, a modo de una partición parcial, anticipada y provisional³⁹⁵, así

³⁹⁴ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, t. IV—1º, 7ª ed, Barcelona, 1976, pág. 65.

³⁹⁵Esta posibilidad es, a juicio de buena parte de la doctrina, una de las razones de la escasa utilización en la práctica de la anotación preventiva de derecho hereditario. Si los coherederos, actuando conjunta-

como aquellos bienes de los que el causante haya dispuesto de modo singular, aunque a otros efectos continúen computándose como pertenecientes a la masa.

En cuanto a las posibilidades dispositivas sobre el derecho anotado, para el que el art. 46.3º LH admite la transmisión, el gravamen o una nueva anotación, como la de embargo sobre la cuota, instada por los acreedores del coheredero, debiendo entonces el mandamiento judicial especificar los inmuebles o derechos sobre los que se practica, en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor (art. 166.1.2º rh). La transmisión ha de entenderse referida, señala TORRES GARCÍA, exclusivamente a la cuota de la que cada coheredero puede disponer libremente, y no a bienes o derechos concretos³⁹⁶ que le resultan indisponibles, en tanto que el gravamen no puede incluir la posibilidad de la hipoteca, por tener su inscripción registral carácter constitutivo, aunque sí el usufructo, conforme a los artículos 469.2º y 510 Cc.

6.2.3.1. Legitimación para solicitar la práctica de la anotación preventiva

El artículo 46 de la LH reconoce legitimación para solicitar la práctica de la anotación, por una parte, a quienes tengan derecho a la herencia es decir, y conforme explicita el párrafo 2º del precepto, a los herederos, legitimarios y personas con derecho a promover el juicio de testamentaría a los que deben añadirse, conforme al artículo 146 del RH los herederos de parte alícuota y los acreedores de la herencia; y por otra, a quienes acrediten interés legítimo en el derecho que se trata de anotar.

El procedimiento para obtener la anotación es, sin embargo, distinto: mientras que quienes ostentan derecho a la herencia deberán formular solicitud acompañada de los documentos previstos por el artículo 16³⁹⁷ de la Ley Hipotecaria, los demás habrán

mente, pueden adjudicarse todo o parte de las fincas de la herencia, a proporción de su respectiva cuota, las respectivas cuotas quedarán registradas por medio del asiento de inscripción, puesto que no vienen ya referidas a la universalidad del patrimonio hereditario, sino a cada uno de los bienes inmuebles o derechos reales que pertenecían a la masa, lo que, *de facto*, implica la transformación del derecho hereditario in abstracto en un derecho hereditario *in concreto* sobre cuotas indivisas que recaen sobre bienes singulares. Estas particiones anticipadas y provisionales son en la práctica frecuentes y constituyen supuestos de transformación de la comunidad hereditaria en comunidad romana. Sobre éste último aspecto pueden consultarse ROCA SASTRE, *Suplemento al Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1960, págs. 54 y sigs. y VILLARÉS PICÓ, “Cuando el derecho hereditario puede ser objeto de inscripción o solamente de anotación preventiva”, en RCDI, 1946, pág. 109.

³⁹⁶TORRES GARCÍA Teodora Felipa, “Comentario al artículo 46 de la Ley Hipotecaria”, *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (dirigidos por Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 464-466.

³⁹⁷Establece el artículo 16 de la Ley Hipotecaria. “*Los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular, que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripción, presentando dicho título en el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquel transmitido, y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir*”. Para el supuesto de no hallarse inmatriculadas las fincas, habrá de tenerse en cuenta el nº4 del pfo. 1º del artículo 298 RH, que admite la inmatriculación de las adquisiciones derivadas de un título universal o singular que no describa o especifique las fincas o derechos adquiridos “*cuando se justifique que se hallan comprendidos en la misma transmisión los bienes o derechos que se solicite inscribir por alguno de los medios a que se refieren los apartados anteriores*”.

de obtener una resolución judicial ordenando la anotación preventiva por los trámites establecidos en el artículo 57³⁹⁸ de la misma norma.

6.2.3.2. Requisitos para practicarla

La práctica de la anotación preventiva del derecho hereditario requiere, en primer lugar, que existan varios herederos en una misma sucesión hereditaria, es decir, en una sucesión en la que dos o más de ellos han sido llamados por delación simultánea, y no diferida. A los herederos se equiparan a estos efectos los legatarios de parte alícuota³⁹⁹.

Es necesario asimismo que el coheredero que solicite la práctica de la anotación preventiva haya aceptado la herencia⁴⁰⁰, y que de ésta formen parte una o más fincas o derechos reales inmobiliarios o partes indivisas de unos u otros que consten inscritas a favor del causante⁴⁰¹. TORRES GARCÍA⁴⁰² distingue, conforme a la norma del artículo 46 de la LH, por un lado, la posición de los herederos, legitimarios o personas que tienen derecho a promover el juicio de testamentaría, a lo que han de añadirse, señala, conforme al art. 146.3º y 4º, RH a los legatarios de parte alícuota y a los acreedores de la herencia que justifiquen su crédito por medio de escritura pública; por otro todos los demás, cuya legitimación se supedita solo a la acreditación de un interés legítimo en el derecho que se trata de anotar. En cada caso, el artículo 46 LH demanda un procedimiento distinto pero, como advierte la autora, a pesar del aparente acuerdo de incluir “como personas con derecho hereditario” tanto al legatario de parte alícuota como a los acreedores hereditarios mencionados, lo cierto es que se produce una ampliación de la legitimación, la cual se extiende a todos los legatarios, que, aunque sean sucesores a título singular tienen, por la voluntad del testador, “interés en la herencia”.

Entiende GARCÍA GARCÍA que dicha justificación parece referida a la “*previa adquisición*” por el transmitente o causante de tales bienes. Cfr. GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Código de Legislación hipotecaria y Mercantil*, cit, pág. 218, nota 41.

³⁹⁸Esto es, acudiendo al Juez o Tribunal competente, exponiendo su derecho, presentando los títulos en que se funde y señalando los bienes que pretenda anotar. Si la providencia judicial es favorable a la petición, “*señalará los bienes que hayan de ser anotados y librerá el correspondiente mandamiento al registrador, con inserción literal de lo proveniente para que lo ejecute*” (art. 57 LH).

³⁹⁹En contra de la opinión mayoritaria en la doctrina, favorable a la asimilación de los legatarios de parte alícuota a los herederos, y que encuentra apoyo legal en los artículos 146 y 152 del Reglamento Hipotecario, señala ROCA que los legatarios de parte alícuota deben quedar excluidos, pues su cuota en el activo se determinará previa la satisfacción de las deudas y cargas de la herencia, que sólo indirectamente le afectarán, en cuanto a que han de tenerse en cuenta para fijar la cifra sobre la que se computa su parte, pero sin que tengan obligación de pagarlas, ni responsabilidad frente a los acreedores. Cfr. ROCA, *op. cit.*, pág. 65

⁴⁰⁰En contra, la Res. DGRN de 3 de agosto de 1944, que no consideró indispensable para la inscripción del derecho hereditario la previa aceptación de la herencia.

⁴⁰¹En este sentido, Res. DGRN de 16 de diciembre de 1904, que estimó que, de no figurar inscritas las fincas o derechos a favor del causante, hasta tanto se efectúe ésta, solo podría practicarse, en su caso, anotación preventiva de suspensión.

⁴⁰²Vid. TORRES GARCÍA Teodora Felipa, “Comentario al artículo 46 de la Ley Hipotecaria”, *ob. cit.*, pág. 462.

Finalmente, es preciso que no conste haberse realizado la partición de la herencia en cualquiera de las formas admitidas en nuestro derecho, ni hayan sido tampoco adjudicadas pro indiviso todas las fincas y derechos reales integrantes del caudal hereditario.

6.2.3.3. Efectos de la anotación

El efecto general de todas las anotaciones preventivas en nuestro sistema es el de constituir una medida de publicidad, (y en este sentido, de protección) de carácter negativo frente a posteriores adquirentes, a los efectos de la fe pública registral, de una situación jurídica que no puede figurar registralmente a través de un asiento de inscripción.

Sin embargo, esta regla no se cumple en relación con la de derecho hereditario, puesto que, como señaló SANZ FERNÁNDEZ⁴⁰³, ésta no protege a los herederos frente a los títulos que posteriormente tengan entrada en el registro, ya que, si fueron otorgados por el causante, no encontrarán obstáculos para su inscripción, por virtud del artículo 34, a pesar de la anotación, y no cabe la posibilidad de que sean posteriores, puesto que, fallecido el causante, sólo los herederos gozan del poder de disposición; en consecuencia, señala, solo en la hipótesis excepcional de falsedad del título presentado puede tener alguna eficacia (en este sentido) la anotación.

En realidad, señala ROCA⁴⁰⁴, la de derecho hereditario no precisa producir el efecto general de las anotaciones preventivas, puesto que, una vez practicada, produce el efecto de cierre del Registro, dado que la relación jurídica anotada acapara toda la titularidad del inmueble o derecho real objeto de la anotación como consecuencia lógica del cambio que esta anotación provoca dentro de la titularidad del asiento.

De hecho, a la anotación preventiva de derecho hereditario se le reconocen generalmente muy limitados efectos debido, por un lado, a su difícil adaptación a los principios básicos del sistema inmobiliario registral y, por otro, a su escasa utilidad. Resulta, además, de un uso muy restringido por la utilización que en la práctica se hace de la posibilidad, reconocida en los artículos 14.2^o⁴⁰⁵ de la Ley Hipotecaria y 80.1^o de su Reglamento, de pactar en los inventarios de herencias que todas y cada una de las fincas hereditarias se adjudican a los herederos a proporción de sus respectivas cuotas, llevando a cabo lo que se ha dado en denominar “particiones anticipadas” que, aunque con carácter provisional, permiten a los coherederos, actuando de consuno, adjudicarse todo o parte de las fincas y registrar sus cuotas respectivas por medio de un asiento de inscripción.

⁴⁰³SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 116

⁴⁰⁴ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 20.

⁴⁰⁵Señala el artículo 14.2^o LH: que “para inscribir bienes o adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero...”

No obstante, en opinión de SANZ FERNÁNDEZ⁴⁰⁶, pueden hallarse algunos efectos para la anotación:

- (a) En cuanto a la legitimación, por un lado evitando la calificación registral cada vez que se trate de inscribir posteriormente algún acto realizado por los herederos; y por otro, presumiendo la existencia del testamento, contrato sucesorio o declaración de herederos *ab intestato* (aunque sin suplir el título fundamental de la sucesión, lo que limita la presunción al caso de desaparición total del mismo).
- (b) En cuanto al poder de disposición que la anotación concede a los herederos conforme al artículo 14 LH, tanto referido a la enajenación y gravamen del derecho hereditario (que se hará constar por medio de nueva anotación), como de bienes concretos o derechos reales de la herencia, siempre que se realice de común acuerdo por todos los coherederos, constando en el Registro por medio de una inscripción, dado que el derecho adquirido es ya definitivo. También en cuanto al embargo, que puede practicarse a petición de los acreedores del causante o de los herederos.
- (c) En cuanto al cumplimiento, a través de la anotación, del tracto sucesivo, sirviendo de enlace entre la inscripción a favor del causante y la que en su día se realice a nombre de los herederos, después de la partición o la enajenación o gravamen hecha por todos ellos durante la indivisión a favor de tercera persona, si bien el efecto es más aparente que real, puesto que la comunidad que refleja el derecho hereditario se refiere a un objeto distinto que la inscripción (el patrimonio hereditario), de modo que no enlaza verdaderamente el tracto ni con la que se practicó a favor del causante ni con la que en su día se tome a nombre de los herederos.

La anotación presenta también, como señala LARRONDO LIZARRAGA, la utilidad de la defensa de la titularidad de los herederos frente a usurpaciones de terceros que finjan ser causahabientes de los bienes del causante, e incluso, suele afirmarse, con fundamento en el artículo 209 del RH, que legitima para el ejercicio del acto dispositivo unánime de los herederos, sin necesidad de previa partición.

6.2.3.4. Extinción de la anotación preventiva

La anotación preventiva de derecho hereditario está sujeta al plazo general de caducidad del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, esto es, tendrá lugar a los cuatro años de su fecha, salvo que tengan señalado por la Ley un plazo más breve y sin perjuicio de que, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron puedan prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento.

⁴⁰⁶SANZ FERNÁNDEZ, citado por DE LOS MOZOS Y TOUYA, JUAN I. Y DE LOS MOZOS Y TOUYA. Antonio M^a, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit, págs. 319 y 320.

En cuanto al cómputo del plazo a los efectos del retracto de coherederos, algunos autores, como DE LA CÁMARA⁴⁰⁷, son partidarios de la aplicación analógica del artículo 1524 Cc, refiriendo el principio del cómputo del plazo a la fecha de la anotación preventiva de la transmisión o gravamen, si bien entiende que se trata de una hipótesis que pocas veces se dará en la práctica, porque, en general, esta anotación preventiva no se solicita ni, por lo tanto, se extiende.

El artículo 209.2º del Reglamento Hipotecario, como aplicación del artículo 353.3º del mismo texto, se refiere en particular a este tipo de anotación y señala que su cancelación tendrá lugar “... cuando haya caducado por haber transcurrido cuatro años, u ocho en caso de prórroga desde su fecha, según el artículo 86 de la Ley, bien a instancia del dueño o dueños del inmueble o bien porque deba expedirse alguna certificación de cargas referentes a la finca o derecho real anotado, en cuyo caso se verificará de oficio o por nota marginal de caducidad”⁴⁰⁸.

Las causas de extinción de la anotación preventiva de derecho hereditario pueden agruparse, siguiendo a DE LOS MOZOS Y TOUYA⁴⁰⁹, en las siguientes:

1. Por la partición de la herencia, que es la forma normal de extinción, y la que presupone el artículo 209.1º RH⁴¹⁰.
2. Por la enajenación de los bienes de la herencia hecha conjuntamente por todos los herederos, como resulta también del artículo 209 RH.
3. Por la rectificación o nulidad de la anotación, conforme a los artículos 40 y 75, respectivamente de la Ley Hipotecaria.
4. Por caducidad, conforme a la norma general del artículo 86 de la Ley.
5. Por cancelación, conforme al artículo 206.10º del RH cuando se presente la escritura de inscripción y no aparecieren adjudicados al coheredero las fincas o derechos sobre los que se hubiere tomado la anotación.
6. Por renuncia, conforme al artículo 206.12º, en relación con el artículo 208, ambos del Reglamento Hipotecario.

Ahora bien, puede ocurrir que la partición haya sido prohibida por el testador por un tiempo superior al general de caducidad de la anotación, o que así la hayan pactado los herederos, lo que el Cc permite por un plazo máximo de diez años (arts. 1051 y

⁴⁰⁷DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho Sucesorio*, cit, pág. 417.

⁴⁰⁸En otro caso, por lo que se deduce del precepto, procederá practicarla por medio de un asiento de cancelación.

⁴⁰⁹DE LOS MOZOS Y TOUYÁ, Juan I. Y DE LOS MOZOS Y TOUYÁ, Antonio Mº, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit. págs. 328 y 329.

⁴¹⁰Puesto que en virtud de la partición o de la extinción de la comunidad por medio de adjudicaciones proindiviso de los bienes que integran la masa, se produce la extinción del derecho objeto de la anotación preventiva y procede la cancelación del asiento.

400 Cc). Es decir, podría suceder que, manteniéndose la situación de indivisión, la anotación, aún prorrogada, no alcanzase el tiempo máximo en el que la herencia puede mantenerse sin partir, y por lo tanto, el derecho hereditario quedase fuera del Registro.

Para evitar en estos casos la desprotección, aún temporal, del derecho, lo lógico era acompañar el tiempo máximo de duración de la anotación preventiva al de indivisión de la herencia. A ello atendió el Decreto de 17 de marzo de 1959, de modificación del Reglamento Hipotecario, al que debe su redacción el último párrafo del artículo 209, que establece los supuestos en que no tendrá lugar la caducidad general de la anotación preventiva:

No se cancelará por caducidad esta anotación preventiva cuando conste en el Registro el acuerdo de indivisión o la prohibición de indivisión a que se refieren los artículos 400, párrafo segundo, y 1051 del Código civil, en tanto no transcurran los plazos señalados para la indivisión o se justifique por documento público haber cesado la comunidad, o cuando se haya solicitado expresamente por los interesados.

La norma del artículo 46.3º de la Ley Hipotecaria reconoce la posibilidad de que el derecho hereditario anotado pueda transmitirse gravarse o ser objeto de anotación, cuestión de la que nos ocuparemos al tratar del reflejo registral de los actos dispositivos sobre el derecho hereditario.

6.2.3.5. Inscripción a favor de la comunidad hereditaria sin determinación de cuotas

La DGRN ha admitido en varias ocasiones la inscripción a favor de la comunidad hereditaria sin determinación de cuotas, esto es, sin que hayan de reflejarse participaciones proindiviso de los herederos en cada bien concreto.

Así, la Resolución de 16 de mayo de 2005 planteó un caso en que los coherederos declaraban una obra nueva al objeto de entregar determinados legados de ciertos pisos ordenados por el testador, y en el que el Registrador deniega la inscripción por no determinarse los titulares de la obra nueva ni de los pisos no entregados de la propiedad horizontal, ni la porción indivisa que corresponde a cada heredero. La DGRN declaró que la exigencia formal de titularidad debe cohonestarse con la libertad que tienen los herederos para, primeramente entregar los legados, y dejar para un momento posterior la partición, señalando que puede inscribirse la obra nueva y los pisos no entregados a favor de la comunidad hereditaria surgida por el fallecimiento del causante sin que, por la especial naturaleza de dicha comunidad, hayan de reflejarse participaciones proindiviso de los herederos en cada bien concreto.

En esta misma línea, la Res. DGRN de 30 de diciembre de 2005, se ocupó de un supuesto en que, en una escritura de partición de herencia, formalizada por la viuda y herederos, se adjudicó a ésta una mitad indivisa del bien en pleno dominio y la otra mitad, de acuerdo con el testamento, en usufructo con facultad de disposición, pero sin atribución de la nuda propiedad a los herederos, habiendo rechazado el Registrador la inscripción por entender que no cabe adjudicar —ni inscribir— un usufructo sin

atribución de la nuda propiedad, ya que aquél es un derecho real sobre cosa ajena, al que se le une la facultad dispositiva. La DG admitió la adjudicación del usufructo de disposición a la viuda, dejando pendiente la atribución de la nuda propiedad, y ello en base a que según la STS 19 junio 1997 “*el art 1058 Cc autoriza a los herederos mayores de edad con la libre disposición de sus bienes a llevar a cabo la distribución de la herencia, como tengan por conveniente y sin limitaciones ni condicionamientos. Esto permite a los coherederos realizar actos particionales, más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de un acto de disposición que de partición. Y sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, ya que puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo la comunidad hereditaria en cuanto a los restantes*”.

En cuanto a la inscripción, acogiendo el criterio de la Resolución de 16 mayo de 2003, estima que se puede llevar a cabo la inscripción a favor de la comunidad hereditaria, surgida al fallecimiento del causante, sin que hayan de reflejarse participaciones proindiviso de los herederos de cada bien concreto.

6.2.3.6. Cancelación de inscripciones o anotaciones extendidas en el Registro de la Propiedad a favor del causante. Examen del artículo 213 RH

El artículo 213 RH reconoce a los coherederos el derecho a cancelar, durante la proindivisión las inscripciones o anotaciones entendidas a favor de su causante, siempre que acrediten, con arreglo al artículo 79, el fallecimiento de aquel y su calidad de tales herederos, a no ser que conste la existencia de comisarios, contadores o albaceas a los que corresponda dicha facultad.

La referencia del precepto a la “proindivisión” ha de entenderse hecha a la situación de comunidad hereditaria dado que, como señala GARCÍA GARCÍA⁴¹¹, se trata de un supuesto de tracto sucesivo abreviado en el que no es necesaria la previa inscripción a favor de los herederos para realizar tal cancelación, sino solo la acreditación del fallecimiento y la calidad de tales.

La legitimación reconocida a favor de los coherederos es solo subsidiaria de la que corresponde a comisarios, contadores o albaceas especialmente facultados para llevar a cabo la cancelación, lo que argumenta contra la tesis según la cual todos los coherederos, actuando de común acuerdo, pueden prescindir de la actuación de aquellos, puesto que esto solo sería posible si el testador hubiera facultado expresamente a los herederos para ello.

⁴¹¹GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Código de Legislación Hipotecaria y del Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, 2ª ed, 1990, pág. 196.

Capítulo 7

Los actos de disposición durante la indivisión de la herencia

Índice del capítulo:

7.1. Los actos de disposición sobre toda la herencia o sobre cosas o relaciones jurídicas concretas contenidas en ella	240
7.1.1. Facultades de disposición de los copartícipes en la comunidad hereditaria	240
7.1.2. Régimen de los actos dispositivos sobre bienes de la herencia indivisa	240
7.1.3. El principio de unanimidad del artículo 397 Cc	243
7.1.4. Efectos del acto dispositivo conjunto	246
7.1.5. Actos realizados por uno sólo de los coherederos sobre los bienes comunes sin consentimiento de los demás durante la indivisión hereditaria. Eficacia de los actos dispositivos no unánimes. Posiciones jurisprudenciales	248
7.1.5.1. Nulidad de la venta, validez de la venta y anulabilidad por error en el consentimiento	254
7.1.5.2. Confirmación de la posición jurisprudencial favorable a la nulidad de la venta por aplicación combinada de los arts. 397 y 1261 Cc	255
7.1.5.3. Validez de la venta con efectos obligacionales	256
7.2. Los actos de disposición sobre la propia cuota	258
7.2.1. La disposición sobre la cuota hereditaria	258
7.2.1.1. Facultades del copartícipe sobre su propia cuota	258
7.2.1.2. La distinción entre el régimen de disposición de la propia cuota y el de la cosa común	259
7.2.1.3. Eficacia de los actos dispositivos sobre la cuota hereditaria	259
7.2.1.4. Forma del acto de disposición	263
7.2.2. El retracto de coherederos del artículo 1067 Cc	263
7.2.2.1. Régimen legal	263
7.2.2.2. Tradicional asimilación al retracto legal de comuneros	264
7.2.2.3. Fundamento	264
7.2.2.4. Presupuestos para su ejercicio	265
7.2.2.5. Momento de ejercicio	268
7.2.2.6. Legitimación activa y pasiva	269
7.2.2.7. Plazo para su ejercicio	270
7.2.2.8. Procedimiento para su ejercicio	274
7.2.2.9. Efectos del ejercicio del retracto legal de coherederos	275
7.2.2.10. La obligación de reembolso. Contenido y alcance	276
7.2.3. El supuesto especial de la disposición de saldos de cuentas en las que el coheredero es cotitular	278
7.2.4. Derechos civiles territoriales	280

7.1. Los actos de disposición sobre toda la herencia o sobre cosas o relaciones jurídicas concretas contenidas en ella

7.1.1. Facultades de disposición de los copartícipes en la comunidad hereditaria

El Código civil no contiene un régimen regulador de los actos dispositivos de los coherederos sobre los bienes comunes, y tampoco es posible hallarlo en sede de comunidad ordinaria⁴¹².

El examen de los actos dispositivos sobre bienes de la herencia indivisa requiere preguntarse, en primer lugar, por la titularidad de cada uno de los partícipes sobre tales bienes, para, después, definir el contenido y los límites de tales actos, así como el régimen de su ejercicio y, sus efectos. En particular, la cuestión relativa a la exigencia de la unanimidad para la realización de tales actos dispositivos y la necesidad de determinar los efectos de los actos realizados sin concurrir dicho acuerdo, han motivado una diversidad de teorías en la jurisprudencia y en la doctrina.

La diferencia de régimen entre ambos aconseja distinguir en el estudio de los actos dispositivos en la situación de comunidad hereditaria entre los que se refieren a los bienes comunes pertenecientes a la comunidad y los que tienen por objeto la cuota hereditaria propia de cada uno de los partícipes.

7.1.2. Régimen de los actos dispositivos sobre bienes de la herencia indivisa

A todos los copartícipes en la comunidad hereditaria, de manera conjunta, les corresponde íntegramente tanto la titularidad del patrimonio hereditario como de las cosas individuales que la integran. Por lo tanto, todos ellos obrando conjuntamente y de común acuerdo pueden no solamente disponer de toda la herencia, es decir, de la integridad del derecho hereditario, sino también de los bienes o derechos concretos contenidos en la misma. Sin embargo, cualquiera de los herederos aunque puede enajenar su cuota hereditaria, no puede disponer de bienes concretos, ni cuotas sobre los mismos sin el consentimiento de todos los demás.

Las distintas configuraciones históricas, doctrinales y jurisprudenciales que presenta la cotitularidad hereditaria tienen no obstante en común la ausencia de cuotas sobre

⁴¹²El artículo 552.7-6º CCCat. establece expresamente para la comunidad ordinaria que “*Los actos de disposición se cuerdan por unanimidad*”.

los bienes del caudal relicto, y es ese rasgo esencial el que hace preciso el consentimiento unánime de los coherederos para la eficacia de los actos dispositivos sobre los bienes de la herencia, aunque cada heredero pueda por sí solo transmitir su derecho hereditario antes de la partición⁴¹³.

Como señalamos al tratar de la naturaleza de la comunidad hereditaria las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto, pertenecen plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas, al mancomún de herederos y respecto de las mismas se reclama, por tanto, su actuación común.

La consecuencia más importante de esta afirmación es la imposibilidad para cada uno de los partícipes en la comunidad hereditaria de realizar aisladamente actos que comprometan, material o jurídicamente, la integridad del patrimonio. Ninguno de ellos tiene, por tanto, capacidad ni legitimación para realizar por sí sólo alteraciones físicas o actos dispositivos sobre los bienes comunes o sobre cuotas sobre los mismos⁴¹⁴. Así lo establece el artículo 397 Cc: «*Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos*».

Es cierto que el Código civil no contiene una norma que expresamente imponga la actuación unánime de los copartícipes para la enajenación o gravamen de los bienes comunes, pero resulta así del conjunto del sistema y esta es, además, la posición indiscutible de doctrina y jurisprudencia (entre otras, las SSTS de 21 de abril de 1971 y 5 de mayo de 1972).

En una temprana Sentencia de 15 de octubre de 1863, el Tribunal Supremo sienta ya esta doctrina, aunque con referencia a la situación de comunidad ordinaria. «... *si bien con arreglo a la ley 55, tit. 5 de la Partida 5ª. Cualquier de los partícipes o comuneros de una finca puede vender la su parte maguer la cosa non sea partita, no por eso autoriza esta ley la venta de una parte fija y determinada que el vendedor señale a su arbitrio, tal vez en perjuicio de los condueños, sino la de aquella porción que le corresponda hecha la división oportuna*».

El Tribunal Supremo ha señalado también muy reiteradamente que «*todos los coherederos conjuntamente, pueden realizar con plena validez y efectos actos de disposi-*

⁴¹³En cuanto al reflejo en la regulación registral de las concepciones sobre la titularidad hereditaria, el Reglamento Hipotecario de 1915 permitió la inscripción del derecho hereditario *in abstracto*, y, por ende, posibilitó el acto dispositivo individual sobre cuotas de bienes singulares, en contra de lo que venía sosteniendo la jurisprudencia civil. La reforma hipotecaria de 1944-46 atendió el criterio de las Memorias de los Registradores de la Propiedad de 1922 y las críticas doctrinales y jurisprudenciales al sistema del Reglamento de 1915 y sustituyó la inscripción del derecho por la anotación preventiva de los artículos 42.6º y 46 de la Ley Hipotecaria. Por su parte, el Reglamento Hipotecario de 1947 permitió la inscripción del acto dispositivo unánime sobre bienes de la herencia indivisa sin necesidad de previa partición (artículo 209.1º).

⁴¹⁴Señala la STS de 28 de mayo de 1986, aclarando la distinción entre la enajenación de la propia cuota y la de la entera cosa común que «*lo prohibido al condueño en la comunidad ordinaria y al cosucesor en la hereditaria es la enajenación de la cosa común —SSTS de 11 de febrero de 1952 y 26 de febrero de 1982— o de un bien concreto del caudal en la segunda —STS de 11 de abril de 1953— sin que medie la anuencia de los demás interesados*».

ción sobre bienes particulares de la herencia”, y ello tanto en provecho de uno de los coherederos como en beneficio de un tercero extraño a la comunidad, ya que tales adjudicaciones, bien se construyan como verdaderos casos de enajenación colectiva del singular objeto hereditario o bien como una pluralidad de disposiciones simultaneas sobre las partes alícuotas del mismo, siempre estarán amparadas por el principio según el cual a la suma de todos los coherederos corresponde íntegramente la titularidad sobre el patrimonio hereditario y sobre las cosas individuales que la integran (STS de 30 de abril de 1935).

La Sentencia de 30 de diciembre de 1996, de valor representativo por contar como precedentes con otras seis Sentencias más confirma estos argumentos al declarar, en su fundamento jurídico sexto que *«cualquiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de todos los demás (Sentencias de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 11 de febrero de 1952, 11 de abril de 1953, entre otras)»*⁴¹⁵.

La razón estriba en la ausencia de titularidad dominical de los coherederos, individualmente considerados, sobre los bienes de la masa indivisa, hasta tanto se haga efectiva la división y adjudicación de los mismos, esto es, en que la comunidad recae sobre la herencia como una universalidad, y no sobre cada uno de los bienes concretos que la integra. Como consecuencia, cada heredero carece de verdadero título de dominio sobre los bienes en concreto, y por esto no puede enajenar ni gravar bienes concretos, ni en su parte abstracta, y mucho menos en su parte concreta y determinada de tales bienes, y por esto mismo, los coherederos no tienen titularidad sobre las cosas singulares del patrimonio del causante

Así lo confirmó el Tribunal Supremo en una Sentencia de 15 de febrero de 1947 que por primera vez declaró que *“... la partición de la herencia no es necesaria para*

⁴¹⁵La validez de las ventas se defendía por los demandados por entender que había mediado partición por parte de la testadora, en la que se había atribuido a los vendedores la propiedad exclusiva de los bienes conforme a los arts. 1056 y 1068 Cc, lo que dio ocasión al TS a argumentar acerca de si la expresión utilizada en el testamento, en el que se les instituía herederos *“en el resto de sus bienes, derechos y acciones”* entrañaba o no verdadera partición. Señala la sentencia en su Fundamento Cuarto:

Finalmente, en cuanto a la partición hecha por el propio testador, la Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1961 razonaba que como quiera que la causante adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando algunos de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes; es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que regente, no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante»; y en idéntico sentido se pronunció la Sentencia de 15 de febrero de 1988 Finalmente, (Fundamento Quinto) reitera la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala sobre el art. 1302 Cc, reconociendo legitimación para la acción de nulidad no sólo a los obligados por el contrato sino también a los terceros a quienes perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual (sentencias de 5 de noviembre de 1990 y 15 de marzo de 1994 y todas la que citan.

la venta de un bien hereditario cuando en el negocio intervienen todos los interesados que asumen la titularidad completa del derecho que se enajena. . .”, La misma posición ha mantenido reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras en la Resolución de 9 de mayo de 1988, que admitió la inscripción de una escritura de ratificación de un documento privado de compraventa otorgado por los herederos del matrimonio causante (se trataba de bienes gananciales y la escritura había sido otorgada por los herederos aún antes de liquidar la sociedad de gananciales y, por consiguiente, de partir la herencia), sin exigir la previa anotación preventiva del derecho hereditario⁴¹⁶.

El argumento de la falta de titularidad de los copartícipes en la comunidad hereditaria sobre bienes concretos y específicos de la misma hasta tanto tenga lugar la división y adjudicación de los mismos fue asimismo empleado por la STS de 25 de junio de 2008: “... esta caracterización de la comunidad hereditaria y de la posición de los coherederos dentro de ella se ha utilizado, fundamentalmente, para negar validez o efecto a los actos de disposición realizados por coherederos, en estado de comunidad hereditaria, es decir, antes de la partición, sobre bienes del caudal relicto. Ya por considerar que el heredero sólo puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin consentimiento de todos los demás (SSTS 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 11 de febrero de 1952, 11 de abril de 1953, 5 de octubre de 1963, 30 de diciembre de 1996, etc.) bien entender que la venta así realizada es nula por falta de poder de disposición (SSTS 14 de octubre de 1991, 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994, 25 de septiembre de 1995, 6 de octubre de 1997, etc.), toda vez que hasta que se efectúa la partición no adquieren los herederos la propiedad exclusiva, según reiterada jurisprudencia (SSTS 14 de mayo de 1960, 6 de abril de 1961, 20 de enero, 7 de junio y 14 de septiembre de 1958, 11 de abril de 1957, 7 de marzo de 1985, 14 de abril y 21 de julio de 1986, 8 de mayo de 1989, 5 de noviembre de 1992, 31 de enero de 1994, etc.). Señalando otras veces que la inoponibilidad de la venta realizada por uno de los coherederos frente al coheredero al que se asignan determinados bienes no implica la invalidez de la compraventa entre vendedor y comprador (STS 27 de mayo de 1982)”.

La afirmación es coherente con el hecho de que a todos los coherederos corresponde íntegramente tanto la titularidad del patrimonio hereditario como la de las cosas individuales que la integran.

7.1.3. El principio de unanimidad del artículo 397 Cc

Si es cierto que todo condueño tiene la propiedad de su parte indivisa y puede enajenarla, también lo es, como hemos señalado, que el efecto de tal enajenación está

⁴¹⁶A pesar de que, como señala CÁMARA ÁLVAREZ, un sector de la doctrina hipotecarista entendió que dicha anotación preventiva servía, entre otras cosas, para dotar de legitimación registral a los herederos del causante si querían disponer de bienes concretos antes de la partición. Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho Sucesorio*, 2ª ed. Ed. La Ley, 1999. pág. 417.

limitado a la porción o cuota que le corresponda en la comunidad y no puede extenderse a las pertenecientes a los demás copropietarios sin contar con la voluntad de los mismos⁴¹⁷.

En este sentido, la aplicabilidad del art. 397 Cc y del principio del consentimiento unánime a la comunidad hereditaria fue reconocida por el TS de forma expresa en una Sentencia de 24 de julio de 1998:

... la comunidad hereditaria, en cuanto recayente sobre la totalidad del patrimonio del causante («universitas»), no en cuanto referida a bienes concretos, aisladamente considerados, de dicho patrimonio, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le es aplicable el art. 397 del Código Civil, con arreglo al cual los actos dispositivos de dichos bienes, integrantes de la referida comunidad hereditaria, requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos...

Como señalamos en el Capítulo IV, ésta aplicación resulta de la interpretación dominante de la norma, según la cual las alteraciones en la cosa común a que se refiere el artículo 397 Cc no son solamente las de índole material⁴¹⁸, sino también las de naturaleza jurídica o económica. La STS de 11 de noviembre de 1991 es expresiva de este criterio, al tiempo que recoge la muy reiterada doctrina de que la facultad de actuar en beneficio de la comunidad hereditaria no puede amparar la realización por uno sólo de los copartícipes de actos de disposición sobre la cosa común: *“Las alteraciones en la cosa común no sólo comprenden las de índole material sino también las jurídicas, doctrina jurisprudencial que requiere la unanimidad de los copropietarios para disponer de la cosa común, dado que las alteraciones en ésta, a que se refiere el artículo citado, no sólo comprenden las de índole material sino también las jurídicas (sentencia de 8-7-1988); ha de partirse, pues, de la necesidad del consentimiento de los hijos [de la causante] para la validez de la permuta de la cosa común, sin que, del hecho de que un copropietario esté facultado para accionar en beneficio de la comunidad pueda inferirse que lo esté para una transacción y pueda realizarla mediante la permuta de la cosa común sin consentimiento”*

La regulación del artículo 397 Cc se completa con la del artículo 398 que establece la obligatoriedad de los acuerdos de la mayoría de los copartícipes en la comunidad: *«Para la administración y mejor disfrute de la cosa común, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes»*.

La cuestión es por lo tanto relativamente simple: si se trata de alterar la cosa común, lo que se viene conociendo como acto de disposición, se necesitará el consentimiento

⁴¹⁷Entre otras muchas, STS de 11 de febrero de 1952.

⁴¹⁸En contra de esta interpretación, como hemos señalado, se pronuncia MIQUEL GONZÁLEZ quien considera referido el precepto exclusivamente a las alteraciones de carácter material, rigiéndose las de carácter jurídico y, en particular, los actos dispositivos sobre la cosa común, por el art. 399 Cc, igual que los actos dispositivos sobre la propia cuota puesto que, en realidad, en ambos casos se dispone solo de la propia cuota, siquiera en el caso de disposición de un bien por todos los copartícipes, se trate de un acto de disposición conjunto y coordinado. MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 397 Cc”, *op. cit.*, págs. 1088 y 1089. Puede consultarse también su comentario al mismo precepto en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART), T. V, vol 2, Edersa, Madrid, 1985, págs. 386 y 387.

de todos los demás condueños; si por el contrario el acto puede calificarse como de pura administración o encaminado al mejor disfrute de la cosa común, será obligatorio tan sólo el acuerdo de la mayoría.

Se ha planteado la cuestión de si el consentimiento al que se refiere el artículo 397 Cc puede prestarse *a posteriori*, o entenderse prestado de forma tácita. La STS de 14 de octubre de 1998 declaró, en un caso en que quedó probado que el representante de la copartícipe cuyo consentimiento se omitió tuvo conocimiento de la efectividad del acto traslativo, que “*de tal circunstancia no se deriva la convalidación de la disposición llevada a cabo por la recurrida, pues el consentimiento pasivo ulterior no supone la aceptación de lo realizado a espaldas de aquel litigante*”. La sentencia se ocupa asimismo de dilucidar el sentido gramatical y jurídico del término “consentimiento”, señalando que “*«consentimiento» no es algo que es concedido después de un acto. El concepto gramatical del vocablo significa anuencia, permiso, licencia, venia o autorización; es decir, hace mención a que sólo puede recaer sobre algo todavía no realizado. El significado jurídico aparece en el artículo 1262 del Código Civil, según el cual «el consentimiento se manifiesta por el con— curso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación contractual, pero no sobre lo ya verificado. Si la referida actitud se manifiesta pasivamente tras el conocimiento posterior del negocio jurídico, la situación admite distintas lecturas, mas en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal*”.

Debe tenerse también en cuenta, como apunta COLINA GAREA⁴¹⁹, que esta regla de la actuación mancomunada y unánime se extiende no sólo a los actos de disposición en sentido jurídico, sino también a los de disposición material, consistentes en la realización de algún hecho en las cosas que las modifique, o en transformaciones y novaciones jurídicas o constituciones de derechos, de cualquier clase que fueren, que las graven. Por lo tanto, se requerirá el acuerdo unánime de los copartícipes para ejercitar todos aquellos derechos que faculden para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica. Así, por ejemplo, la renovación, la remisión y compensación convencional de un derecho de crédito hereditario, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto a favor de la comunidad, o las acciones de nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución y revocación no podrán ser llevados a cabo por ningún heredero aisladamente y se precisará de la actuación conjunta, mancomunada y unánime de la totalidad de ellos

En aplicación de esta doctrina, aunque el máximo acto de alteración de la cosa común es el de su enajenación, la casuística jurisprudencial considera también aplicable la exigencia del consentimiento unánime a otros actos que implican alteración jurídica de la misma, como es el caso de la adquisición de la plena propiedad del mismo extinguiendo un derecho arrendaticio que con anterioridad pesaba sobre él (sentencia del TS de 23 de octubre de 1990), y no cabe duda de que los derechos de preferencia

⁴¹⁹COLINA GAREA, R, “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, *cit*, pág. 252. Véase también GARCÍA VALDECASAS G. “La comunidad hereditaria en el Derecho español”, *cit*, pág. 262.

(tanteo y retracto) recaen no sobre la posesión simple de la cosa que es su objeto, sino sobre el dominio que afecta a la misma, como se deduce de la sentencia de 8 de julio de 1988 y de las que se citan en la misma.

Lo que en cualquier caso parece evidente, señalan DE LOS MOZOS Y TOUYÁ⁴²⁰, es que cualquier coheredero puede obligarse a transmitir los objetos que por efecto de la partición le correspondan (art. 1271.1º) siempre que no incurra en la prohibición del pacto sobre herencia futura.

Y en lo que parece no haber ninguna vacilación, según éstos autores es en que todos los herederos, de mutuo acuerdo, sí pueden enajenar las cosas singulares de la herencia. Así, la STS de 7 de junio de 1958 declaró que el artículo 1068 del Código civil expresa que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, y admite que el derecho a una parte ideal o indivisa de la herencia puede ser negociable, sin la concurrencia de los demás coherederos; pero sin ésta, ninguno puede transmitir el dominio de un bien hereditario singular; aunque existe obstáculo para que todos los herederos, de mutuo acuerdo, ejecuten con plena validez y eficacia actos de disposición, o de otra índole sobre los bienes que les pertenecen desde que sobrevino el fallecimiento del causante⁴²¹.

7.1.4. Efectos del acto dispositivo conjunto

Es hoy doctrina firmemente asentada que todos los coherederos obrando conjuntamente y de común acuerdo no solamente pueden vender toda la herencia, esto es, la integridad del derecho hereditario, sino que pueden disponer de las cosas concretas contenidas en la misma. En consecuencia, la venta de un bien concreto de la herencia realizada conjuntamente por los coherederos y seguida por la tradición produce la plena transmisión del mismo y es eficaz tanto en el orden obligacional como en el real.

La venta de la cosa común realizada por el conjunto de los coherederos produce, para algunos autores⁴²², el efecto fundamental de sustraer o excluir de la partición el bien transmitido. Aunque la cosa sale de la masa hereditaria, la comunidad hereditaria subsistirá sobre el resto que los bienes que la integran, solo que se elimina la sujeción de aquella a la partición⁴²³, y en realidad ocurre que el precio obtenido por la cosa transmitida ocupará su lugar, por subrogación.

⁴²⁰DE LOS MOZOS Y TOUYÁ, Juan I. Y DE LOS MOZOS Y TOUYÁ, Antonio Mº, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit. Pág. 197.

⁴²¹Así, Resolución de la DGRN de 11 de diciembre de 1998.

⁴²²Esta opinión sostiene MIQUEL GONZÁLEZ, “*Comentarios...*”, op. cit. págs. 400 y 428, para quien cuando todos los herederos venden la cosa común están, en puridad, haciendo innecesaria la partición de la cosa vendida, sustrayendo de la misma la cosa enajenada. En similares términos se expresan, entre otros autores, FERRANDIS VILELLA, “*La comunidad hereditaria...*”, op. cit. pág. 189, LARRONDO LIZARRAGA: “*La eficacia del acto dispositivo...*”, op. cit. págs. 161 y 489 a 525; SANTAMARÍA: “*Comentarios...*” op. Cit, pág. 427; MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, “*Sobre disposición de bienes en la herencia indivisa*”, en *RDN*, 1966, págs. 221 a 228.

⁴²³De manera, continúa MIQUEL, *ob. ult. cit.* pág. 429, que la diferencia importante entre la disposición en la comunidad hereditaria y la comunidad ordinaria consiste precisamente en que la disposición

Aún admitiendo la anterior afirmación, algunos autores entienden que no cabe atribuir al acto dispositivo unánime sobre un bien o bienes determinados de la masa hereditaria carácter particional, haciendo primar el carácter contractual del mismo. Así CUTILLAS TORNS⁴²⁴ destaca el carácter universal de la comunidad hereditaria, que atribuye a todos los comuneros el derecho completo sobre la masa entera, por lo que cabe que conjuntamente dispongan de la misma o de cualquiera de sus componentes. Si los cotitulares de la comunidad deciden de común acuerdo llevar a cabo un acto de enajenación jurídica sobre determinado bien o bienes concretos, la comunidad hereditaria subsistirá sobre el resto de la masa común —y sobre el precio del bien vendido, que sustituye a éste en dicha masa— y no perderá su carácter de hereditaria por el solo hecho de que se practique una división parcial, ni dejará de regirse por sus normas propias. En consecuencia —afirma este autor— este acto de enajenación de un bien o bienes concretos de la masa, que deja la comunidad hereditaria subsistente sobre el resto, no tiene carácter particional.

El Tribunal Supremo⁴²⁵ se ha manifestado en relación con el carácter del acto, con referencia a los requisitos del artículo 1261 del Cc, señalado en este sentido que “*esta facultad divisoria es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición*”, destacando el carácter contractual que corresponde a la concurrencia del acuerdo unánime de los interesados y a los requisitos del artículo 1261 del Cc, sin que sea necesario que dicho acuerdo tenga por objeto a la totalidad de los bienes, pudiendo proyectarse solo sobre una parte de los mismos, y subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes⁴²⁶.

El contrato en el que se ha producido la tradición de la cosa puede ratificarse mediante la prestación del consentimiento del resto de los copartícipes que no intervinieron inicialmente en el contrato. También puede ocurrir que el disponente adquiera la propiedad exclusiva del bien, como consecuencia de la adjudicación al mismo en el momento de efectuarse la partición por cualquiera de los modos admitidos en derecho, momento en el que cada coheredero adquiere la propiedad exclusiva de los bienes que se le adjudiquen.

conjunta permite tratar la venta como si fuera de una cosa en comunidad ordinaria, precisamente en base al consentimiento de todos para sustraerla de la comunidad hereditaria.

⁴²⁴CUTILLAS TORNS, J. M^a.: *La partición parcial de la herencia...*, op. cit., págs. 67 y ss.

⁴²⁵STS de 19 de junio de 1997.

⁴²⁶Ahora bien, como señala COLINA GAREA, en tanto no haya consentimiento unánime, el negocio no podrá desplegar efecto alguno, porque le faltaría uno de los elementos esenciales del contrato a que se refiere el art. 1261 Cc. Si no despliega efecto alguno, tampoco habrá nada que sea susceptible de subsanación. Vid. COLINA GAREA, R, “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, *cit.* pág. 253. COLINA se apoya en este punto en la opinión de HERRANZ ORTÍZ según la cual, una cosa es que el consentimiento exista, pero esté viciado, lo cual daría lugar a la anulabilidad del negocio, y otra cosa distinta que ni siquiera exista el consentimiento, lo que supondría la nulidad absoluta del negocio por falta de uno de sus elementos esenciales. Vid. HERRANZ ORTÍZ, A “La comunidad hereditaria y la partición de herencia”, en AA.VV *Compendio de Derecho de Sucesiones*. Lledó Yagüe (dir.), Ed. Dykinson, Madrid, 1988, pág. 356.

Entretanto, cualquiera de los comuneros puede instar la ineficacia del contrato en su beneficio o en el de los restantes coherederos que no fueron parte en el mismo, como perjudicados. El Tribunal Supremo tiene declarado que la impugnación de la venta realizada por quien no tiene la disponibilidad de lo vendido y provee, a través de la tradición, de un título apto para usucapir, requiere la llamada al proceso de cuantos se puedan ver afectados por la sentencia. La declaración de nulidad del contrato implica la restitución de las cosas, simplemente como efecto de la propia nulidad.

7.1.5. Actos realizados por uno sólo de los coherederos sobre los bienes comunes sin consentimiento de los demás durante la indivisión hereditaria. Eficacia de los actos dispositivos no unánimes. Posiciones jurisprudenciales

Advierten DE LOS MOZOS Y TOUYÁ⁴²⁷, recogiendo una opinión común en nuestra doctrina, que la indisponibilidad de bienes particulares por uno de los coherederos durante la indivisión tiene como fundamento la ausencia de título de dominio sobre la misma. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aceptado este criterio, afirmando que si bien el heredero puede disponer, aun antes de que se practique la división, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras ésta no se liquide, o no se haga en su favor la correspondiente adjudicación, carece de verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados, y en consecuencia, la venta de bienes singulares es nula (STS de 11 de abril de 1953)⁴²⁸.

⁴²⁷DE LOS MOZOS Y TOUYÁ, Juan I. Y DE LOS MOZOS Y TOUYÁ, Antonio M^o, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., págs 195 a 197.

⁴²⁸La doctrina general de que las facultades de cada uno de los copartícipes están subordinadas por las que corresponden a los demás en la comunidad ha sido aplicada reiteradamente por el Tribunal Supremo en relación con la comunidad ordinaria, normalmente para declarar la nulidad de los actos dispositivos realizados por uno solo de los condueños sobre bienes comunes (sin que quepa salvar la validez de los mismos en la parte correspondiente al derecho del disponente). La S. de 8 de julio de 1988, en un caso en que se denunciaba infracción de los artículos 397 y 1261 Cc en relación con el artículo 37 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, debatiéndose sobre un traspaso de local realizado por uno sólo de los condueños declaró:

1. Que en torno a los actos dispositivos de la cosa común por uno de los condueños tiene declarado esta Sala que es característica general de las facultades correspondientes a cada uno de los partícipes sobre la cosa común la de estar aquéllas subordinadas al derecho de los demás y, si bien es cierto que todo condueño tiene la propiedad de su parte indivisa y puede enajenarla, también lo es que el efecto de tal enajenación esté limitada a la porción o cuota que le corresponde en la comunidad y no puede extenderse a las pertenecientes a los demás copropietarios sin contar con la voluntad de los mismos, pues ello significaría vulnerar el derecho de éstos (sentencia de 11-2-1962) y que la enajenación de una finca por uno de los copropietarios sin consentimiento de los demás es nula, sin que quepa ya alegar la subsistencia de la validez parcial del contrato en cuanto a la cuarta parte de titularidad del contratante vendedor plenamente capaz por cuanto que el objeto de la compraventa es la finca como unidad física y jurídica, lo que trasciende a la infraestructura causal del negocio viciándolo de nulidad radical, y finalmente que la enajenación de cosa común como propia supone una alteración de la misma prevista en el artículo 397, de añeja tradición, ya

Del mismo modo, advierte CLEMENTE MEORO, también será nulo el acto de disposición llevado a cabo por un solo coheredero respecto a particulares bienes hereditarios, cuando éste hubiese manifestado al comprador que actuaba en nombre y representación de los demás comuneros y en realidad ello no era así⁴²⁹.

Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime respecto de la eficacia de los actos de disposición realizados por uno de los coherederos sobre un bien singular o sobre una parte alícuota del mismo. La STS de 11 de abril de 1953 declara la nulidad de la venta de los bienes hereditarios realizada por uno solo de los coherederos, sin consentimiento de los demás, lo que es muy discutible, por cuanto no se ve razón alguna que impida que los demás coherederos convaliden el referido acto, como admite la sentencia citada de 20 de enero de 1958, lo que, señala ROCA SATRE⁴³⁰, sería imposible de tratarse de un caso de nulidad.

En una posición distinta se sitúa la STS de 5 de julio de 1958, que admite la enajenación por uno de los coherederos de bienes concretos y determinados, si bien con eficacia puramente condicional, subordinada, por tanto, a que la cosa vendida sea adjudicada, en todo o en parte, al coheredero disponente en el momento de las operaciones particionales. Aclara ROCA SASTRE⁴³¹ que esta doctrina puede considerarse correcta si tanto el vendedor como el adquirente están de acuerdo en el carácter condicional del negocio. En otro caso, parece que el adquirente, al faltar el poder de disposición del enajenante, podría impugnar el negocio por error sobre las condiciones o cualidades del enajenante, conforme al art. 1266 Cc.

Otros fallos, como el de la sentencia de 5 de febrero de 1968 encuentran analogía entre el supuesto de disposición de un bien hereditario común por uno solo de los coherederos y la venta de cosa ajena, por lo que concluyen reconociendo al acto dispositivo eficacia obligacional⁴³². Acude para ello el Tribunal Supremo a la aplicación analógica del artículo 597 del Código civil, a su consideración como venta de cosa ajena, al menos en parte, a la eficacia obligacional que en nuestro sistema se reconoce a la compraventa, y al carácter retroactivo de la partición. Esta posición es consonante con las doctrinas de la “fuerza expansiva de la anulabilidad”.

que tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos materiales sino a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el artículo 397 no distingue y es el que marca precisamente, con el artículo 398, la frontera de los actos de mera administración y de los que tienen mayor utilidad, para los que marca, respectivamente, el régimen de simple mayoría y el de unanimidad, es decir, el consentimiento del propietario; y la enajenación requiere esa unanimidad —sentencia de 19-12-1985—.

⁴²⁹CLEMENTE MEORO, M, “La comunidad hereditaria”, cit, pág. 589.

⁴³⁰ROCA, *Anotaciones a Kipp*, pág. 258. En el mismo sentido DIÉZ-PICAZO, Luís, *Estudios de Jurisprudencia Civil*, III, Madrid, 1976, págs. 523 y ss.

⁴³¹ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp*, cit.

⁴³²SSTS de 11 de abril de 1912; 8 de marzo de 1929; 19 de diciembre de 1946; 5 de julio de 1958, 5 de julio de 1976; 31 de diciembre de 1981; 12 de abril de 1982; 8 de noviembre de 1983; 22 de noviembre de 1985.

Finalmente, algunas resoluciones consideran el acto dispositivo no unánime sobre bienes comunes como una venta condicional, subordinada a la condición de que el bien enajenado sea adjudicado al coheredero en la partición.

Puede por tanto concluirse que, durante mucho tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha ofrecido claves claras de orientación a la tarea interpretativa en esta materia. La variedad de decisiones jurisprudenciales y de soluciones al problema planteado han permitido un juicio crítico sobre la, al menos aparente, contradicción de la doctrina del Tribunal Supremo en este tema, muy reiteradamente señalada por nuestra doctrina⁴³³. que ha puesto de manifiesto como con mucha frecuencia la tutela de los intereses más necesitados de protección se realiza en función de la naturaleza del acto o de los intereses subyacentes, buscando a menudo que se impongan consideraciones de justicia del caso concreto, e inclinándose por la nulidad sobre todo en los casos en que quien ejercitó la acción fue el coheredero no anente despojado y por la validez cuando alguno de los contratantes pedía el cumplimiento del contrato.

LARRONDO LIZARRAGA⁴³⁴ ha estudiado la jurisprudencia en esta materia. La inmensa mayoría de las resoluciones se pronuncian por la nulidad absoluta, o por la inexistencia del acto dispositivo no unánime⁴³⁵, basándose en las reglas generales de la contratación, en especial, del artículo 1261 Cc, así como en el régimen imperativo del artículo 397 Cc, que prohíbe las alteraciones unilaterales en la cosa común, en el principio *nemo plus iura in alium transfere potest quam ipse habet*; y en el carácter nulo de pleno derecho de los actos dispositivos realizados sin autorización judicial por padres o tutores respecto de menores e incapaces.

Pero no deja de constatar una línea jurisprudencial, influida por las Resoluciones de la DGRN de 6 de diciembre de 1898 y 2 de septiembre de 1902, y consolidada por la STS de 5 de julio de 1958 que, aunque no ignora la nulidad absoluta del acto de disposición no unánime, cuando dicho acto pretende tener un efecto traslativo inmediato, admite la posibilidad de convalidación ulterior por distintos medios: por la ratificación de los coherederos que no consintieron, por la adjudicación particional o adquisición posterior del disponente, por el reconocimiento de ciertos efectos obligacionales entre las partes, o, finalmente, cuando la disposición se hizo condicionada al acontecimiento de aquel resultado. Esta línea siguen las SSTS de 5 de julio de 1976, 31 de diciembre de 1981, 27 de mayo de 1982, 8 de noviembre de 1983 y 22 de noviembre de 1985, así como las RR. de la DGRN de 28 de febrero de 1992 y 31 de enero de 1994.

⁴³³MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a: *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, cit., pág. 395; MÉNDEZ APENELA, “La venta de cosa ajena”, pág. 180, en *Estudios Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol V. Madrid, 1988; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*; pág. 66, Barcelona, 1990; ESTRUCH ESTRUCH, J. “Venta de herencia...”. cit. págs. 239 y ss., para quien las distintas resoluciones jurisprudenciales están impregnadas de consideraciones a la justicia del caso concreto y, por ello, en ocasiones se aplican de manera forzada categorías jurídicas y se declaran efectos radicalmente contradictorios.

⁴³⁴LARRONDO LIZARRAGA, Joaquín. *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Madrid, 1994, págs. 778 y ss.

⁴³⁵Como en las SSTS de 12— de febrero de 1957; 20 de mayo 1957; 4 de febrero 1965; 15 de abril de 1970; 27 de diciembre 1978, 14 de mayo 1983 y 8 de mayo de 1989.

La cuestión que ha preocupado a doctrina y jurisprudencia es la de las consecuencias jurídicas que deben atribuirse a los actos dispositivos realizados por uno de los copartícipes sin el acuerdo unánime de los restantes. A pesar de la dificultad de trazar una línea jurisprudencial constante en esta materia, el examen de las distintas resoluciones pueden ser de utilidad para extraer algunos criterios, al tiempo que muestra una evolución de interés, por su conexión con algunas cuestiones doctrinales sobre nuestro sistema adquisitivo y sobre la eficacia de los actos dispositivos.

La STS de 29 de abril de 1986 relativa a la comunidad hereditaria, declara la invalidez de la transmisión, pero no con grado de invalidez relativa, sino con el de la nulidad radical, sin que pueda subsistir el contrato parcialmente, como declara la STS de 19 de diciembre de 1985 respecto a la cuota del comunero vendedor, porque el objeto de la compraventa fue la cosa entera, y sobre ese objeto recayó el consentimiento de los contratantes. La misma línea se aprecia en las SSTS de 11 de febrero de 1952, 11 de abril de 1953 y 26 de febrero de 1982.

LARRONDO LIZÁRRAGA se muestra crítico con esta línea jurisprudencial, señalando que, conforme a un elemental criterio de lógica jurídica, no puede ser más reprochable (nulidad absoluta) la venta de cosa parcialmente ajena que la venta de cosa completamente ajena y que, en consecuencia, la venta por un comunero de toda la cosa común sin el consentimiento de los demás será válida y producirá efectos obligacionales, a menos que un precepto específicamente referido a la misma impida su validez⁴³⁶. En consecuencia, no puede predicarse de la venta la nulidad absoluta, ni siquiera la relativa⁴³⁷.

Para la segunda línea jurisprudencial, que se vino aplicando más frecuentemente a los casos de comunidad hereditaria, por el contrario “*no se trata de un caso de nulidad del negocio sino de un contrato con eficacia puramente condicional, en cuanto subordinado al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las*

⁴³⁶Este precepto, afirma el autor (*Ibidem*, pág. 272) es para algunos el art. 397 del Código Civil, que exige la unanimidad para los actos de alteración de la cosa común, por lo que no existiendo ésta en el acto dispositivo, máximo acto de alteración, éste es nulo de pleno derecho por alteración del art. 6.3 del Código Civil, a menos que por los comuneros se hubiera pactado un régimen distinto o para el caso de alteración. Contra esta interpretación, entiende ESTRUCH que el régimen de la disposición no unánime de la cosa común es el de la venta de cosa ajena, con algunas particularidades, y, por lo tanto, el precepto de aplicación es el art. 399 y no el art. 397. (op. cit. págs. 228 y ss, 271 y 280 y ss.)

⁴³⁷MIQUEL GONZÁLEZ “*Comentarios...*”. Op. cit, págs. 400–401 argumenta en contra de la nulidad radical de esta disposición de cosa parcialmente ajena sobre la base del art. 399 Cc, que admite que un acto dispositivo que excede del derecho de cada condueño quede circunscrito a lo que se adjudique en el momento de la división, lo que implica aceptar que la disposición excesiva, aunque no durante la vigencia de la comunidad, pueda quedar convalidada si la cosa es adjudicada al transmitente en la medida de la disposición. Acude asimismo este autor, para fundamentar la admisión de los negocios de disposición por la parte de los que consintieron, al art. 597 Cc, que en sede de constitución de servidumbres, otorga cierta eficacia a la consentida por algunos de los comuneros, sin la necesaria unanimidad, y esto a pesar de ser la servidumbre, conforme al art. 535 Cc, un derecho indivisible. Y no se ve por qué no puede producirse el mismo efecto en el caso de la venta de la cosa hecha aisladamente por alguno, máxime cuando la propiedad sí es, a diferencia de la servidumbre, susceptible de cuotas-partes.

operaciones divisorias". Esta posición adopta la STS de 28 de mayo de 1986, que cita las de 5 de julio de 1958 y 27 de mayo de 1982.

Corresponde entonces plantearse cuáles son los efectos del acto dispositivo no unánime como negocio obligacional, cuestión que conviene estudiar distinguiendo los supuestos en que el coheredero vendedor adquiere el dominio exclusivo de la cosa vendida y el caso en que no llegue a adquirirlo:

- (a) Si el coheredero disponente adquiere el dominio exclusivo de la cosa vendida, ya sea por medio de la partición, ya por la adquisición del derecho hereditario de sus copartícipes, transmite su derecho al comprador, siendo entonces discutible si será necesario un acto de tradición posterior o si éste resulta innecesario, salvo en el caso en que el acto anterior hubiera quedado supeditado a la adquisición del dominio por parte del vendedor.
- (b) Si por el contrario el coheredero vendedor no llega a adquirir el dominio exclusivo de la cosa vendida, no podrá realizar la entrega o, si la hiciera, sería ineficaz y no liberatoria, por no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 1160 del Código civil, sin perjuicio de que el contrato sea reputado justo título a los efectos de la usucapión ordinaria.

En consecuencia, debe reconocerse la validez, a efectos obligacionales y de título para la usucapión, de la disposición de la cosa común por parte de uno solo de los copartícipes, aunque carezca de valor traslativo suficiente para generar la propiedad en el comprador. Del mismo modo debe afirmarse que los demás condueños no pueden verse afectados por la venta por la parte que les corresponde pudiendo, por ende, reivindicar la cosa sin necesidad de solicitar la nulidad del contrato de compraventa⁴³⁸. Sin embargo, los problemas se plantean en cuanto a la obligación de entrega, puesto que quien vende una cosa atribuyéndose la propiedad de toda ella, aunque sin derecho, no puede después invocar la nulidad de dicha venta para eximirse de la obligación de entregar siquiera su parte. El acreedor, que es el comprador, no puede ser compelido a recibir la cosa en parte, pero el deudor no puede negarse a cumplir en la medida de lo posible, sólo porque se trataría de un pago parcial, y no es posible cumplir del todo⁴³⁹.

⁴³⁸Para el caso de la donación, puede mencionarse la STS de 24 de julio de 1998. Ante un supuesto en que un heredero había donado los bienes integrantes de la herencia, que estaban en comunidad hereditaria, donde existían otros coherederos, a su hijo, el TS declara que dicha donación de los bienes —de los cuales no era propietario— era inexistente por falta de objeto (*Nemo dat quod non habet*), que es uno de los requisitos esenciales que según el art. 1261 Cc ha de concurrir para la existencia de todo contrato o negocio jurídico. Igualmente se dice que la comunidad hereditaria, en cuanto recayente sobre la totalidad del patrimonio del causante (*universitas*), no en cuanto referida a bienes concretos, aisladamente considerados, de dicho patrimonio, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le resulta aplicable el art. 397 Cc, con arreglo al cual, los actos dispositivo de dichos bienes, integrantes de la referida comunidad hereditaria, requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos y, en consecuencia, también desde este punto de vista, ha de considerarse ineficaz (nula, en este caso) la donación hecha al hijo de todos los bienes integrantes de la herencia.

⁴³⁹MIQUEL GONZÁLEZ: "Comentarios..." op. cit. págs. 397 y ss. Para MIQUEL, que se aparta en este punto de la interpretación mayoritaria de la doctrina, el artículo 397 Cc ha de entenderse referido

Otras posiciones en torno a la disposición no unánime de bienes de la herencia por un coheredero son las de su calificación como compraventa de cosa futura, cuyos efectos son similares a los de la venta de cosa ajena, y la de la anulabilidad de la venta, sostenida sobre el artículo 1322 Cc, y especialmente para los casos en que se observe error o dolo en los contratantes (denominada a veces “*error in domino*”).

A juicio de algunos autores, como CLEMENTE MEORO⁴⁴⁰, las líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo pueden ser conciliadas. El TS ha aplicado la doctrina de la venta de cosa ajena y ha considerado válida la enajenación, en casos en que el comprador exigía el cumplimiento del contrato, pues se había adjudicado el bien al vendedor en la partición y éste negaba la validez de la compraventa (SSTS de 5 de julio de 1958 y 27 de mayo de 1982). No cabe duda de que si los partícipes no tienen derechos sobre bienes concretos, sino sobre el conjunto de los bienes hereditarios, la venta por un comunero de uno de tales bienes constituye venta de cosa ajena — al menos parcialmente ajena—, y le resulta aplicable tal doctrina. Téngase en cuenta, además, que, conforme al art. 450 del Cc, cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión (cfr. También art. 399 Cc. *in fine*), lo que concuerda con el carácter declarativo que se atribuye a la partición.

Sin embargo, el TS ha entendido que la enajenación adolecía de nulidad cuando quien ha reaccionado frente a ella ha sido otro comunero, reivindicando el bien en beneficio de la comunidad (SSTS de 11 de abril de 1953, 25 de marzo de 1988 y 8 de mayo de 1989). Lo que sucede es que en tal supuesto la compraventa no es propiamente nula, sino eficaz frente a los demás comuneros (cfr. Art. 1257 Cc), no produciendo efecto traslativo del dominio. Cuando sí resulta nula, por incompleta, es cuando un heredero dice actuar en nombre y representación de los demás comuneros y resulta ser incierto (cfr. art. 1259-2 Cc), y también lo ha entendido así la jurisprudencia (STS de 5 de mayo de 1972).

La más reciente jurisprudencia parece sin embargo haber clarificado esta cuestión y optado por declarar la nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los arts. 397 y 1261 Cc.

Así, la STS de 17 de febrero de 2000 reitera, al hilo de un extenso análisis de la jurisprudencia de la Sala en esta materia, que los coherederos pueden enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia sin el consentimiento de los demás. Habiéndose dispuesto por la testadora,

exclusivamente a las alteraciones materiales, mientras que la disposición de la cosa común debe registrarse por el artículo 399 Cc, que regula también los actos dispositivos sobre la propia cuota. La razón es que en ambos casos, el objeto del que dispone el comunero es el mismo: su cuota. La disposición conjunta sobre el objeto común no es para MIQUEL sino un acto de disposición coordinada de la parte que a cada uno corresponde. La unanimidad del consentimiento será necesaria para que el comprador verifique la adquisición de la totalidad de la cosa por medio de la de la totalidad de las cuotas, pero no afectaría al objeto dispositivo, de modo que en la enajenación de la cosa común por uno solo de los copartícipes hay, al menos, enajenación de la cuota de éste, y corresponde al comprador decidir si le interesa adquirir solo ésta, o si su interés radica en la titularidad plena sobre la cosa.

⁴⁴⁰CLEMENTE MEORO, M, *Derecho de Sucesiones*. AA.VV, cit.

tras varios legados, la institución como herederos “*en el resto de sus bienes, derechos y acciones a sus seis hermanos*”, y, producido el fallecimiento, otorgadas por cinco de ellos, directamente o a través de sus descendientes, escrituras de compraventa por sus respectivas partes indivisas en las fincas, invocando la herencia como título de dominio la herencia, declara el TS la nulidad de las escrituras de venta y de las correspondientes inscripciones registrales. El TS confirma la sentencia de primera instancia y la de apelación apreciando la falta de poder de disposición en los vendedores (Fundamento Cuarto):

Exponente clara de esa jurisprudencia aplicable, por las cuatro Sentencias que a su vez cita, es la Sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 1997 (recurso núm. 2466/1993), cuyo fundamento jurídico Cuarto declara lo siguiente: «Conocida es la Jurisprudencia según la cual, producido el hecho sucesorio, todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición, y si en la partición se adjudica algún bien proindiviso, pasan a ser titulares en copropiedad.

Conocida y reiterada es también la Jurisprudencia según la cual ningún comunero o coheredero puede vender bien alguno mientras no se le adjudique en la partición, y caso de hacerlo la venta es nula por falta de poder de disposición. Así lo proclaman Sentencias de 14 de octubre de 1991, 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994 y 25 de septiembre de 1995), entre otras.

La STS de 7 de marzo de 2012 plantea el problema de la validez de los contratos de compraventa realizados por un coheredero antes de la partición, respecto de un bien de la herencia indivisa, partiendo de la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de 5 de julio de 1958, 27 de mayo de 1984 y 31 de enero de 1994 sobre esta misma cuestión.

El Tribunal Supremo acude, como en otras muchas sentencias recientes, a la doctrina sentada en la de 23 de junio de 2009, conforme a la cual, se han sucedido en el tiempo dos posiciones jurisprudenciales sobre la venta de bienes, propiedad de comunidad hereditaria, por uno solo de los herederos, sin consentimiento de los demás. A continuación expondremos los principales argumentos de ambas posiciones, y las resoluciones que los han sostenido.

7.1.5.1. Nulidad de la venta, validez de la venta y anulabilidad por error en el consentimiento

La STS de 9 de mayo de 1980, citando como precedentes las SSTS de 28 de diciembre de 1932, 31 de enero de 1963 y 20 de octubre de 1954, se decanta por la nulidad de la venta por carencia de objeto... mediante el argumento de que, sin confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, el de la compraventa está integrado no sólo por la cosa sino también “*por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar*”; la STS de 27 de mayo de 1982, citando como precedente la STS de 1 de marzo de 1949 y resolviendo un caso de venta de cosas determinadas de la herencia por un solo coheredero antes de la partición, opta en

cambio por la validez del contrato desde el principio general de la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento, aun cuando no deja de matizar que la eficacia de la compraventa será “*puramente condicional, o sea subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias*”; el mismo principio general de la validez de la venta de cosa ajena preside los razonamientos de la STS de 31 de enero de 1994 (rec. 1231/91), que sin ajustarse literalmente a lo pedido por las partes litigantes declara “*la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones. . . , pues todos tienen interés en la decisión*”; y como tampoco faltan sentencias que, dadas las circunstancias del caso, singularmente la creencia de buena fe del comprador e incluso la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa era propia de éste, resuelven el problema declarando la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento (SSTS 11 de abril de 1912, 26 de junio de 1924, 8 de marzo de 1929, 7 de abril de 1971, 15 de octubre de 1973, 15 de febrero de 1977 y 6 de julio de 1992).

7.1.5.2. Confirmación de la posición jurisprudencial favorable a la nulidad de la venta por aplicación combinada de los arts. 397 y 1261 Cc

Ahora bien, la solución generalmente adoptada por la Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide en declarar la nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los arts. 397 y 1261 Cc, al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás⁴⁴¹.

Aplicando esta doctrina, la STS de 7 de marzo de 2012 declara la procedencia de la nulidad del contrato, al venderse bien perteneciente a la comunidad hereditaria, sin autorización de todos los comuneros y entendiéndose que el comprador creía, erróneamente, que el vendedor contaba con la autorización de los demás condóminos. La sentencia no estimó vulnerados los arts. 1445 y 1450 del C. Civil pues el vendedor no gozaba de la libre disponibilidad del bien transmitido, carente el acuerdo del consentimiento necesario para poder ser catalogado de contrato (art. 1261 del C. Civil), pues no bastaba con el asentimiento del enajenante sino que se precisaba el de los demás condóminos (art. 397 del C. Civil), por lo que no se le pueden reconocer efectos obligacionales al acuerdo analizado, en cuanto nulo. Tampoco puede defenderse la validez de la venta de la cuota parte del vendedor de la que sí era propietario, porque en el caso resuelto se había vendido la cosa como un todo.

Se confirma de este modo una doctrina sentada ya, entre otras⁴⁴², en la la STS de 9 de octubre de 2008: la venta, como negocio jurídico de disposición o alteración jurídica, de una cosa común por uno solo de los copartícipes está prohibida por el

⁴⁴¹Es el criterio seguido por las SSTS 19 de diciembre de 1985, 8 de julio de 1988, 25 de mayo de 1990, 23 de octubre de 1990, 30 de junio de 1993, 24 de julio de 1998 y 13 de noviembre de 2001, así como también por la STS 9 de octubre de 2008, ya citada, en otro de sus fundamentos.

⁴⁴²Como las de 26 de febrero de 1982 y la de 13 de noviembre de 2001, que cita otras muchas anteriores

artículo 397 del Código civil y no cabe incardinarla en el supuesto de venta de cosa ajena, sino que se hace como propia y en perjuicio directo de los copropietarios, con sanción de nulidad absoluta.

La moderna doctrina del Tribunal Supremo en esta materia ha quedado expresada en las recientes SS. de 20, 26 y 28 de marzo de 2012, dictadas todas ellas para la comunidad de bienes. En todos los casos, la cuestión jurídica planteada es la validez y eficacia de contratos privados de compraventa celebrados por uno solo de los comuneros y en los que se transmiten fincas que constituyen cosa común en situación de *pro indiviso*. En los razonamientos se plantean de nuevo cuestiones como las de la eficacia obligacional de la compraventa y la venta de cosa ajena, o parcialmente ajena, reiterándose la doctrina de la Sentencia de 23 de junio de 2009. Aplicando la referida doctrina, y siguiendo la de 7 de marzo del mismo año, la STS de 20 de marzo de 2012 declara la nulidad del contrato, al venderse el bien perteneciente a la comunidad de bienes sin autorización de todos los comuneros.

Destaca la Sentencia de 26 de marzo de 2012 que la jurisprudencia de esta Sala viene declarando la nulidad de la venta de la cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás. Han sido distintas las razones en las cuales se ha fundado esta nulidad, aunque todas ellas convergen en un razonamiento idéntico. En algunos casos se ha entendido que la nulidad de la compraventa deriva de la carencia de objeto, el cual, en el contrato de compraventa, está integrado no solo por la cosa, sino también por los derechos que radican sobre ella y son objeto de transmisión (SSTS de 28 de diciembre de 1932, 31 de enero de 1963, 20 de octubre de 1954).

En otros casos, la nulidad se ha fundado en que la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa es propia de este determina la existencia de un error en el consentimiento (SSTS de 11 de abril de 1912, 26 de junio de 1924, 8 de marzo de 1929, 7 de abril de 1971, 15 de octubre de 1973, 15 de febrero de 1977, 6 de julio de 1992).

Como hemos señalado, la más reciente jurisprudencia parte para la justificación de esta nulidad de la aplicación de los artículos 327 y 1261 Cc y considera que la disposición de la cosa común por uno de los comuneros comporta una alteración en ella que requiere el consentimiento de los demás (SSTS 19 de diciembre de 1985, 8 de julio de 1988, 25 de mayo de 1990, 23 de octubre de 1990, 30 de junio de 1993, 24 de julio de 1998, 13 de noviembre de 2001, 9 de octubre de 2008).

7.1.5.3. Validez de la venta con efectos obligacionales

La jurisprudencia, sin embargo admite excepciones a la doctrina general de la nulidad del acto dispositivo no unánime. La propia STS de 26 de marzo de 2012 señala que el tribunal Supremo “*no rechaza aplicar la dogmática de la venta de cosa ajena, admitiendo la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (STS de 14 de octubre de 1991, RC n.º 2233/1989, 3 de febrero de 2009, RC n.º 1440/2003), en aquellos casos en los que «todos tienen interés en la decisión»*”, dado que no se conviene la transmisión de la cosa por quien figura con poder de disposición sobre ella,

sino que únicamente se impone a quien figura como vendedor la obligación de procurar su transmisión, bien porque se expresa así en el contrato, bien porque se deduce esta interpretación del hecho de que las partes tienen conocimiento de la no-pertenencia al comunero que vende de la totalidad de la cosa vendida (STS de 31 de enero de 1994), de tal suerte que el derecho de los restantes comuneros no resulta afectado, ni viciado el consentimiento de quien cree contratar con quien dispone de la cosa en su totalidad, cuando solo tiene poder de disposición sobre una cuota indivisa.

En suma, como declara la STS, de 3 de febrero de 2009, la nulidad de la venta de la cosa común —efectuada por uno de los comuneros sin el consentimiento de los demás— tiene como presupuesto la actuación del vendedor que dispone de la cosa como dueño único o atribuyéndose indebidamente la representación de los demás comuneros, supuesto en el que, por una parte, falta el consentimiento de los restantes condóminos (que, si se diera validez al título, podrían verse despojados de sus cuotas en virtud de una tradición instrumental) y, por otra, no cabe escindir el contrato en perjuicio del comprador para obligarle a adquirir solo una participación indivisa cuando la venta se produce por la totalidad.

La doctrina general sobre nulidad de la compraventa en el supuesto de enajenación por uno de los condóminos de la totalidad de la cosa objeto del condominio sin consentimiento de los demás sufre, pues, una excepción cuando, atendiendo al objeto del contrato y a la intención de los contratantes, procede la aplicación de la dogmática de la compraventa de cosa ajena. La apreciación de esta excepción está subordinada, como se deduce de la jurisprudencia recogida, al estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado.

A la necesidad de atender a las circunstancias del caso, a la interpretación resultante del contrato y al propósito negocial de las partes⁴⁴³ como criterios susceptibles de fundamentar dicha excepción se refiere también la STS de 15 de enero de 2013 que, de nuevo, adopta la posición favorable a la validez de la venta, con efectos obligacionales⁴⁴⁴. Partiendo de la naturaleza de la compraventa en nuestro Derecho como contrato meramente generador de obligaciones (art. 1445 Cc) y trayendo a colación distintos argumentos, entre ellos el basado en el principio de la conservación de los contratos, la resolución declara la eficacia obligacional de la venta, que no alcanza a sus efectos jurídico-reales, ni en modo alguno altera o modifica los derechos que corresponden a los comuneros que no prestaron su consentimiento. El comprador, por su parte, ante la eventual frustración de la finalidad traslativa, tiene a su disposición los remedios o defensas frente al incumplimiento, incluyendo la acción de indemnización, de resolución o de responsabilidad por evicción, todos los cuales presuponen la validez, y no la nulidad del contrato celebrado.

⁴⁴³Y en este sentido, por ejemplo, la titularidad plena del vendedor sobre la cosa vendida puede haber constituido para el comprador un presupuesto esencial para la celebración del contrato, caso en el cual éste podría ejercitar en su defensa —razona la sentencia— una acción de anulación por error sustancial y excusable.

⁴⁴⁴A pesar de que el supuesto, en el que la vendedora actuaba en nombre de los demás comuneros sin tener poder de los mismos, es de los que el Tribunal Supremo califica normalmente como de nulidad con base en el artículo 1259 Cc. El Tribunal de instancia y el de apelación habían adoptado esta solución.

7.2. Los actos de disposición sobre la propia cuota

7.2.1. La disposición sobre la cuota hereditaria

7.2.1.1. Facultades del copartícipe sobre su propia cuota

El copartícipe en la comunidad hereditaria, aunque no puede, como hemos visto, transmitir o ceder por sí solo derecho alguno sobre ningún bien determinado de los que integran el caudal hereditario, puede, en cambio, disponer de su cuota hereditaria, tanto por actos inter vivos como *mortis causa*, y lo mismo a título oneroso que a título gratuito. No necesita para ello del concurso o anuencia de los demás partícipes en la comunidad hereditaria, pues dispone de su derecho sobre la misma, expresado en la cuota.

El coheredero podrá obligarse igualmente a transmitir las cosas y bienes que por efecto de la partición se le hayan adjudicado en la herencia. No obstante, debe tenerse siempre presente que el derecho hereditario de todo copartícipe en la comunidad, no se proyecta sobre las cosas o bienes concretos y particulares que la componen, sino sobre la herencia considerada en su totalidad como una unidad de carácter universal. Luego, si al comunero no le asiste derecho alguno sobre los concretos bienes de la masa indivisa, resulta claro que no podrá disponer de cuota o parte proporcional de los mismos, sino sólo de una parte alícuota de la herencia globalmente considerada.

Puede asimismo constituir sobre su cuota misma todo tipo de cargas y gravámenes, e incluso garantías como la prenda, aunque será necesario que unas y otras no presupongan una cosa concreta y material, puesto que la libertad dispositiva que a cada copartícipe se reconoce sobre su propia cuota no altera el carácter abstracto o intelectual de ésta, en tanto que porción ideal referida la herencia en su conjunto, y no a los bienes concretos determinados que la integran.

Es cierto que ningún precepto sanciona expresamente esta facultad dispositiva sobre la propia cuota, pero se desprende así de las reglas sobre comunidad ordinaria y retracto del Código Civil, así como de la legislación hipotecaria, además de hallarse plenamente acogida por la jurisprudencia del TS:

- (a) El artículo 399 Cc, entre las normas que regulan la comunidad ordinaria, reconoce explícitamente a cada condueño "*la plena propiedad de su parte*", con las correspondientes facultades para enajenarla, cederla o hipotecarla, pero limitando el efecto de la enajenación o la hipoteca con relación a los condueños "*a la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad*".
- (b) El artículo 1067 Cc, presuponiendo la facultad dispositiva, hace referencia a la venta del derecho hereditario a un extraño antes de la partición como acto de da origen al retracto a favor de los demás coherederos, que pueden subrogarse en el lugar del comprador.

- (c) El artículo 1531 Cc sobre responsabilidad por la venta alzada de herencia sólo obliga al disponente a responder de su cualidad de heredero—
- (d) El artículo 46 LH admite en su último párrafo la facultad de coheredero de disponer del derecho hereditario anotado, que puede transmitirse, gravarse y ser objeto de nueva anotación.

7.2.1.2. La distinción entre el régimen de disposición de la propia cuota y el de la cosa común

La aplicación a la situación de comunidad hereditaria del artículo 399 Cc fue admitida por la STS de 5 de julio de 1958, que declaró que el heredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo no solo la porción o cuota ideal que le corresponde en el as hereditario, sino igualmente las cosas determinadas comprendidas en el caudal relicto, *“si bien con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias, como viene a entenderse en el especial supuesto de posible adquisición de la cosa en subasta judicial, en la STS de 1 de marzo de 1949, y sin que ello suponga, ni de cerca ni de lejos, alteración alguna en la cosa común, que es lo prohibido en el artículo 397 Cc, y mucho menos cuando de ningún modo se perjudica con ello a los restantes indivisionarios”*.

La STS de 28 de mayo de 1986 establece la distinción entre la enajenación de la propia cuota y la de la cosa común: *“no puede sostenerse que ha existido disposición excesiva o extralimitada por parte de quienes han enajenado [sus derechos en la cosa común], pero no en su plenitud y singularidad[...], cuando según el artículo 399 del Código civil el condueño está facultado no solo para enajenar su parte, con ingreso del adquirente en la comunidad, sino ceder el derecho a ciertos frutos o utilidades, así como el uso y disfrute, y el consiguiente derecho a poseer la cosa, cesión a consecuencia de la cual el cesionario ostentará frente a los restantes copropietarios el derecho a tales beneficios en la medida en que pertenecían al cedente”*.

El hecho de venir restringido el poder dispositivo de cada copartícipe a la parte alícuota indivisa que le corresponde en la herencia, pero no a la parte que pueda corresponderle en bienes concretos y determinados de la misma representa una restricción del poder dispositivo que obliga a plantearse que eficacia puede reconocerse a los actos de enajenación, gravamen, o constitución de garantías sobre la misma, o sobre parte de ella.

7.2.1.3. Eficacia de los actos dispositivos sobre la cuota hereditaria

La cuestión de la eficacia de la cesión de cuota hereditaria ha motivado un debate doctrinal en el que se ha planteado, principalmente, si opera una subrogación plena, es decir, si en virtud de la cesión el cesionario se coloca en la posición jurídica del cedente, aunque solo sea en cuanto a su participación en el activo hereditario. La cuestión

tiene trascendencia a varios efectos, pero ha sido controvertida sobre todo en relación con la práctica de la partición. Para éste supuesto específico suele entenderse que las operaciones particionales han de practicarse por todos los herederos, incluido el que cedió sus derechos, sin perjuicio de que el cesionario esté facultado para controlar dichas operaciones.

DE LA CÁMARA⁴⁴⁵ considera esta solución como excesiva en su aplicación a la comunidad ordinaria, puesto que el copropietario de un inmueble, por ejemplo, que vende su participación indivisa en el mismo queda en la práctica completamente desligado de la comunidad y, por consiguiente, es el comprador quien únicamente debe intervenir en la división con los demás copropietarios. Sin embargo, entiende este autor que los citados preceptos adquieren sentido referidos a comunidades más complejas, como la comunidad hereditaria, dado que la condición de heredero es en la misma intransferible, si bien suele entenderse transferido al cesionario el contenido económico de su posición sucesoria, lo que le legitima para intervenir en la gestión del caudal relicto, pedir la partición y concurrir a la misma (SSTS de 24 de febrero de 1909, y 27 de noviembre de 1961). El contenido de la transferencia fue matizado por la DGRN de 29 de julio de 1925 y 29 de diciembre de 1930, según las cuales, por la cesión del derecho de uno de los partícipes durante la indivisión no se transfiere la cualidad de heredero, pero tampoco engendra meras relaciones obligatorias, sino que transfiere al cesionario el derecho a la cuota correspondiente. El cesionario deviene un comunero más, pero no se produce una subrogación plena.

En general hay acuerdo en la necesidad, ante la falta de regulación del Código Civil, de acudir al régimen de la comunidad de bienes, y, particularmente, a los artículos 399 y 403 Cc. El primero establece que cuando un comunero enajena o cede su derecho, los efectos de la enajenación quedan limitados a la porción que se adjudique al comunero cedente en la división al cesar la comunidad; el segundo, reconoce a favor de los acreedores y cesionarios de los partícipes el derecho a concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso, si bien sólo podrán impugnar la partición consumada en el caso de fraude, o de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedir la, y a salvo siempre los derechos del cedente para sostener su validez.

La eficacia de los actos dispositivos queda así limitada a la concreción del contenido de la cuota, esto es, a su determinación a través de la adjudicación, en plena propiedad, de bienes y derechos de la herencia, que tendrá lugar normalmente a través de la práctica de las operaciones particionales. Es la partición la que “*sustituye la cuota que cada heredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes y derechos que se le adjudican*”⁴⁴⁶, y hasta que aquella no se practique por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, “*no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario*”⁴⁴⁷. Ahora bien, que quede supeditada al momento de la partición la eficacia de los actos de disposición sobre la propia cuota

⁴⁴⁵DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho Sucesorio*, cit, pág. 416.

⁴⁴⁶STS de 28 de mayo de 2004 (FJ 4º), entre otras muchas.

⁴⁴⁷SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007, entre otras muchas.

hereditaria no significa que el disponente de la misma tenga derecho a pedir en estas operaciones que le sea adjudicado ningún bien o derecho específico, lo que significa, como ha señalado la doctrina⁴⁴⁸, que el acto de disposición sobre una cuota de un bien hereditario concreto sólo será válido cuando haya sido configurado por las partes como negocio jurídico condicional, supeditando su eficacia al resultado de la partición.

Así lo entendió la STS de 29 de noviembre de 1955, al declarar que, “... *en efecto, el estado de indivisión de una herencia autoriza a uno de los coherederos a enajenar la parte ideal que pudiera corresponderle en el todo, pero en modo alguno podrá transmitir bienes determinados, ni siquiera partes indivisas de bienes concretos de la herencia, pues mientras esta no se divide en adjudicación de los oportunos lotes no hay términos hábiles para poder precisar qué es lo que individualmente corresponde a cada uno*”.

Es decir, una cosa es que se faculte al copartícipe en la comunidad para disponer aún antes de que se practique la división, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, y otra distinta que éste tenga verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados mientras ésta no se liquide y no se haga en su favor la correspondiente adjudicación (sentencia de 11 de abril de 1953).

Esta circunstancia hace que la disposición sobre la cuota no pueda ser ajena a un elemento de aleatoriedad o incertidumbre. Por una parte, se desconoce en el momento en que la cesión o gravamen tiene lugar qué elementos del patrimonio llenarán el contenido económico de la cuota, puesto que esta representa sólo una parte ideal de la herencia globalmente considerada. Por otra, el propio contenido económico de la cuota hereditaria puede verse alterado, en beneficio o en perjuicio del adquirente de la misma, en el tiempo que transcurre entre el acto dispositivo y la partición de la herencia⁴⁴⁹. Es cierto que los pactos entre las partes pueden reducir este elemento aleatorio, pero sólo en parte.

⁴⁴⁸Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil* T. V, cit. pág. 122 y LASARTE ALVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil*, T. VII, cit. pág. 392

⁴⁴⁹La cuestión de la aleatoriedad de los actos de disposición sobre la herencia se ha planteado sobre todo relación con el supuesto de venta de herencia por un coheredero, en términos que, salvadas las distancias, pueden resultar útiles para la cesión de cuota hereditaria. Señala COLINA GAREA. “*A nuestro modo de ver, resulta indudable que en toda venta de herencia existe un cierto grado de incertidumbre derivado de la propia imprecisión de su objeto: la herencia. Y lo cierto es que dicha incertidumbre y falta de precisión en los contornos de la herencia puede representar para el comprador tanto un riesgo de perjuicio económico, como un posible beneficio, ya que éste no sólo debería afrontar una posible disminución en el patrimonio comprado debido a la sobrevenida aparición de cargas o legados, sino que a la vez tiene derecho a aprovechar el incremento patrimonial de la herencia adquirida*”. Cita COLINA a favor de la tesis de la aleatoriedad las opiniones de GULLON BALLESTEROS, para quien, “... *el carácter aleatorio de la venta de herencia parece indiscutible, dado que el comprador puede ver disminuido el patrimonio que ha comprado, debido a circunstancias surgidas con posterioridad (aparición de nuevas cargas, legados, etc.)*” y de ROCA SASTRE en el sentido de que “*al fin y al cabo, en la venta de herencia siempre hay algo de aleatorio, derivado de la imprecisión del contorno de la hereditas*”. En el mismo sentido favorable a la aleatoriedad se pronuncian GARCIA CANTERO y GUTIERREZ BARRENENGOA.

Así pues, lo que realmente será objeto de transmisión con plenos efectos serán los bienes y derechos, o partes o cuotas sobre los mismos en los que efectivamente se concrete la cuota en el momento en el que, realizadas las operaciones particionales, el derecho abstracto del transmitente se convierta en titularidad definitiva sobre lo adjudicado y hasta ese momento, como no es posible transmitir lo que no se tiene, lo dispuesto es la cuota tal y como se ostenta.

En el análisis de los efectos del acto de disposición del coheredero sobre su propia cuota en la herencia, debemos detenernos en el examen de cuál es la posición jurídica que corresponde al cesionario que haya recibido por enajenación la parte alícuota que correspondía a un copartícipe que tenía la condición de heredero, así como en el estudio del derecho de retracto que corresponde a los restantes coherederos cuando la cesión o enajenación hubiese sido realizada en favor de un extraño a la comunidad.

En primer lugar, debe afirmarse que por el mero hecho de la transmisión o enajenación de una cuota en la herencia indivisa, el adquirente no recibe la condición de heredero que tuviese el disponente o enajenante, ya que tal título es personalismo, intransferible y no susceptible de disposición mediante acto *inter vivos*.

Lo que se transmite al cesionario de cuota no es la condición de heredero del cedente, sino el contenido económico de su posición sucesoria. Después de la transmisión o enajenación, el transmitente sigue siendo heredero y el adquirente únicamente tiene derecho a percibir, en el plano económico y patrimonial, todos los bienes y derechos que hubieran podido corresponderle por razón de la cuota en la herencia si éste hubiese sido heredero en vez de serlo en realidad aquél. Del hecho consistente en que el cedente no transmite su cualidad de heredero y que el cesionario sólo se subroga en el contenido económico de la posición sucesoria de aquél, se deducen las siguientes consecuencias:

- 1º Solamente el cedente seguirá respondiendo del cumplimiento de las deudas y cargas hereditarias, salvo que hubiera convenido con el cesionario la asunción por éste de las mismas, en forma liberatoria acumulativa.
- 2º El cesionario estará obligado a satisfacer al cedente todo lo que éste haya pagado en proporción a su cuota por las deudas y cargas de la herencia, así como por los créditos que tuviese contra la misma, salvo pacto en contrario (art. 1534 Cc).
- 3º El cedente estará obligado a transmitir al cesionario todos los incrementos de activo que hubiese experimentado la cuota cedida desde su transmisión hasta la partición de la herencia, incluyéndose los frutos, rentas, rendimientos, acrecimientos y absorción de legados que fuesen repudiados por sus destinatarios (art. 1533 Cc).
- 4º El cesionario está legitimado para intervenir en la gestión del caudal relicto durante la situación de indivisión, pedir la partición y concurrir a la realización de la misma⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰Vid. STS de 27 noviembre 1961 y RDGRN 29 diciembre 1930.

En este mismo sentido, y en el ámbito del Derecho gallego, resulta sumamente indicativo a los efectos de la posición del cesionario en la partición el art. 170 LDCG, según el cual “*El cesionario de un coheredero se subroga en lugar de éste en la partija de la herencia*”.

7.2.1.4. Forma del acto de disposición

En cuanto a la forma que haya de revestir el acto o negocio jurídico en virtud del cual se disponga, ceda o enajene una cuota ideal o abstracta de la herencia indivisa, el art. 1280.4 Cc señala que deberá constar en documento público la cesión de los derechos hereditarios. Sin embargo, resulta oportuno recordar que la exigencia de forma pública del citado precepto no se plantea como un requisito *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*, cuya finalidad es garantizar la eficacia probatoria del acto ya celebrado y perfecto. De acuerdo con estas consideraciones, se deduce que el otorgamiento de escritura pública no es un requisito constitutivo del negocio de disposición de cuota hereditaria.

Nos hallamos ante una relación jurídica de carácter consensual para cuyo perfeccionamiento no se requiere el cumplimiento de formalidad solemne alguna, sino que resulta suficiente con el consentimiento de las partes respecto al objeto y la causa. Cuestión distinta es que, una vez perfecto y válido el negocio de disposición de cuota hereditaria, las partes puedan compelirse recíprocamente a elevarlo a documento público con el objetivo de que su celebración conste con seguridad.

7.2.2. El retracto de coherederos del artículo 1067 Cc

7.2.2.1. Régimen legal

El retracto legal de coherederos se regula en el art. 1067, el último de los dedicados a la partición hereditaria en la Sección 2ª del Cap. VI (De la Colación y Partición), Tit. III, Lib. III.

La figura se basa en el estado de indivisión generado por la comunidad hereditaria, cuya especialidad reside en la indeterminación de partes, pues, en tanto no tenga lugar la partición de la herencia los coherederos no pueden alegar —ni desde luego transmitir— un derecho concreto y determinado sobre los singulares bienes hereditarios. La norma del artículo 1067 Cc lo define en los siguientes términos:

Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal de que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber.

7.2.2.2. Tradicional asimilación al retracto legal de comuneros

Dentro de la categoría general de los retractos legales, es común la consideración del retracto legal de coherederos como una modalidad o una aplicación particular del retracto de comuneros que regula el art. 1522 Cc, al punto de quedar excusado, para muchos tratadistas su estudio particular.

Esta concepción, que puede hallarse también en la jurisprudencia muy reiteradamente⁴⁵¹, siendo cierta en lo que se refiere a su origen, a la idea fundamental, a la técnica reguladora de ambas figuras y a muchos de sus aspectos prácticos, desconoce sin embargo la existencia de importantes diferencias entre ambas figuras. Las diferencias se refieren no sólo a las particularidades que presenta el patrimonio hereditario como objeto de comunidad, esto es, a la distinta naturaleza de la comunidad en la que se fundan, a su objeto, que esta constituido no por un bien o bienes concretos, sino por el derecho hereditario transmitido, a los requisitos y presupuestos de ejercicio, (particularmente a la legitimación activa y al plazo de ejercicio de la acción), o a la posición jurídica del cesionario de cuota, sino que alcanzan, creemos, incluso a la propia naturaleza de la intervención del legislador que sirve de fundamento a esta figura retractual.

La evolución de la jurisprudencia hacia una posición más equilibrada, que, sin dejar de admitir las evidentes semejanzas entre el retracto de comuneros y el de coherederos, identifica también sus relevantes diferencias es patente en la STS de 3 de marzo de 1988, que no admite la aplicación analógica del aptdo. 5º del art. 1618 de la LECiv, al retracto de coherederos, por entenderla referida de manera exclusiva al de comuneros, señalando que *"... una cosa es que el retracto de coherederos se inspire en el retracto de comuneros y responda a una misma idea fundamental, y otra distinta es que se trate de instituciones fungibles e intercambiables; por lo que esa pretendida aplicación analógica que pretende la parte recurrente carece de base legal"*.

7.2.2.3. Fundamento

Con carácter general, se considera que la esencia del retracto legal consiste en la preferencia reconocida a favor de determinadas personas para que puedan adquirir un bien en el caso de que tenga lugar su transmisión y ajustándose a las mismas condiciones establecidas entre los contratantes. Se trata, en consecuencia, de una limitación del derecho de propiedad que su titular ostenta sobre la cosa.

⁴⁵¹En opinión de CUTILLAS TORNS, CASTÁN y la mayor parte de la doctrina fundaron esta opinión en la STS de 7 de febrero de 1944, para la cual el retracto sucesorio no es más que *"un caso particular del de comuneros, señalando como diferencia entre ambos la de que la comunidad ordinaria sobre bienes determinados no existe mientras no se haga la división y adjudicación de los bienes de la herencia, mientras que la comunidad que origina el retracto sucesorio está ya establecida entre los partícipes de la herencia y no ha de nacer sino por el contrario, ha de cesar al hacerse la adjudicación y división de tales bienes"*. CUTILLAS TORNS, J. M^a. *El retracto legal de coherederos*. Ed. Comares, Granada, 2000. Pág. 71.

Para VALLET DE GOYTISOLO⁴⁵², el fundamento del derecho de retracto que el art. 1067 Cc concede a los coherederos debe buscarse en la necesidad de evitar la intromisión de extraños en el patrimonio hereditario familiar, impidiendo igualmente, de este modo, que personas ajenas a la herencia puedan llegar a especular con los derechos que se proyecten sobre la misma a costa del interés de los copartícipes. Mediante la retracción, advierte ROCA⁴⁵³ también se consigue otra finalidad: que el patrimonio hereditario se concentre en menos personas, actuando asimismo como garantía frente al riesgo de un excesivo fraccionamiento de la propiedad de los bienes que lo forman, el cual podría acontecer con mayor probabilidad si, en vez de reducirse, se mantuviese o aumentase el número de copartícipes en la comunidad.

El mantenimiento de la integridad de la propiedad y la prevención de conflictos en su administración y disfrute mientras se mantienen en común se señalan también reiteradamente por la jurisprudencia como fundamento del retracto legal de comuneros, y, por extensión, de otras figuras retractuales, entre ellas la del retracto de coherederos. No obstante, el elemento sucesorio y familiar, así como el interés colectivo y particular de los coherederos y el deseo del legislador de prevenir los conflictos que pudieran intervenir en la gestión y liquidación del haber hereditario tienen a nuestro juicio un peso mayor en el retracto de coherederos que la evitación del fraccionamiento de la propiedad que puede predicarse con más contundencia del retracto de comuneros que del sucesorio, en el que se transmite una cuota abstracta e indeterminada sobre los bienes que integran el patrimonio hereditario, la cual habrá de concretarse en un momento posterior, y distinto del momento de ejercicio del retracto, en bienes o derechos concretos, pudiendo incluso satisfacerse de modo que no implique fraccionamiento de la propiedad.

7.2.2.4. Presupuestos para su ejercicio

Del régimen legal del retracto de coherederos y de la jurisprudencia en esta materia resulta que para que la enajenación de una de la parte de la herencia que corresponde a uno de los coherederos de lugar al derecho de retracto en favor de los restantes copartícipes en la comunidad, han de darse los siguientes requisitos:

A. Que la herencia se encuentre en situación de indivisión

El ejercicio del retracto legal de coherederos requiere que la herencia se encuentre en estado de indivisión. Así lo dispone el art. 1067 Cc: “*Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición...*”. Dadas las características de la comunidad en que se funda, el retracto de coherederos solo puede ejercitarse durante el estado de indivisión que origina la pluralidad de herederos, fase

⁴⁵²VALLET DE GOYTISOLO, I. B. *Panorama del Derecho de sucesiones*. T. II, cit. pág. 726.

⁴⁵³ROCA SASTRE, R. M.; PUIG FERRIOL, L.; BADOSA COLL, F. *Anotaciones al Derecho de sucesiones de T Kipp*, cit. pág. 262. CASTÁN TOBEÑAS, I. *Derecho civil español, común y foral*, T. VI, Vol. 1, cit. págs. 305 y 306.

durante la cual no pueden alegar un derecho concreto y determinado sobre los singulares bienes hereditarios, por lo que el objeto de la transmisión ha de ser una parte o cuota indeterminada sobre el conjunto de la herencia.

Sin embargo, como se ha señalado, el título hereditario puede generar en el momento posterior a la partición y adjudicación de la herencia, un condominio ordinario cuando alguno de los bienes sea adjudicado a varios coherederos, en cuyo caso, habrá de regirse por las reglas del retracto de comuneros.

B. Que se produzca una transmisión onerosa por parte de alguno de los coherederos

No puede darse el retracto sin que tenga lugar previamente una enajenación a título oneroso por parte de uno de los coherederos, que no impida la subrogación del retrayente. La enajenación debe reunir ciertos requisitos.

a) Una transmisión consumada. La acción de retracto presupone, según la doctrina jurisprudencial que ha prevalecido⁴⁵⁴, no solo de un contrato estructuralmente válido, perfeccionado, sino también consumado por entrega de la cosa o por otra forma de tradición admitida en Derecho, debiendo haber entrado lo transmitido en el dominio de la persona del adquirente.

De ahí que en los negocios modalizados en los que resulte diferida la transmisión de la propiedad, tales como los sometidos a condición suspensiva o a un término inicial de eficacia o en los que la enajenación contenga un pacto de reserva de dominio, no se podrá retraer en tanto no se cumpla la condición, se produzca el vencimiento del término o se haya satisfecho el total pago del precio.

Distinto es el caso en los contratos sometidos a condición resolutoria, así como en las ventas con pacto de retro y en las enajenaciones sometidas a término final de eficacia. En estos supuestos, el retrayente podrá ejercitar su derecho. Ahora bien, mientras en los dos primeros casos estará amenazado por el cumplimiento de la condición o el ejercicio por el vendedor de su facultad de recuperar la cosa, como inicialmente lo estaba el adquirente originario, en el tercero su adquisición se resolverá al vencimiento del término, por cuanto el mismo ha de llegar necesariamente⁴⁵⁵.

Debe, en consecuencia, haberse consumado la enajenación, y no tratarse de un mero compromiso de enajenar⁴⁵⁶, sin que pueda entenderse en este sentido que la

⁴⁵⁴SSTS de 20 de mayo de 1943, 5 de febrero de 1952, 20 de febrero de 1975, 20 de febrero de 1978, entre otras.

⁴⁵⁵En este sentido se manifiesta FERNÁNDEZ ARROYO, M: *Una aproximación al estudio del retracto legal*, cit. pág. 257.

⁴⁵⁶Así, la S. De la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 1 de marzo de 2006. En este caso se reclamaba contra la sentencia que estimó el retracto de coherederos y declaró a la demandante subrogada en la posición jurídica, en relación a la adquisición de los 5/6 partes de las fincas objeto de venta. La Audiencia declaró que, siendo conscientes, tanto la vendedora como la compradora, de que las fincas

transmisión del derecho hereditario, cuando está identificada la cuota que corresponde al coheredero transmitente y se paga por ella un precio cierto constituya un mero compromiso de venta si la parte de la herencia vendida llegara a ser de los vendedores, y el precio abonado una mera señal en garantía del compromiso.

b) Una transmisión que no incluya prestaciones personalísimas esenciales al contrato.

Para que pueda ejercitarse el retracto es preciso, además, que el retrayente pueda subrogarse en la posición del adquirente retraído, lo que hace preciso que el contrato no incluya prestaciones personalísimas a cargo del adquirente.

En el caso de que el adquirente retraído hubiera asumido prestaciones personalísimas respecto del vendedor señala GARCÍA CANTERO⁴⁵⁷, que la acción retractual no cabe, salvo que se trate de prestaciones no esenciales, ya que la subrogación no afecta a los pactos o condiciones que no sean condición principal de la enajenación (STS de 10 de enero de 1919).

c) Una transmisión onerosa. La enajenación debe haber sido realizada por uno de los coherederos respecto de su derecho hereditario. El art. 1067 Cc parece referirse exclusivamente a la venta. Habla, en efecto, el precepto del heredero que “*vendiere*” su derecho hereditario, de la subrogación que se realiza “*en el lugar del comprador*” y del reembolso del “*precio de la compra*”. A pesar de ello las referencias del art. 1067 a la venta deben entenderse en un sentido amplio, comprensivo también de otros negocios de enajenación onerosos de la cuota hereditaria que se realicen por título análogo de la venta.

Ahora bien, determinar qué actos transmisivos pueden generar el surgimiento de este derecho de retracto resulta más complicado, y es cuestión que ha acumulado abundante discusión doctrinal —y no menos jurisprudencia—, en interpretación de los preceptos del Código civil, que ofrecen en este punto escasa guía.

formaban parte de una herencia sin partir, de la que eran titulares los hermanos por partes iguales, y que ningún derecho de propiedad tenían, sino solamente un derecho hereditario; teniendo en cuenta que el precio por las 5/6 partes que se transmitían se había pagado en su totalidad; en modo alguno puede entenderse que lo suscrito fuera un mero compromiso de venta de una parte de la herencia si ésta llegara a ser propiedad de los vendedores, y que las cantidades entregadas lo eran en concepto de señal para garantizar el cumplimiento del compromiso de vender.

⁴⁵⁷GARCÍA CANTERO, G: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit, pág. 640; también BARBER GÁRCAMO, R: *El retracto gentilicio*, cit, pág. 145 y FERNÁNDEZ ARROYO, M: “Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código Civil español”, cit, pág. 257. Para FERNÁNDEZ ARROYO, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo con los añejos, escasos e inconexos supuestos en los que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, en los casos de prestaciones personalísimas “... *el retracto sólo será procedente cuando las mismas tengan carácter accesorio, en el sentido bien entendido de no constituir una prestación esencial, sin la cual no se hubiera celebrado el contrato*”. Cita en este punto la STS de 28 de diciembre de 1918, en la que se consideró que “*la obligación impuesta al comprador, consistente en convivir, cuidar y alimentar a la vendedora y costearle su funeral, de carácter esencialmente personalísimo en su cumplimiento, no constituye en orden al retracto la condición principal del mismo...*”

7.2.2.5. Momento de ejercicio

El establecimiento del momento en que puede ejercitarse el retracto tiene trascendencia para computar el plazo de ejercicio de la acción retractual, que el artículo 1524 del Código civil fija, en general, en nueve días para los retractos de comuneros y colindantes y para aquellos que no tengan plazo especial señalado para su ejercicio⁴⁵⁸ y el artículo 1067 del Código civil, en un mes desde que la transmisión se les haga saber.

Partiendo de la naturaleza del retracto como una posibilidad de actuación que la ley concede con el fin de realizar una conducta jurídica en el momento en el que nazca o se origine la situación prevista legalmente, que es en nuestro caso la venta o cesión del derecho hereditario a un extraño, producida la venta o cesión, la facultad jurídica se habrá convertido en derecho subjetivo y, consiguientemente, podrá ejercitarse el derecho de retracto.

Con carácter general, y a salvo las especialidades que consignaremos en relación con el plazo y forma de cómputo en el ejercicio del retracto de coherederos, la doctrina mayoritaria entiende que el plazo debe empezar a contar desde el momento en que el retrayente tiene un conocimiento “cabal y completo” del negocio que origina el retracto y de las circunstancias del mismo que interesen⁴⁵⁹

En este sentido, la reciente STS de 18 de marzo de 2009, siguiendo la tesis expuesta, utiliza el argumento siguiente:

... —En línea con lo mencionado es necesario aclarar que el hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada. Así, dice la Sentencia de 17 de junio de 1997 que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, siendo aún más explícita la Sentencia de 14 de noviembre de 2002, que señala que la acción de retracto nace a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección, estando por tanto el ejercicio de la acción de retracto supeditada al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, venta que ha de entenderse como compraventa ya consumada y no meramente perfeccionada, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo el hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. pues solamente en tal caso el titular

⁴⁵⁸ ALBALADEJO, M: cit. t. III, págs. 824–825.

⁴⁵⁹ Lo establecen así numerosas sentencias del Tribunal Supremo: 12 de junio de 1956, 21 de marzo y 30 de octubre de 1990, 9 de febrero de 1984, 12 de diciembre de 1986, 20 de mayo de 1991, 19 de mayo y 11 de julio de 1992, 7 de abril y 24 de septiembre de 1997, 3 de marzo de 1998 y 6 de marzo de 2000, entre otras. En la doctrina pueden verse, entre otros, ALBALADEJO, *Manual de Derecho Civil, ob. cit.*, t. III, pág. 816; BADENES GASSET, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (Tanteo, Retracto, Opción)*, cit. pág. 71; COBACHO GÓMEZ, “El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros...”, cit. pág. 284; DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, cit. pág. 596, DÍEZ SOTO, *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*. cit. págs. 151 y 161 y ss., GARCÍA CANTERO, *Comentarios...*, cit., pág. 680; LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, cit. pág. 333.

del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción.

De este modo, razona la sentencia, en las transmisiones de bienes a través de contrato de compraventa, aunque el contrato se perfeccione al concurrir el consentimiento de las partes sobre la cosa objeto del mismo y el precio según el artículo 1450 del Código Civil, lo relevante a efectos de determinar cuándo nace el derecho de retracto y cuándo puede ejercitarse la acción por el retrayente es que la adquisición de lo comprado no tiene lugar sino cuando a ese título se le une el modo o tradición consistente en la entrega de la cosa del vendedor al comprador (en nuestro sistema, hasta el momento en que se produce la entrega de la cosa, el contrato sólo produce efectos de índole obligacional entre las partes), incluso de forma simbólica —*traditio ficta*— con otorgamiento de escritura pública según el artículo 1462.2º del Código Civil.

La jurisprudencia ha matizado, en una doctrina que, como hemos señalado, se ha considerado también de aplicación al retracto legal de coherederos que si antes de la inscripción el retrayente hubiera tenido conocimiento completo de la transmisión, la fecha de tal conocimiento sería el *dies a quo*.

7.2.2.6. Legitimación activa y pasiva

En el plano subjetivo, el derecho de retracto corresponde, según el art. 1067 Cc, a los coherederos del vendedor. Sin embargo, consideramos que también tienen la facultad de retracción cualquiera de los partícipes en la comunidad aunque no tengan la condición de herederos, ya que la razón del retracto no está en una protección especial y exclusiva del derecho hereditario, sino que es consecuencia de la misma situación de comunidad. Si la totalidad de los coherederos o copartícipes pretenden ejercitar el derecho de retracto, se podrá recurrir a la aplicación analógica del arto 1522 Cc, entendiéndose que la facultad de retracción corresponde a todos a prorrata de la porción que tengan en la comunidad; si son varios, pero no todos, los coherederos y partícipes que desean retraer la cuota vendida, no hay norma que directamente resuelva la preferencia entre ellos, por lo que se podría admitir la aplicación analógica del art. 1523, entendiéndose que será preferente el partícipe que tenga menor cuota sobre la comunidad, y si todos la tienen igual, el primero que lo solicite⁴⁶⁰

El retracto sólo podrá ser ejercitado contra cualquier comprador que sea extraño a la comunidad y, por el mismo motivo antes apuntado, quedará excluido cuando la venta haya sido realizada en favor de cualquier copartícipe, tenga o no la condición de heredero. Si el adquirente no es ni copartícipe ni coheredero procederá el derecho de retracto aunque aquél sea pariente del causante. Se ha discutido si, a los efectos del arto 1067 Cc, tiene carácter de extraño el cesionario de una cuota de herencia, que después de desprenderse de la suya pretende adquirir otra distinta. Las SSTS. de 14 de noviembre de 1955, 9 de octubre de 1962 y 27 de junio de 1986 se inclinan

⁴⁶⁰Vid. SERRANO ALONSO, E. *Manual de Derecho de sucesiones*. Ed. McGraw-Hill. Madrid 1997, págs. 51 y 52. COLINA GAREA se apoya en esta opinión.

por la respuesta negativa y por la improcedencia del derecho de retracto. En cambio, FERRANDIS VILELLA⁴⁶¹ considera que el heredero que haya vendido su cuota y luego trate de adquirir otra debe ser considerado extraño a la comunidad, porque, si bien no perdió la cualidad de heredero al enajenar su cuota, salió, sin embargo de la comunidad.

7.2.2.7. Plazo para su ejercicio

La enajenación consumada determina el momento inicial del ejercicio del derecho, o del nacimiento de la acción, aunque no tiene por qué coincidir con el *dies a quo* del cómputo del plazo previsto al efecto. Así, el artículo 1067 Cc exige que el ejercicio del retracto se verifique “... en el plazo de un mes desde, a contar desde que esto se les haga saber...”.

El régimen difiere sustancialmente del recogido en el artículo 1524 del Cc que establece para los retractos de comuneros y de colindantes —y, según entiende la doctrina⁴⁶², para cualquier otro que no tenga señalado un plazo especial— un plazo de nueve días, que habrán de ser “... contados desde la inscripción en el registro y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta”.

En cuanto al carácter del plazo, la doctrina lo considera hoy como un plazo sustantivo⁴⁶³ y no procesal, y como plazo de caducidad⁴⁶⁴, y no de prescripción, de manera que el retracto ha de ejercitarse necesariamente dentro del plazo señalado o decaerá por el mero transcurso del tiempo, sin que quepa interrupción o prórroga de ninguna clase⁴⁶⁵, y solo excepcionalmente puede admitirse su suspensión⁴⁶⁶. Se trata, pues, como ha señalado FERNÁNDEZ ARROYO⁴⁶⁷, de fomentar la diligencia del retrayente,

⁴⁶¹FERRANDIS VILELLA, J. *La comunidad hereditaria*, cit. pág. 195.

⁴⁶²Entre otros, ALBALADEJO, M: *Curso de Derecho civil*, t. III, cit. pág. 824-825.

⁴⁶³Así, BELLO JANEIRO: *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, cit. pág. 81. Este es también el criterio del Tribunal Supremo en múltiples sentencias: 14 de noviembre de 1962, 13 de junio de 1921, 14 de noviembre de 1953, 12 de mayo de 1956, 20 de noviembre de 1958, 11 de febrero de 1959 y 12 de febrero de 1959.

⁴⁶⁴Consideran el referido plazo de caducidad, entre otros autores, GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIX, cit. pág. 628; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español*, t. IV, cit. pág. 182 y sigs; DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol III, cit. pág. 595 y 597, quienes señalan, además, que en el cómputo no se excluyen los días inhábiles; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. *Comentario del Código Civil*, t. I, cit. pág. 2507; CLEMENETE MEORO: *La comunidad hereditaria*, cit. pág. 583; BELLO JANEIRO: *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, cit. págs. 80 y sigs.

⁴⁶⁵STC de 24 de febrero de 1994, SSTS de 10 de marzo de 1945, 25 de noviembre de 1955, 20 de noviembre de 1958, 14 de noviembre de 1962, 28 de octubre de 1999, 27 de junio de 2000, entre otras. También la doctrina apoya mayoritariamente esta calificación del plazo.

⁴⁶⁶BELLO JANEIRO: *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, cit. pág. 86 se apoya en la STS de 18 de diciembre de 1984 para argumentar a favor del carácter excepcional de la suspensión del plazo.

⁴⁶⁷FERNÁNDEZ ARROYO, M: “Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código civil español”, cit. pág. 259, citando una STS. de 14 de noviembre de 1962.

“a fin de que la adquisición de la propiedad no permanezca a merced de una eventual y tardía impugnación”.

En líneas generales, la doctrina jurisprudencial⁴⁶⁸ entiende que para que se considere que ha empezado el cómputo de los nueve días, debe exigirse que se pruebe “un conocimiento completo, cumplido y cabal” que abarque no sólo al hecho de una venta —una venta consumada, y no meramente proyectada—, sino también la noticia exacta de todos los extremos relevantes de la transmisión. En consecuencia, el ejercicio del retracto queda supeditado, no a la perfección de la venta, sino a su consumación y a ese conocimiento completo, que de la transmisión tenga el retrayente y que le permitirá decidir sobre el ejercicio de la acción.

En defecto de este conocimiento por el retrayente, el plazo corre en los retractos de comuneros y colindantes desde la inscripción de la enajenación en el Registro de la Propiedad, y no desde la fecha del asiento de presentación⁴⁶⁹. Por lo tanto, si el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta desde una fecha anterior —aunque este sea un elemento subjetivo y de difícil prueba —contará el plazo desde ésta, y no desde la inscripción registral, según la interpretación correctora que doctrina y jurisprudencia vienen haciendo del precepto para evitar las consecuencias de su defectuosa técnica.

Para superar la brevedad del plazo del artículo 1524, la dificultad de acreditar el conocimiento previo por el retrayente, y la arbitrariedad en que podría incurrir quien, no obstante saber y conocer la transmisión, espera la inscripción registral, así como, dado el carácter rogado de la publicidad registral, para evitar hacer de peor condición al adquirente inscrito que al que no inscribe, un sector doctrinal⁴⁷⁰ aboga por recuperar la exigencia de la notificación del negocio por medio de requerimiento notarial que

⁴⁶⁸STS de 8 de junio de 1995, que cita otras muchas anteriores. Se trata de una doctrina muy reiterada: cfr. entre otras muchas: SSTS de 12 de junio de 1956, 12 de diciembre de 1986, 21 de marzo y 30 de octubre de 1990, 20 de mayo de 1991, 19 de mayo y 11 de julio de 1992, 7 de abril y 24 de septiembre de 1997, 7 de diciembre de 1998, 6 de marzo de 2000, 20 de octubre de 2005, 25 de mayo de 2007 y 26 de febrero de 2009.

Es también criterio ampliamente compartido en la doctrina: ALBALADEJO, M: *Curso de Derecho civil*, t. III, cit, pág 816; BADENES GASSET: *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (tanteo, retracto, opción)*, Barcelona, 1958, pág. 71, BELLO JANEIRO, D: *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, cit, pág 106 y sigs.; COBACHO GÓMEZ, J. A: *El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros. (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero)*. Rev. Derecho Privado y Constitución, nº3. Mayo-agosto, 1994. pág. 284; DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, cit. pág. 596; DIEZ SOTO, C: *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*, cit, pág. 155 y 161 y sigs.; GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit, pág. 680; LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, vol III, cit. pág. 333.

⁴⁶⁹Como excepción de la regla general del artículo 24 de la LH, que considera “como fecha de la inscripción, para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma”.

⁴⁷⁰En este sentido se manifiestan FERNÁNDEZ ARROYO, M: *Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código civil español*, cit. pág. 259 y COBACHO GÓMEZ, J. A: *El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros*. cit. págs. 294-295. Según la redacción originaria del artículo 1524: *no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento hecho ante Notario, que haga el vendedor o el comprador al que tenga aquel derecho*. Vid. LALAGUNA, E, *El Código civil y sus reformas*, 4. ed., Valencia, 1991, pág. 445.

preveía el antiguo artículo 1524 del Cc, contando los nueve días a partir del requerimiento, hecho por el comprador o el vendedor. Es decir, se propone una solución como la que el Código civil establece para el retracto legal de coherederos, imponiendo, no ya indirecta sino directamente, la notificación por medio fehaciente de la enajenación a quienes estén en posición de hacer uso del retracto.

Las señaladas diferencias entre el retracto legal de coherederos y los demás retractos legales configuran para aquel un régimen especial o privilegiado, mucho más beneficioso: de una parte, el plazo establecido para el ejercicio del retracto sucesorio es más amplio; de otra, la forma en que se toma conocimiento de la venta realizada a un extraño, fundamental para comenzar a computar el plazo y que tiene lugar en el retracto de coherederos “*desde que esto se les haga saber...*”, impone la notificación al titular del retracto, en lugar de contar el plazo desde que pueda acreditarse la toma de conocimiento por parte del retrayente o, en su defecto, desde la inscripción registral.

En suma, la brevedad del plazo y las dificultades que resultan del señalamiento del *dies a quo* para el ejercicio del retracto de comuneros determinaron el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad⁴⁷¹ por entenderse que el artículo 1524 Cc podría vulnerar tanto el derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, cuando el retracto se ejercita fuera de plazo, como el principio de igualdad recogido en su artículo 14, por ser el previsto en el precepto de 9 días inferior al previsto en los demás retractos regulados en nuestro derecho y por cuanto diversos tipos de retracto, como el de coherederos o los de arrendamientos rústicos y urbanos prevén que el plazo se empieza a contar desde que se tiene conocimiento de la compraventa, y no desde la inscripción registral, lo que comportaría un trato discriminatorio.

El Tribunal Constitucional⁴⁷² no encontró discriminación ni en el plazo establecido en el artículo 1524 del Código Civil ni en el momento legalmente previsto para iniciar su cómputo, por entender, por un lado, que el citado precepto regula los supuestos generales, revistiendo los retractos de coherederos y los arrendaticios que se empleaban como términos de comparación, carácter especial, y, por otro, que las especialidades previstas en éstos se encuentran plenamente justificadas por las circunstancias que en ellos concurren. Por lo que se refiere al arrendatario de viviendas urbanas —y en buena medida, también en el de fincas rústicas— la especialidad tiene su justificación en la alta relevancia del bien objeto del retracto, mientras que en el retracto de coherederos,

⁴⁷¹Planteada por la Audiencia Provincial de Valladolid, la cuestión dio lugar a la STC 54/1994 de 24 de febrero (ponente Magistrado D. Eugenio Díaz Eimil). El Tribunal Constitucional, aún admitiendo deficiencias en la regulación de este instituto resolvió a favor de la constitucionalidad del precepto del art. 1524, al entender que “*los inconvenientes o incluso la pérdida de efectividad del derecho que pueda producirse en algunos supuestos*” no pueden “*elevarse a causa determinante de la inconstitucionalidad de la norma*”, *dado que las exigencias del art. 1524 Cc se desenvuelven*” dentro del marco de libertad que el legislador tiene para crear y regular el derecho de retracto”. Véase, para el comentario de esta sentencia COBACHO GÓMEZ, J. A. “El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros. (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero)”. *Rev. Derecho Privado y Constitución*, nº3. Mayo-agosto, 1994. págs. 267–295.

⁴⁷²Fundamento Jurídico Tercero

la sentencia considera claro que el tronco común de los bienes y la relación hereditaria justifican un tratamiento especial.

La libertad de regulación que al legislador corresponde en derechos que, como los de retracto, son entendidos como derechos de creación legal, y por lo tanto, su facultad para regular estos derechos con la amplitud o restricción que considere más apropiada, está muy presente también en la línea argumental de la sentencia.

Pese a la declaración de constitucionalidad del precepto cuestionado, para COBACHO GÓMEZ⁴⁷³, esta resulta bastante dudosa, habiendo podido el Tribunal Constitucional aprovechar la cuestión planteada para instar su reforma por vía de recomendación al legislador. El autor considera llamativa la diferencia de regulación entre el retracto de comuneros y colindantes de un lado y el de los demás retractos legales, de otro, pudiendo afirmarse que “*A la vista de los plazos fijados para los retractos legales y de los criterios utilizados para señalar el dies a quo de cada uno de ellos, no cabe duda de que el trato dispensado a los retractos de comuneros y colindantes es, con gran diferencia, el que puede ser objeto de mayores críticas, tanto por la brevedad del plazo como por los inconvenientes que suscita el momento en que ha de iniciarse el cómputo del plazo*”, estimando especialmente carente de sentido el que la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad se establezca como *conditio iuris* para el ejercicio del retracto, sirviendo la fecha de la inscripción como *dies a quo*.

Cabe plantearse por su importancia en la práctica, la cuestión del plazo para el ejercicio del retracto cuando la enajenación tiene lugar en pública subasta, judicial o administrativa. La jurisprudencia ha señalado en estos casos que, aunque es cierto que la perfección de la venta se producirá con el acto de la subasta y aprobación del remate, lo relevante será, como en la enajenación voluntaria, la consumación de la venta, pues solo entonces se producen los efectos traslativos de dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, cuando se dicta auto de adjudicación. Es la fecha de este auto el instante que debe tenerse en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en nueve días, a menos que se desconozca, en cuyo caso habrá de estarse a la fecha en que se libre testimonio y se notifique al retrayente.

Se modifica así una jurisprudencia anterior, que fijaba el *dies a quo* en los casos de venta mediante subasta judicial, no en el día de la celebración de la subasta, sino en el de otorgamiento de la escritura (SSTS de 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1957 o 20 de febrero de 1975, entre otras), la STS de 1 de julio de 1991 admitió el inicio del cómputo el día en que se dictó auto de adjudicación definitiva, puesto que “*solo ese día pudo conocerse que la venta era ya una realidad jurídica consumada, que ya no se podía producir la quiebra de la subasta, que, en definitiva, no había ya dudas sobre la adjudicación provisional*”.

Esta misma doctrina ha sido reiterada desde entonces en otras muchas resoluciones, como las SSTS de 14 de diciembre de 2007 y 14 de julio de 2008, confirmando ésta

⁴⁷³COBACHO GÓMEZ, J. A. “El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros. (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero)”, cit. pág. 293

última el criterio de que, en casos de transmisión en subasta judicial, el *dies a quo* para el comienzo del plazo de caducidad de la acción de retracto a que se refiere el artículo 1524 del Cc es el día en que el retrayente ha tenido conocimiento pleno de la venta y sus condiciones, lo que no tiene lugar con el simple conocimiento de la celebración de la subasta, sino con el auto de adjudicación, que es la fecha en que la venta queda consumada y, por lo tanto, es la fecha de este auto la que debe tomarse en cuenta como día inicial del cómputo, a menos que el retrayente desconozca su existencia, en cuyo caso el plazo comenzará a partir del día siguiente a su notificación.

La STS de 26 de febrero de 2009, resolviendo acerca de la caducidad de la acción de retracto —e implícitamente de fijación del *dies a quo*— en un caso de venta en subasta judicial señaló “*en los casos de subasta judicial, el nacimiento de la acción de retracto se produce con la aprobación judicial de la subasta, ya que con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada se opera la consumación del contrato, claro es, siempre que el retrayente haya tenido conocimiento exacto de la subasta y de las condiciones de la misma*”, dado que de no al no haberse acreditado que la actora “*tuviera conocimiento anterior a la inscripción del Registro de la existencia de la subasta, de la adjudicación, ni de las condiciones de la misma. . . el plazo debe contarse desde la citada inscripción*”.

7.2.2.8. Procedimiento para su ejercicio

Desde el punto de vista de la forma de su ejercicio, el retracto legal de coherederos puede realizarse judicial o extrajudicialmente.

Para este último supuesto, algunos autores entienden suficiente la declaración de voluntad del retrayente de ejercitar el retracto, si no existe oposición por parte del adquirente retraído⁴⁷⁴. De este opinión participa GARCÍA CANTERO⁴⁷⁵, para quien bastaría hacer llegar esta declaración de voluntad al retraído por conducto notarial, con el ofrecimiento y consignación del precio y de los gastos que hayan de reembolsarse conforme al art. 1518 Cc.

El acta notarial de manifestación no parece sin embargo a LÓPEZ GALIACHO⁴⁷⁶ título suficiente, incluso en ausencia de oposición del adquirente retraído, para el ejercicio extrajudicial del retracto. A su juicio, es precisa una escritura pública otorgada tanto por el retrayente como por el retraído, puesto que el retracto no constituye un mero acto —que podría reflejarse en acta—, sino un negocio jurídico que implica sendas declaraciones de voluntad, y la escritura es la forma documental prescrita para dejar

⁴⁷⁴ Así, BELLO JANEIRO, *El plazo de la acción de retracto legal*, ed. Sedavi, Valencia, 1995.

págs. 75 y ss.; GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit, pág. 685-686; GONZÁLEZ ENRIQUEZ, cit., págs. 360-361; GARCÍA AMIGÓ, M, “*Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)*”, RDP, 1976, pág. 129.

⁴⁷⁵ GARCÍA CANTERO, G: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit. pág. 685. En parecidos términos, BELLO JANEIRO, D: *El plazo de la acción de retracto legal*, cit. pág. 80 y DIEZ SOTO, C: *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*. Ed. Dickinson, 2000, pág 102 y ss.

⁴⁷⁶ LÓPEZ GALIACHO PERONA, J., “El retracto legal en el Código Civil”, *RCDI*, núm. 671, 2002. pág. 985

constancia de los negocios jurídicos. Adicionalmente, señala este autor, el acta no sería suficiente para lograr la inscripción registral del retracto, de conformidad con los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento.

Con todo, es mucho más frecuente el ejercicio del retracto por vía judicial. Con anterioridad a la reforma procesal de la Ley 1/2000, de 5 de enero, la Ley de Enjuiciamiento Civil contenía un procedimiento especial para el ejercicio del retracto en su Libro II, Tit. XIX (arts. 1618 a 1630), bajo la rúbrica *De los retractos*. La reforma introducida por la Ley 1/2000 supuso la derogación de esos preceptos y estableció que las demandas por retracto, *de cualquier tipo*, deberán sustanciarse por el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía (artículo 249.1.7°).

7.2.2.9. Efectos del ejercicio del retracto legal de coherederos

Los efectos derivados del ejercicio del retracto son fundamentalmente dos:

A. Efecto adquisitivo del retracto. En cuanto derecho real de adquisición preferente, el principal efecto del retracto legal de coherederos es de carácter adquisitivo, produciéndose la adquisición de la cuota enajenada libre de cuantas cargas y gravámenes haya podido constituir *medio tempore* el adquirente, como consecuencia del carácter real y absoluto de que está impregnado este derecho.

B. La subrogación en lugar del comprador. La vía prevista por el Código civil para el efecto adquisitivo no es otra que la subrogación del retrayente en la posición del adquirente retraído. Así lo establece el artículo 1067 Cc “... *podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra...*”. También el artículo 1521 Cc apareja al retracto legal el efecto fundamental de “... *subrogarse [el retrayente], con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*”.

Ambos preceptos deben interpretarse en relación con la norma del artículo 1507 Cc que, para el retracto convencional, señala que “*Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 y lo demás que se hubiese pactado*”.

La subrogación parecería ser la esencia misma del retracto legal, aquello en que el derecho consiste, y no solo un efecto accesorio. Pero, sin perjuicio de lo que luego se dirá en relación con el efecto subrogatorio, debe señalarse ya que el sentido de la subrogación solo se da verdaderamente en el retracto convencional que el artículo 1507 Cc describe, y no, estrictamente hablando, en los retractos legales, incluido el sucesorio.

Como señala LÓPEZ GALIACHO⁴⁷⁷, “re-traer” es, en definitiva, volver a traer, recuperar o recobrar algo que, aunque enajenado, formó ya parte del patrimonio del retrayente, lo que en realidad no existe en el retracto legal, ya que éste no devuelve a su patrimonio algo que ya le había pertenecido antes, sino que se limita a adquirir, por primera vez, una cosa enajenada a otra persona y resulta, en consecuencia, ajeno al contrato en virtud del cual se produjo la transmisión.

En consecuencia, el principal efecto del retracto es la adquisición por el retrayente de la cuota o bien retraído por el procedimiento de sustituir al adquirente en sus relaciones con el enajenante, y hacerlo con las mismas circunstancias estipuladas en el contrato, el cual subsiste⁴⁷⁸, de tal suerte que el primitivo comprador debe quedar en condiciones análogas a las que tenía antes de suscribir el contrato (y de ahí el derecho a reingresar no solo el precio pagado, sino también cuantos gastos se le ocasionaron por razón del contrato) y el retrayente debe adquirir la cosa retraída en el estado que tenía al tiempo de la transmisión onerosa que dio lugar al mismo, sin que pueda verse la cosa disminuida por posteriores cambios. Por ese motivo devienen nulas las hipotecas con las que el comprador gravó las fincas objeto de retracto y se cancelan las inscripciones correspondientes si las hipotecas han sido inscritas en el Registro de la Propiedad⁴⁷⁹.

7.2.2.10. La obligación de reembolso. Contenido y alcance

La subrogación del retrayente en la posición del adquirente-retraído genera el nacimiento de una serie de obligaciones de reembolso a cargo de aquel, cuyo incumplimiento lleva aparejada la ineffectividad de la institución. A ellas se refiere el artículo 1518 del Cc, el cual representa, como ha señalado la doctrina, la inderogable exigencia de las prestaciones que el primero debe satisfacer y no su contenido mínimo, al tratarse de una norma de *ius cogens* directamente aplicable por la remisión a él ordenada en el artículo 1525⁴⁸⁰.

Corresponde entonces determinar cual es el contenido y alcance de la obligación de reembolso que corresponde al retrayente.

1. El pago del precio de la venta. En primer lugar, debe advertirse que, aunque el artículo 1067 Cc cifre el reembolso en el precio de la venta, el precepto debe integrarse con el artículo 1518 Cc, al que remite el artículo 1525, de manera que

⁴⁷⁷LÓPEZ GALIACHO PERONA, J: “*El retracto legal en el Código Civil*”, cit, pág. 953. Señala el autor que “*en el retracto convencional el retrayente es un vendedor que se reservó el derecho de readquirir la cosa vendida; es, pues, parte en una compraventa; en cambio en el retracto legal, el retrayente es, por hipótesis, siempre un tercero extraño a la enajenación consumada entre el transmitente y el adquirente*”.

⁴⁷⁸DIEZ SOTO, C. *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*, cit. pág. 181 habla de “*sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de un determinado derecho que permanece inalterado, con independencia de cual sea la naturaleza de ese derecho*”.

⁴⁷⁹STS de 14 de junio de 2004

⁴⁸⁰FERNÁNDEZ ARROYO, M: “Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código civil español”, cit. pág. 263.

el retrayente sucesorio deberá abonar, además del precio de la transmisión: “1º. *Los gastos del contrato, y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, y* 2º. *Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida*”.

El pago del precio es, pues, la principal obligación a la que debe hacer frente el retrayente y normalmente, conforme a lo estudiado, se habrá consignado durante el procedimiento judicial⁴⁸¹, o, en caso de ejercicio extrajudicial, podría hacerir justo antes de la entrega efectiva de la cosa o cuota retraída⁴⁸². Y a estos efectos prevalece el real sobre el simulado a fin de evitar su enriquecimiento torticero y obviar el fraude al retracto documentando un precio gravosamente superior al satisfecho⁴⁸³

Para REBOLLEDO VARELA⁴⁸⁴, este tipo de reembolso constituye una deuda dineraria referida al precio nominalmente pagado sin actualizaciones de ningún tipo. Por ello el retraído no podrá reclamar uno mayor amparado en el aumento de valor del bien, ni el retrayente entregar uno menor a pretexto de su depreciación, aunque tampoco está obligado al pago de intereses del precio, ya que en este supuesto no cabe hablar de intereses de demora, ni de intereses compensatorios y menos aún de intereses pactados, toda vez que sus obligaciones aparecen previamente determinadas, sin que tenga posibilidad alguna de entrar a discutir su contenido.

No obstante, tampoco existe una deuda vencida y exigible a cargo del retrayente en la que pudiera justificarse el reembolso de los intereses de demora, ni cabe apreciar una ruptura del equilibrio patrimonial en relación con la cosa cuando produzca frutos, pues el retraído los posee con los bienes hasta que se produzca el otorgamiento de la escritura pública de venta a favor del retrayente. En consecuencia, podemos concluir que los intereses se compensan con los frutos, habida cuenta de la condición de poseedor que ostenta el retraído⁴⁸⁵.

2. El pago de los gastos del contrato y otros legítimos. Junto a lo anterior, el retrayente debe reembolsar los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, entendiendo por tales el importe de la primera copia de escritura, el pago del impuesto de transmisión patrimonial, así como la diferencia de valor experimentada por el bien como consecuencia de la liberación de

⁴⁸¹ Señala CUTILLAS TORNS: que las condiciones o requisitos procesales de admisibilidad de las demandas de retracto se enumeran en el artículo 1618 de la LEC, y el reembolso o pago efectivo del precio, que figura en el artículo 1067 Cc viene referido, como precepto de derecho sustantivo, al resultado final del ejercicio del derecho de adquisición preferente, pero en ningún caso a los requisitos previos a la declaración o reconocimiento judicial de esta preferencia (STS 3 de marzo de 1988). Cfr. CUTILLAS TORNS, *El retracto legal de coherederos*, cit, pág. 162

⁴⁸² DIEZ SOTO, C: *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*, cit. pág. 135.

⁴⁸³ Vid. en este sentido, entre otras, las sentencias de 20 de septiembre de 1988, 4 de diciembre de 1991, 30 de abril de 1991 y 14 de marzo de 1992.

⁴⁸⁴ REBOLLEDO VARELA, A. L: *Comentario del Código Civil*, t. II, pág. 1017, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

⁴⁸⁵ Vid. por todos, RUBIO TORRANO: «Comentario a la sentencia de 7 de abril de 1989», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 20, abril-agosto, 1989, págs. 501-502)

gravámenes producida desde que se consumó la enajenación determinante de la actuación del retracto hasta la efectividad del mismo, según ha puesto de manifiesto una reiterada jurisprudencia, a propósito de la extinción del derecho de usufructo que gravaba la nuda propiedad del bien retraído, producida en el *interin* que media desde que se consumó la enajenación hasta que tuvo lugar la efectividad de la institución.

En la delimitación de los que constituyen gastos legítimos, debe tenerse también en cuenta la doctrina de la S. de la Audiencia provincial de Alicante de 2 de febrero de 2006 que no considera tales algunos gastos que, aunque justificados, como los del aval bancario en garantía del precio aplazado de la compraventa, los de intermediación en la operación, o los de asesoramiento jurídico, fueron satisfechos a instancias y en beneficio de la demandada, o al menos por la mera conveniencia de las partes contratantes, por lo que deben considerarse meros gastos voluntarios de los que no se deduce su necesidad y obligatoriedad para la consumación de la venta.

3. Reembolso de gastos de conservación. Finalmente, el retrayente debe reembolsar cuantos gastos se hayan hecho para la conservación física o jurídica del bien retraído o que redunden en su provecho o interés, aunque el reembolso de estos últimos se excluye cuando no hayan sido hechos de buena fe, como acontece con los realizados durante la tramitación del juicio de retracto o con los tendentes a impedir su ejercicio, como sucede con cuantos se realizan con el objeto de alterar la naturaleza del predio para burlar la acción del retrayente.

7.2.3. El supuesto especial de la disposición de saldos de cuentas en las que el coheredero es cotitular

Cuando una cuenta bancaria de ahorro está abierta a nombre de dos o más titulares con el carácter de indistinta o solidaria y fallece uno de ellos, siendo su herederos el otro u otros titulares, se plantea la cuestión de las facultades dispositivas sobre la cuenta.

El Tribunal Supremo ha analizado la cuestión partiendo de la distinción entre titularidad de disposición y titularidad dominical y, en cuanto a la primera, entre las facultades de disposición sobre una cuenta indistinta según vivan los cotitulares o haya fallecido alguno de ellos.

Por ejemplo en la de sentencia de 19 de diciembre de 1995⁴⁸⁶ (FF.JJ 3º y 4º) el Tribunal Supremo declara, entre otras cosas, que los fondos depositados en una cuenta bancaria abierta a nombre de dos o más titulares con el carácter de indistinta o solidaria no pertenecen por ese solo hecho a todos los cotitulares (la cotitularidad no determina, por sí sola, la existencia de un condominio, y menos por partes iguales),

⁴⁸⁶Con cita de las sentencias de 24 de marzo de 1971, 19 de octubre de 1988, 8 de febrero de 1991, 23 de mayo de 1992, 15 de julio de 1993, 15 de diciembre de 1993 y 21 de noviembre de 1994.

sino que lo que tal titularidad de disposición solidaria significa es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta⁴⁸⁷.

La titularidad dominical sobre dichos fondos y, en su caso, la existencia de condominio sobre ellos, habrá de venir determinada únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta, cuestión que deberá ser probada fehacientemente por quien quiera hacer valer ese derecho frente a terceros.

Por lo tanto, cualquiera de los titulares puede disponer de parte o del todo y hasta resolverla o extinguirla, vía artículo 279 del Código de Comercio. Todo ello, con independencia de la titularidad dominical, que deberá probarse con arreglo a derecho y al margen de la prueba sobre la cotitularidad de disposición de la cuenta.

Ahora bien, esta titularidad de disposición total sobre el saldo de la cuenta sólo mantendrá su vigencia mientras vivan los cotitulares de ella (salvo que antes decidan resolver o modificar las condiciones del contrato), pero no puede extenderse más allá de la muerte de alguno de ellos, pues, en ese momento, entran en juego las disposiciones civiles que regulen la sucesión del fallecido. Como ha dicho el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, “... a la muerte de un cotitular, ... y aun sin necesidad de proceder a la partición de la herencia, la suma cuyo dominio pertenecía a la titular fallecida debió pasar a sus herederos”.

Es decir, y como señaló la S.G de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos en consulta de 7 de junio de 2005, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo que estamos exponiendo, a partir del momento del fallecimiento de uno de los cotitulares, el otro —u otros— deja de tener facultad de disposición sobre la parte del saldo de la cuenta indistinta cuya titularidad dominical correspondía al fallecido, que debe integrarse en el caudal relicto del causante y pasar a sus causahabientes (herederos o legatarios), según lo dispuesto en los artículos 659 y 661 del Código Civil.

Los criterios expuestos no varían en el caso de que el cotitular sobreviviente de la cuenta sea el heredero universal del fallecido. Se entiende que, mientras permaneció vivo el causante, ambos cotitulares tuvieron la titularidad de disposición de la cuenta, con las facultades anejas. Pero desde el momento del fallecimiento, desaparece tal facultad de disposición sobre la totalidad del saldo de la cuenta, que, para el cotitular sobreviviente y heredero universal, se reduce a la parte del saldo de la que sea titular dominical (cuestión que, como ya se ha dicho, deberá ser fehacientemente probada ante quien se pretenda hacer valer ese derecho).

Sin embargo, la parte del saldo cuya titularidad dominical correspondía al cotitular fallecido —causante de la sucesión— pasa desde ese momento a engrosar el caudal relicto y el cotitular heredero universal la adquirirá por vía hereditaria, y con arreglo

⁴⁸⁷Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la disposición por el heredero de la parte del saldo que corresponda al caudal relicto puede entenderse como aceptación tácita de la herencia, según el artículo 999 del Código Civil, que establece en sus párrafos primero y tercero que “La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita. ... Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero”.

a las normas civiles y fiscales que regulan la sucesión, pero no puede adquirirla por la mera cotitularidad de disposición.

En cuanto a las normas fiscales, declaró la S.G en la consulta de referencia que, dado que la parte del saldo de una cuenta indistinta que correspondía al cotitular fallecido —causante de la sucesión— debe integrarse en el caudal relicto junto con el resto de bienes, derechos y obligaciones del causante, el cotitular heredero universal deberá tributar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para poder disponer de dicha parte del saldo, ya que la adquiere por su condición de heredero universal, lo que le convierte en sujeto pasivo del impuesto, según dispone el artículo 5. a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones⁴⁸⁸.

7.2.4. Derechos civiles territoriales

Con referencia al derecho civil de Cataluña, señala VALLE LÓPEZ⁴⁸⁹ que la titularidad universal de los bienes en la comunidad hereditaria implica que los actos de disposición a título individual lo tienen que ser sobre la cuota que les corresponda sobre el total patrimonio no sobre los bienes concretos (artículo 463-6.1), requiriendo por el contrario para los negocios sobre estos últimos el consentimiento unánime de todos los comuneros (artículo 463-5.1), pasando a formar parte de la comunidad hereditaria las contraprestaciones y las indemnizaciones percibidas por razón de los actos de disposición o de pérdida o menoscabo de los bienes de la comunidad hereditaria y los que se hayan adquirido con cargo a dichas contraprestaciones e indemnizaciones.

Cualquier negocio particular de uno de los coherederos sobre un bien concreto, se vería afectado por la pendencia de la partición, por lo que sólo sería efectivo si el bien es adjudicado al coheredero contratante. Incluso cualquiera de los coherederos que pretenda saldar las deudas con los acreedores del causante necesitará el consentimiento de los otros cotitulares, ya sea porque necesita enajenar bienes para obtener líquido, ya sea porque pretende realizar adjudicaciones en pago de deudas. Ello no obsta para que los acreedores puedan exigir el pago de sus créditos vencidos en cual-

⁴⁸⁸Debe recordarse que el artículo 8.1. a) de la Ley 29/1987 determina que:

Serán subsidiariamente responsables del pago del impuesto, salvo que resultaren de aplicación las normas sobre responsabilidad solidaria de la Ley General Tributaria: a) En las transmisiones mortis causa de depósitos, garantías o cuentas corrientes, los intermediarios financieros y las demás entidades o personas que hubieren entregado el metálico y valores depositados o devuelto las garantías constituidas. A estos efectos no se considerará entrega de metálico o de valores depositados, ni devolución de garantías, el libramiento de cheques bancarios con cargo a los depósitos, garantías o al resultado de la venta de los valores que sea necesario, que tenga como exclusivo fin el pago del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que grave la transmisión mortis causa”, siempre que el cheque sea expedido a nombre de la Administración acreedora del impuesto.

⁴⁸⁹VALLE LÓPEZ, José Luís, “Comunidad hereditaria y partición”, *XV Jornadas de Derecho catalán de Tossa* (<http://civil.udg.edu/tossa>), pág. 10. <http://civil.udg.edu/tossa> (<http://civil.udg.edu/tossa>). Fecha de consulta: 10/04/2013.

quier momento, si bien por aplicación del criterio general de atribución de las deudas mancomunadamente, la acción deberá dirigirse contra todos los herederos.

La nueva regulación de la comunidad hereditaria en el Derecho catalán contiene normas específicas sobre la disposición de bienes hereditarios:

- (a) En cuanto a la disposición conjunta de bienes comunes: Los coherederos pueden realizar, por unanimidad, actos de disposición sobre los bienes de la comunidad, integrándose en la comunidad por subrogación real las contraprestaciones e indemnizaciones percibidas por razón de actos de disposición o de la pérdida o menoscabo de bienes de la comunidad hereditaria, así como los bienes adquiridos a cargo de estas contraprestaciones e indemnizaciones (artículo 463-5 CCCat.).
- (b) En cuanto a la disposición de la propia cuota hereditaria, establece el artículo 463-6 CCCat.

1. Cada coheredero puede disponer de su cuota hereditaria.

2. En caso de compraventa o dación en pago a favor de persona que no sea coheredera, los demás coherederos pueden ejercer, en proporción a sus cuotas respectivas, los derechos de tanteo y retracto.

3. Los derechos de tanteo y retracto se ejercen en el tiempo y la forma establecidos por el artículo 552-4.2.

Parte III

Extinción de la comunidad hereditaria

Capítulo 8

Causas y procedimientos de extinción de la comunidad hereditaria en el Código civil

Índice del capítulo:

8.1. Extinción de las situaciones de comunidad en el Código civil	285
8.2. Extinción de la comunidad hereditaria. Idea general	289
8.2.1. Antecedentes	289
8.2.2. La concepción tradicional del disfavor normativo hacia los supuestos de comunidad. Crítica de esta concepción	290
8.3. Causas de extinción de la comunidad hereditaria	293
8.3.1. Examen de las causas generales de extinción de la comunidad hereditaria	293
8.3.2. La extinción de la comunidad hereditaria por las causas por las que se extingue la sociedad (artículo 1700 Cc)	297

8.1. Extinción de las situaciones de comunidad en el Código civil

Las situaciones de comunidad son concebidas como un resultado, que se produce cuando concurre alguno de los hechos o fuentes a los que se vincula el efecto comunitario, ya sean voluntarios o involuntarios y que deriva en una titularidad plural sobre un objeto. Se constituyen así sobre el entendido de su carácter “excepcional” respecto de la situación normal o ideal del poder jurídico real, que estaría constituido por la titularidad única. Esta es una de las razones por las que el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulan las situaciones comunitarias atendiendo fundamentalmente a su extinción, esto es, las vías o procedimientos para poner fin a la pluralidad de titularidades, dominicales o de otro tipo, sobre bienes o patrimonios.

Nuestro Derecho recoge distintos supuestos de comunidad que no necesariamente tienen por objeto el derecho de propiedad (copropiedad o condominio), sino, con carácter general, la titularidad de un derecho. Estas posibilidades tienen amparo en el artículo 392 Cc, que entiende que hay comunidad cuando pertenece a varias personas en *pro indiviso* “*la propiedad de una cosa o de un derecho*”.

A la norma del artículo 392.1º Cc, que constituye en nuestro ordenamiento la primera disposición dedicada al régimen general de las comunidades⁴⁹⁰, se le han hecho con frecuencia dos reproches fundamentales: de un lado, la incorrección técnica que supone hablar de “propiedad” para referirse a los derechos, cuando sólo las cosas pueden ser objeto del derecho de propiedad, ostentándose sobre aquellos “titularidad”, aunque sea plural; y de otro, el referirse exclusivamente el precepto a las situaciones de propiedad, esto es, definir la comunidad como copropiedad o condominio, con omisión de la posibilidad de que la pluralidad de titularidades recaiga sobre otro derecho real distinto⁴⁹¹, lo que el propio Código admite en distintas disposiciones.

A pesar de ello, es opinión común que en el régimen general de la comunidad en el Código civil, deben entenderse comprendidos, con las peculiaridades que cada modalidad de derecho imponga, las situaciones de cotitularidad sobre otros derechos reales. Lo que resulta de esencia a la comunidad es la concurrencia de una pluralidad de sujetos que son titulares conjunta y simultáneamente de un mismo objeto unitario, ya se trate de un bien o de un patrimonio, y ya recaiga la titularidad sobre la propiedad o sobre otro derecho de carácter real. Y así se habla de comunidad sobre un derecho de crédito, de comunidad sobre otros derechos reales distintos del de propiedad, como el usufructo, de comunidad recayente sobre la totalidad de un patrimonio, como ocurre con la comunidad hereditaria, o sobre una masa de bienes que no constituye propiamente un patrimonio, como la comunidad de bienes en el matrimonio y también de comunidades especiales, como los aprovechamientos comunales o las comunidades vecinales, entendidas como pervivencias de las antiguas comunidades colectivas.

No obstante su frecuente utilización en el tráfico, de los distintos tipos que se integran bajo la figura de la comunidad, el Código civil solo establece un régimen general para la misma al ocuparse de la de bienes en los artículos 392 y siguientes. De ellos, se dedican a su división los artículos 400 a 406, con remisión en éste último a las “*reglas concernientes a la división de la herencia*”, que se consideran aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad de bienes.

⁴⁹⁰También en el Derecho Civil de Cataluña, la comunidad ordinaria proindiviso constituye el régimen general aplicable a las situaciones de comunidad. Así, el artículo 551-1.3 CCCat establece una presunción a favor de este tipo de comunidad y aplica sus normas en el caso de comunidades en que no se haya probado el sometimiento a un régimen distinto.

⁴⁹¹El CCCat ofrece en su artículo 551-1.1º una definición de la comunidad más acorde a su naturaleza jurídica: “*Existe comunidad cuando dos o más personas comparten de forma conjunta y concurrente la titularidad de la propiedad o de otro derecho real sobre un mismo bien o un mismo patrimonio*”. A la comunidad ordinaria proindiviso se refiere también el artículo 371 CDFNav: “*Las comunidades de bienes o derechos se rigen por el título de constitución y, en su defecto, por los usos y costumbres y por las disposiciones del presente Título*”.

En efecto, mientras que la comunidad hereditaria carece en el Código de un régimen propio, y se sigue en general por las disposiciones de la comunidad ordinaria⁴⁹², el Código introduce sin embargo un régimen específico para la división en los artículos 1051 a 1072 que en tres secciones se ocupan de la partición, de sus efectos y de su rescisión. Probablemente es en el momento de la división del haber hereditario donde más claramente se manifiestan las diferencias entre una comunidad de tipo romano, como la comunidad de bienes, y una de naturaleza propia, aunque con elementos de los dos grandes modelos históricos de organización comunitaria, en la que el patrimonio común tiene un origen familiar y los copartícipes, que no se han vinculado voluntariamente para perseguir un fin económico o de otro tipo, están ligados generalmente por lazos de esa misma naturaleza⁴⁹³.

No obstante, las peculiaridades del régimen de la comunidad como forma de organizar las situaciones en que concurren una pluralidad de sujetos y de derechos sobre un solo objeto hacen que cada vez con más frecuencia, se utilicen para conseguir sus mismos fines otras figuras. Así lo constata en la doctrina moderna, entre otros, O'CALLAGHAN⁴⁹⁴ para quien “... en la época actual, muchas situaciones que podrían ser de cotitularidad se traducen en fórmulas societarias; la sociedad se ha impuesto en la época moderna, por su trascendencia fiscal, y por su solución a una posible responsabilidad personal”.

Los artículos 392 y siguientes no establecen sin embargo las causas generales de extinción de la comunidad de bienes —ni las de la comunidad hereditaria—, ni tampoco puede hallarse una enumeración de las mismas en otro lugar del Código Civil⁴⁹⁵,

⁴⁹²En nuestro país, según hemos advertido, solo el Derecho civil de Cataluña ha abordado la regulación de la comunidad hereditaria en el libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, siguiendo, como señala la E. de M de la norma, el plan de codificación del derecho civil catalán trazado por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre. A la comunidad hereditaria se dedican en el Tit. VI, el Cap. III (arts. 463-1 a 463-6), y a la partición y la colación, el Cap. IV, en el que los arts. 464-1 a 464-16 disciplinan la partición. La ordenación del Libro IV toma como precedente el Proyecto de compilación de 1955, y se ajusta, en la regulación de las distintas instituciones, al orden temporal de las fases en que se desarrolla el fenómeno sucesorio. Otros derechos civiles territoriales, especialmente el aragonés y, en menor medida, el navarro, dedican disposiciones a la división de la comunidad ordinaria o a la de la comunidad hereditaria.

⁴⁹³Si bien, como hemos visto, para algunos autores, prevalecen en la comunidad hereditaria los elementos propios de la organización de la comunidad romana o por cuotas, lo que repercute en el planteamiento de los aspectos divisorios. Así lo entiende por ejemplo DIEZ-PICAZO, para quien, en realidad, la asimilación de la comunidad hereditaria a la comunidad en mano común obedece a la necesidad de resolver los peculiares problemas que la indivisión plantea en el Registro de la Propiedad, puesto que durante la indivisión, la comunidad hereditaria no atribuye derechos concretos sobre los bienes, y particularmente, sobre los inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad. Véase DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, ob. cit, pág. 760.

⁴⁹⁴Véase. O'CALLAGHAN, Xavier, prologo a la obra *La División de la cosa común*, de J. M. ABELLÁ RUBIO, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 16.

⁴⁹⁵A diferencia de lo que ocurre con otras comunidades específicas, como la de usufructo (art. 513 Cc), uso y habitación (art. 529) o servidumbres (arts. 546 a 548 Cc). El CCCat dedica el artículo 552-9, dentro del régimen de la comunidad ordinaria indivisa a los hechos que dan lugar a la cesación de la comunidad, para después regular con más detalle la división, en los arts. 552-10 a 552-12. El artículo 552-9 CCCat establece: Disolución “La comunidad se disuelve por las siguientes causas: a) División

que se limita a regular una de las causas de extinción —la división— en los artículos 400 a 406 del Cc para la comunidad ordinaria y en los artículos 1051 a 1081 para la comunidad hereditaria, todo lo cual no ha impedido que nuestra doctrina se esfuerce en la elaboración de esas causas generales, resultando en una enumeración que muestra en realidad escasas diferencias entre los autores.

Así, para DIEZ-PICAZO⁴⁹⁶, la comunidad de bienes se extingue: por consolidación, que tiene lugar cuando se reúnen en una sola mano los derechos que integraban la comunidad, por extinción del objeto, incluyendo los supuestos de pérdida o destrucción de la cosa o derecho común o extinción del derecho común, por renuncia de todos los comuneros, por prescripción adquisitiva o usucapión a favor de un tercero y por división del objeto común.

Entiende ABELLÁ que existen causas de extinción aplicables a la propiedad y causas específicas de aplicación a las situaciones de comunidad, habiendo admitido la doctrina (BELTRÁN DE HEREDIA, ALBALADEJO, O'CALLAGHAN y LAFALLE, entre otros), como causas de extinción de la copropiedad las que lo son de la propiedad, puesto que siendo la copropiedad una forma de propiedad, resulta lógico que se le apliquen las mismas causas de extinción. Estas causas comunes se reducen a tres: a) Por extinción del objeto (por destrucción o pérdida total de la cosa o por quedar fuera del comercio), b) Por disposición de la autoridad pública (expropiación); c) Y por transmisión a otro (consolidación), la cual puede tener lugar por disposición *mortis causa* (herencia o legado), por donación, por transmisión inter vivos a un tercero, por usucapión de un tercero, por consolidación en un comunero, o por renuncia de los comuneros a sus cuotas.

No se trata de un elenco cerrado. La conversión en una comunidad distinta y el vencimiento del término o cumplimiento de la condición resolutoria establecidos en el título de constitución, se han señalado también en la doctrina como hechos susceptibles de poner fin a la situación de comunidad⁴⁹⁷, y en esa relación se ha incluido también, por ejemplo, con interés para nuestro estudio, el supuesto de agotamiento del caudal hereditario en el pago de deudas de la herencia.

En todos los casos, la extinción de la comunidad pretende poner fin a las situaciones de cotitularidad de los derechos subjetivos en las que el derecho de cada uno de los copartícipes se representa por una parte del todo —*pars dominii* o *dominium pro parte*, cuando se trata del derecho de propiedad—, es decir, por una fracción o cuota, ideal o concreta, del todo. Lo que se consigue mediante la atribución, en correspondencia a los derechos respectivos de los coherederos, y a través de un proceso de individualización o concreción material y jurídica de los mismos, de una titularidad exclusiva sobre

de la cosa o patrimonio común. b) Reunión en una sola persona de la totalidad de los derechos. c) Destrucción de la cosa común o pérdida del derecho. d) Conversión en una comunidad especial. e) Acuerdo unánime o renuncia de todos los cotitulares. f) Vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria pactados”.

⁴⁹⁶DIEZ-PICAZO, *ob. ult. cit.*, pág. 775.

⁴⁹⁷Véase ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil III*, vol 1. 6ª ed. Revisada por GONZÁLEZ PÓRRAS, Ed. Bosch, Madrid, 1989, pág. 408.

bienes o derechos específicos, lo que en el caso de la comunidad hereditaria representa una transformación de la naturaleza y del contenido del propio derecho.

8.2. Extinción de la comunidad hereditaria. Idea general

8.2.1. Antecedentes

En el Derecho romano arcaico, a la muerte del *pater familias* destaca CABALLÉ MARTORELL⁴⁹⁸ que los *sui heredes* podían continuar la comunidad doméstica sin que se dividiera la herencia. Los coherederos constituían así el *consortium ercto non cito*, o “comunidad de dominio no dividido”, al que ya nos hemos referido, y que asumía dos rasgos fundamentales: 1), Tenía por objeto no solo la herencia, sino también las futuras adquisiciones de los comuneros, y 2) Cada uno de ellos podía disponer de las cosas comunes, y no solo de su cuota, obligando también a los demás.

La base de este tipo de relación se encontraba en la confianza recíproca de los hermanos. Las XII Tablas ya reconocen la posibilidad de salir del estado de indivisión, concediendo a cada uno de los coherederos la posibilidad de ejercitar la *actio familiae erciscundae*, o acción de división de la herencia⁴⁹⁹, que provoca la disolución de la comunidad, al asignarse a cada heredero la parte que le corresponda. La acción respondía al principio *nemo inuitus compellitur ad communionem* y era, en realidad, una acción doble, en el sentido de que cada uno de los coherederos era al mismo tiempo demandante y demandado. En la fórmula, señala GARCÍA GARRIDO⁵⁰⁰ se contiene la *adiudicatio* y la *condemnati*.

La *actio familiae erciscundae* podría incluso encontrarse en el origen de la autonomía del concepto de *suus heres*, como señala FUENTESECA DEGENEFFE⁵⁰¹, para quien acaso la acción hizo posible por primera vez la ruptura o disolución del grupo, dando así relevancia al nombre de *heres* en cuanto separado *del erctum*. Lo normal, afirma, sería la continuidad del poder en el *agnatus* y los *gentiles* siempre que el *pater* muriese *intestatus*. El significado del *suus heres* quedaría aclarado porque este sería el *heres sui iuris*.

En la época clásica, el *consortium ercto non cito* es sustituido por un nuevo tipo de comunión hereditaria basada en la idea de cuota o parte ideal. De modo que ahora el heredero no tenía ya un derecho sobre el total, sino un derecho limitado, que se

⁴⁹⁸Anna María CABALLÉ MARTORELL, *Derecho de sucesiones y proceso civil romano*. Ed, UOC, 2002, pág. 35

⁴⁹⁹La acción fue introducida por la Ley de las XII Tablas (*Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum...*). D. 10.2, Fam. Erc, 1, pr., Gaius, lib. VII, ad Ed. Prov.

⁵⁰⁰GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Ed. Dyckinson, 2006, pag. 12.

⁵⁰¹FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita, *La Formación romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas y causa possessionis)*, Ed. Dyckinson, 2004, pág. 53.

expresaba en forma de fracción aritmética (1/2, 1/3, etc.) y servía como módulo del grado de participación de cada uno en la comunidad. Cada uno de los comuneros podía únicamente disponer de su parte, con independencia de los demás, y la comunidad hereditaria recaía únicamente sobre los objetos tangibles de la herencia, ya que los créditos y deudas de la herencia se dividían automáticamente (si admitían división) entre los herederos en atención a su cuota, según la regla *nomina hereditaria ipso iure divisa sunt*. Créditos y deudas no entraban, pues, en la división de la herencia provocada por la *actio familiae erciscundae*.

Ya en el derecho justiniano se calificaba a la *actio familiae erciscundae*, como una acción mixta, por ejercitar tanto un derecho real —el que corresponde al causante, del que son sucesores los herederos— sobre los bienes que componen el caudal relicto, como personal —el derecho a la sucesión—, incluyéndose dentro de las acciones de buena fe⁵⁰². En nuestro Derecho, la doctrina y jurisprudencia la calificaron, igualmente, como una acción mixta, conforme establecía el art. 62.4 de la antigua LECiv 1881, junto con la de *communi dividundo* y *finium regundorum*, definiéndose este tipo de acciones como aquellas en las que se ejercita un derecho real, pero no absoluto e independiente, contra la persona obligada a su satisfacción y cumplimiento, con la consecuencia de que en la comunidad hereditaria no se da la primacía del vínculo personal sobre el real, que la doctrina predica, de manera absoluta, en las comunidades germánicas.

8.2.2. La concepción tradicional del disfavor normativo hacia los supuestos de comunidad. Crítica de esta concepción

La amplia legitimación que desde el Derecho romano⁵⁰³ se viene concediendo por el derecho civil para instar el fin de la situación de la comunidad, incluso solo en relación con alguno o algunos de los bienes que integran el caudal hereditario, como ha admitido la jurisprudencia⁵⁰⁴ ha encontrado tradicionalmente su fundamento en razones de carácter histórico, jurídico, social y económico que se resumen generalmente

⁵⁰²Cfr. JI. 4.6.20 y 28; PS. 1.18; D. 10.2CI. 3.36.

⁵⁰³En el derecho romano, con su preferencia de la propiedad individual sobre la colectiva, ya se consideró que la comunidad hereditaria constituía un estado indeseable y transitorio, procurándose, por tanto, conceder a cada coheredero la mayor autonomía posible. No constituía la herencia desde este punto de vista una masa única, sino que existían tantas comunidades como bienes y derechos singulares se contemplasen en la sucesión, siendo las cuotas hereditarias alienables. Véase. ROMÁN GARCÍA, Antonio. *Derecho de Sucesiones. Instituciones de Derecho Civil Español*, vol. VII, Ed. Mc. Graw Hill. Madrid, 1999, págs. 71 y ss. Tanto en el Digesto (Libro 10, título III. 14.2) como en el Código Justiniano (Cod. Libro 3, Título 37, Ley 5) pueden hallarse manifestaciones que recogen el principio de que nadie puede ser compelido, contra su voluntad, a permanecer en comunidad o sociedad (conforme a la afirmación de Ulpiano: *nemo invitus compellitur ad communionem*), y contrarias a los pactos de indivisión. El criterio contrario a la permanencia en la situación de indivisión puede rastrearse también en Las Partidas (Ley 3, Tit. V, Partida 5^a) que prevé la posibilidad de acudir al Juez para salir de la misma. A esta tradición responden los artículos 400 y 1051 del vigente Código Civil.

⁵⁰⁴Entre otras, SSTS de 4 de julio de 1902 y 21 de agosto de 1966, que señalan, además, que dicha partición no tiene por qué guardar una forma determinada, en consonancia con el principio de libertad

en el carácter transitorio de la comunidad —aunque con mucha frecuencia desmentido en la práctica—, entendida como una situación abocada a desaparecer para dar paso a una nueva en la que cada coheredero se hace titular de su propio patrimonio exclusivo, y en el trato de desfavor que al Derecho merece una figura que entorpece el tráfico de los bienes e instaura un entramado complejo de relaciones entre los coherederos que pueden fácilmente degenerar en conflicto (como reconocía el Derecho romano en el principio “*communio est mater discordiarum*”).

Esta concepción inspira las normas del Código Civil español (y, en general, de los Códigos europeos) al recoger los principios de que no existe obligación —o como señala MIQUEL⁵⁰⁵ vinculación jurídico-obligacional— de permanecer en la comunidad (arts. 400 y 1051 Cc) y de que cualquiera de los copartícipes puede, en cualquier tiempo, forzar el cese de la misma, simplemente instando por su sola voluntad la división del caudal.

MANRESA⁵⁰⁶, por ejemplo, al tratar de la posibilidad, concedida al testador en el artículo 1051 Cc para prohibir la división de los bienes por el tiempo que estime conveniente⁵⁰⁷, entiende que esta norma expresa como a nuestro Código Civil la voluntad expresa del testador le merece tal respeto que es acatada aún cuando establezca por largo tiempo un estado de comunidad “*que a la ley repugna, por estimarlo contrario a la circulación de la riqueza, al desarrollo y producción de la propiedad, a los intereses de los partícipes y a la armonía de las familias*”.

Y sin embargo, una vez hecho este completo inventario de las razones que fundamentan lo que doctrina resume habitualmente bajo la expresión genérica de “desfavor hacia las situaciones de comunidad”, MANRESA justifica la norma también en el hecho de que nadie puede mejor que el testador, dueño de los bienes, apreciar exactamente la conveniencia de continuar durante algún tiempo unido su patrimonio, “*para obtener determinadas ventajas o utilidades incompatibles con la división*”.

También la jurisprudencia ha dado cuenta desde antiguo de la tradicional consideración de la comunidad como una situación de carácter transitorio y antieconómico en el que nadie puede ser obligado a continuar indefinidamente⁵⁰⁸, vinculando a esta concepción el fundamento de la facultad de pedir la división. Así, entre otras muchas que recogen esta concepción, la STS de 15 de febrero de 1966, afirma que: «*el estado de indivisión que la comunidad de bienes produce se ha considerado siempre como*

de forma del art. 1278 Cc. La realización de una partición parcial no impide una posterior división de los bienes no incluidos en el primer negocio.

⁵⁰⁵MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M ALBALADEJO, “Comentario al artículo 400 Cc” t. V. vol. 2, Ed. EDERSA, pág. 439.

⁵⁰⁶MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VII, sexta ed. Revisada por BONET RAMÓN, Ed. Instituto Editorial Reus, madrid, 1943, pág. 614.

⁵⁰⁷Puesto que el artículo 1051 no establece, *a priori*, límite temporal alguno a esta facultad del testador, a diferencia de lo que hace el artículo 400 Cc con el pacto de indivisión entre los copropietarios.

⁵⁰⁸Entre otras muchas, las SSTS de 31 de enero de 1967, 9 de septiembre de 1986, 21 de marzo de 1988, 22 de septiembre de 1988, 12 de julio de 1993, 25 de noviembre de 1993, 2 de julio de 1994, 23 de febrero de 1995, 4 de abril de 1997 que fundamentan, con distintos argumentos, el desfavor con que el derecho español contempla la obligación de permanecer en indivisión.

una situación transitoria y antieconómica». En el mismo sentido, la STS de 19 de octubre de 1992, que añade a los argumentos jurídico-económicos los derivados de las desventajas que la indivisión representa para la convivencia pacífica entre los copartícipes. Señala la STS que: «*las situaciones de indivisión en los estados de comunidad de bienes son tenidas en las legislaciones modernas como transitorias, al actualizarse el aforismo de la jurisprudencia romana *communio est mater discordiarum*, por lo que la transformación del derecho por cuota de condominio en propiedades privadas e individualizadas viene a ser la regla normal que se ha de procurar, por razones jurídicas, económicas e incluso sociales para posibilitar convivencias más armónicas*».

Más recientemente, la STS de 15 de abril de 2008, entiende que la regulación del Código civil “*parte de la concepción romanista de la comunidad de bienes presidida por el aforismo “*communio est mater discordiarum*”, es decir, la comunidad era considerada en el derecho Romano una situación jurídicamente inidónea, por favorecer los conflictos, y económicamente desafortunada, ya que conducía a la subexplotación o inadecuado aprovechamiento del bien sobre el que recaía...*”.

Sin embargo, la doctrina moderna da cuenta de un cambio en esta concepción, guiado por la propia evolución de la realidad social y económica y por la propia concepción de las institución comunitaria y de su fundamento y función. Así, refiriéndose a este disfavor normativo hacia las situaciones de comunidad, consideradas no deseables frente al supuesto óptimo y deseable del derecho individual y exclusivo, afirma GETE ALONSO⁵⁰⁹ que se trata de “*un tópico jurídico, y un lugar común que, a día de hoy, están superados, pero que mucho explican acerca de la regulación que se hace de ella en los preceptos civiles, y que aún se conserva en éstos*”.

En consideración a su origen forzoso y por no hallarse establecida de intento para satisfacer una necesidad o interés económico, sino, de algún modo, para conservar el patrimonio hereditario y preparar su división y adjudicación entre los coherederos, tiende a pensarse que las razones para poner fin a la comunidad hereditaria lo antes posible son aún más poderosas que las que pueden esgrimirse respecto de la comunidad ordinaria, y la urgencia también mayor.

Sin negar el carácter transitorio de la comunidad, y la necesidad de evitar que la comunidad hereditaria se convierta en una situación que vincule los bienes de forma permanente, creemos que el disfavor que la regulación del Código pone de manifiesto hacia cualquier situación de indivisión no está hoy en día justificado, como no lo está el reconocimiento de carácter absoluto y omnímodo a la facultad de salir de la misma, pues han de tenerse en cuenta los intereses y necesidades de los copartícipes, sus pactos, los límites a la facultad divisoria especialmente en cuanto a la necesidad de dar protección al interés común frente al ejercicio abusivo de la acción divisoria) y, en relación con la comunidad hereditaria, su origen, su especial naturaleza, tanto subjetiva como objetiva, y su propia finalidad. No es solo que la comunidad hereditaria no tiene por qué constituirse necesariamente en una fuente de conflicto, sino que, en función de

⁵⁰⁹GETE ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen (dir), DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SOLÉ RESINA, Judith. *División de la Comunidad de Bienes*, Ed Atelier, Barcelona, 2012, pág. 17.

sus necesidades e intereses los coherederos pueden hacer de la comunidad durante un cierto tiempo, una forma apropiada de gestión del patrimonio y colocarlo en la mejor situación posible para su posterior división, evitando, situaciones en las que lo antieconómico —y quizás lo conflictivo— sería, precisamente, una división extemporánea.

El propio Código reconoce la posibilidad de periodos amplios de indivisión, susceptibles de ampliación mediante prórroga, por disposición del testador o convenio entre los coherederos, y los derechos civiles territoriales establecen incluso periodos más amplios (en ocasiones sin límite expreso) que la normativa común y vinculados a acontecimientos ciertos, pero *incertus quando*, como la vida del cónyuge viudo. Una parte significativa de la moderna doctrina ha matizado también la consideración desfavorable hacia las situaciones de comunidad y argumentando, de un lado, que el propio ordenamiento considera algunas comunidades favorablemente (como ocurre con la propiedad horizontal, o la multipropiedad) y, de otro, que no en todos los casos constituye una situación indeseable sino, en función de las circunstancias, una más deseable y beneficiosa, al menos temporalmente, que la que resultaría de otra situación.

La cuestión es la de cuándo debe entenderse que la situación de comunidad se prolonga en el tiempo de forma justificada y cuando no y, en tal caso, de qué modo afecta al propio régimen jurídico aplicable. En este sentido, señala LACRUZ BERDEJO⁵¹⁰ que cuando la división se retrasa indefinidamente, habrá que examinar las causas de esta demora para saber si a tal situación prolongada de pluralidad de titulares se le aplica el régimen de comunidad hereditaria, u otro más orgánico, en el que se tenga en cuenta la existencia de una empresa común.

Finalmente, los ordenamientos civiles territoriales de Aragón, Cataluña y Navarra acogen hoy en su regulación una concepción distinta de la tradicionalmente sostenida respecto de la comunidad hereditaria, que se acerca más a la de una forma de gestión del patrimonio atenta al criterio del interés común de los coherederos, que a la de una situación indeseable en todos los sentidos, de la que es conveniente salir lo antes posible.

8.3. Causas de extinción de la comunidad hereditaria

8.3.1. Examen de las causas generales de extinción de la comunidad hereditaria

ALBALADEJO⁵¹¹ ofrece una descripción general de las causas de extinción de la comunidad hereditaria, entendiendo como tales “*cualesquiera hechos o actos que pongan fin a los bienes comunes o a la pluralidad de sus titulares, como la destrucción de todos ellos, la reunión de los bienes en una sola persona (sea un condueño o*

⁵¹⁰Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, vol. V, 4ª ed, revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, 2009, Ed. Dykinson, pág. 101. Véanse también SS de 16 de abril de 1942 y 21 de diciembre de 1965).

⁵¹¹ALBALADEJO, M, *Derecho Civil*, ob. cit, pág. 123.

un extraño) por cualquier motivo, como la compra de todas las participaciones o la usucapión de todos los bienes por poseerlos como dueño exclusivo”.

La descripción de ALBALADEJO incluye bajo su aserto inicial la causa por excelencia de extinción de la comunidad hereditaria, que es la partición, a la que añade cualesquiera otros hechos o actos que hacen finalizar la comunidad por privarla de sus elementos esenciales, objetivos o subjetivos, de los que se mencionan dos: la pérdida o destrucción de los bienes que integran el patrimonio hereditario y la reunión, en una sola mano, de la totalidad de las cuotas hereditarias, que son causas aplicables a la extinción de las situaciones de copropiedad. Como estudiaremos, pueden señalarse otros supuestos en los que cesa la comunidad hereditaria, con o sin división del caudal, y en algunos de ellos, como los de transformación, sin que en realidad se haya puesto fin a los bienes comunes o a la pluralidad de los titulares.

El Código Civil no contiene ningún precepto que, con carácter general enumere las causas de extinción de la propiedad, aunque, como hemos visto, regula la extinción de algunos derechos reales específicos (usufructo, uso y habitación, servidumbres) y reconoce como causas de extinción propias o específicas de la situación de comunidad las de reunión o consolidación en una sola mano de la totalidad de las cuotas y la de división de la cosa común.

No obstante, la extinción de la comunidad hereditaria puede tener lugar por una pluralidad de causas, algunas de las cuales, debe advertirse, no llevan aparejada necesariamente la división material de la masa. Unas se corresponden con las causas generales de extinción de la propiedad o de los derechos reales, otras con las propias de la comunidad y, finalmente, hay causas que resultan específicas de la comunidad hereditaria. Por otra parte la división del caudal hereditario, como hecho más típico de cese de la comunidad hereditaria puede también, en ocasiones, hallarse en estado de suspensión, o directamente no ser necesaria.

Las causas más comúnmente señaladas⁵¹² de extinción de la comunidad hereditaria son las siguientes:

- (a) **La partición mediante división y adjudicación de los bienes que integran el caudal relicto**, considerada la forma normal o habitual de extinción de la comunidad hereditaria. La partición puede ser solicitada en cualquier momento por los copartícipes en la comunidad (cfr. arts. 1051, 1052 y 1965 Cc). No obstante, el testador puede haber prohibido la división, en cuyo caso no se extinguirá la comunidad hereditaria sino mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad (cfr. Art. 1051-2 Cc). Igualmente pueden los comuneros pactar la indivisión durante un periodo inicial máximo de diez años (cfr. Art. 400-2 C-C).

En coherencia con la norma del artículo 1068 Cc, solamente desde el momento en que se verifica la partición puede considerarse sustituida la cuota que corresponde a cada coheredero en la comunidad hereditaria por la titularidad exclusiva en los

⁵¹²Vid. CLEMENTE MEORO, Mario, *Derecho de Sucesiones*. coord. A. M. LÓPEZ, V. L. MONTÉS, E. ROCA, Ed. Tirant Lo Blanch.

bienes o derechos que se le adjudican⁵¹³, lo que implica que, hasta ese momento, no pueden realizarse “actos de propietario” o que impliquen titularidad sobre tales bienes⁵¹⁴.

- (b) **La desaparición de la cosa común**, el agotamiento del caudal o su reducción a la unidad, pues si desaparece el objeto, no puede haber comunidad hereditaria, (STS de 27 de diciembre de 1957), lo que constituye una causa común de extinción a todos los derechos reales. Lo mismo ocurre en el caso de que el caudal hereditario se agote con el pago de las deudas y cargas de la herencia. La pérdida de los bienes que integran el caudal puede ser debida a hechos materiales, como la destrucción de los mismos, o a hechos jurídicos, como ocurriría si quedasen fuera del comercio, no pudiendo entonces ser objeto de derechos.

La desaparición del objeto produce el cese de la comunidad hereditaria cuando afecta a la totalidad de los bienes que integran el patrimonio. En el caso de que la pérdida afecte solamente a alguno o algunos de los bienes integrantes del patrimonio hereditario, la comunidad hereditaria subsistirá sobre los restantes, reajustándose las cuotas de los coherederos. Ésta podrá asimismo recaer, por subrogación real, sobre los derechos que ocupen el lugar de los objetos destruidos, como ocurre por ejemplo, con el importe económico de la indemnización del seguro.

Como hemos visto, si la herencia tiene por objeto un solo bien —como en el caso en que exista un único sujeto—, entonces la comunidad se considera ordinaria, y no hereditaria, y se rige por las reglas de aquella.

- (c) **La transformación o conversión de la comunidad hereditaria, por voluntad de los coherederos, en un conjunto de comunidades ordinarias.**

La transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados puede pro-

⁵¹³Conforme a la teoría sustitutiva o especificativa de la partición, y como se ha sostenido por la doctrina, y por reiterada jurisprudencia, en Sentencias de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1998, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 28 de junio de 2001, entre otras muchas. La STS de 21 de julio de 2008, por ejemplo, recuerda en esta misma dirección que la mera aceptación de la herencia no atribuye al coheredero derecho de propiedad sobre los bienes, sino que este derecho surge tras la partición hereditaria.

⁵¹⁴La afirmación tiene trascendencia, entre otros ámbitos, en lo que se refiere al ejercicio de la acción divisoria. Precisamente porque la propiedad se adquiere solo desde la partición, hasta que ésta no tenga lugar, no es posible ejercitar acciones, como la *actio communi dividundo*, que implican dicha titularidad. La referida STS de 21 de julio de 2008 declara (FJ 5º) que la *actio communi dividundo* “no puede ejercitarse por quienes carecen —como los demandantes, recurrentes en casación— de un derecho de propiedad —copropiedad— sobre la finca cuya división pretenden; como se ha dicho, carecen de tal derecho porque tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la finca concreta hasta que se les haya adjudicado —si a ellos se les adjudica en todo o en parte— por la partición de la herencia”, puesto que “no cabe división de la cosa, divisible o indivisible, que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria”.

ducirse bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión⁵¹⁵, es decir, no solo constituye acto particional la división del caudal hereditario, sino también aquel por el que se lleva a cabo una distribución de los bienes entre los coherederos, atribuyéndoles cuotas indivisas de los mismos, ya que, como señaló la STS de 16 de septiembre de 2010 (FJ 2), de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, “a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (artículo 392 del Código Civil), (SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008)”.

En virtud del acuerdo de los copartícipes, se produce, pues, la extinción de la comunidad hereditaria por medio de la adjudicación a todos los copartícipes en la comunidad hereditaria, no de titularidades exclusivas sobre bienes concretos, sino de partes indivisas en cada uno de los bienes que integran la masa, proporcionales a sus respectivas cuotas hereditarias. (SSTS de 16 de abril de 1930, 24 de enero de 1963 y 17 de marzo de 1966).

El Código civil no regula las situaciones de conversión o transformación de la comunidad hereditaria, que quedan sujetos a los pactos entre los coherederos, y siempre que se den los requisitos exigidos por el régimen regulador de la nueva situación comunitaria. Sí se refiere, en cambio, a la situación en la que, sin desaparecer el objeto de la comunidad ordinaria, éste se transforma en otra comunidad, quedando sometida a un nuevo régimen jurídico en el artículo 401.2º, en el que recoge la conversión de la comunidad ordinaria en propiedad horizontal. El CC-Cat incluye específicamente en el artículo 552-9, d) como causa de extinción de la comunidad “*la conversión en una comunidad especial*”. Entre éstas, el derecho civil de Cataluña regula la conversión de la comunidad indivisa en la comunidad especial por turnos (arts. 554-1 y 554-5 CCCat).

La transformación de la comunidad hereditaria puede, en efecto, producirse, no sólo en comunidades ordinarias, sino también en otras figuras como el régimen de propiedad horizontal, como ocurre en el supuesto de recaer sobre un edificio que reúna los requisitos necesarios para adoptar este régimen cuando los coherederos acuerden unánimemente dividir la comunidad adjudicando a los coherederos pisos o locales en proporción a sus cuotas respectivas en la misma, si bien en este supuesto puede también considerarse que el cese de la comunidad se produce, propiamente, por causa de la división.

- (d) **La constitución de una sociedad, civil o mercantil**, a la que los comuneros aportan sus participaciones; caso en el cual se produce el nacimiento de una persona

⁵¹⁵ Así, declara la STS de 20 de octubre de 1992: “[...] la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero, como tiene reconocido esta Sala cuando declara: “no pudiendo sostenerse seriamente que, por adjudicarse bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, la partición no se llevara a efecto (S 20-2-1984)”.

jurídica que reúne en su patrimonio los bienes que anteriormente conformaban la comunidad.

Al supuesto puede asimilarse, a nuestros efectos, aquel en que los herederos continúan unidos en la explotación comercial, mercantil o industrial que constituye el objeto de la sucesión y, si bien no deciden constituir una sociedad regular, de carácter civil o mercantil, sí puede entenderse existente entre ellos una sociedad irregular o de hecho.

- (e) **La reunión en una sola mano de todos los bienes**, lo que puede tener lugar, bien porque los adquiera un extraño, de modo originario o derivativo, inter vivos o *mortis causa*, bien porque uno de los partícipes adquiera por esas vías las cuotas de los demás. En cualquiera de los casos, un único propietario deviene titular de lo que era objeto de la comunidad, y las cuotas partes que pertenecían a los copartícipes pasan a pertenecer a una sola persona. Siendo de esencia a la comunidad hereditaria la existencia de una pluralidad de bienes y de partícipes, desaparecida cualquiera de éstas, queda extinguida la comunidad hereditaria.

La extinción de la comunidad hereditaria por transformación en una comunidad ordinaria o sustitución por otra figura distinta se estudian en particular en el Capítulo XI de este trabajo, junto con las restantes formas de extinción no particional de la comunidad hereditaria.

- (f) **La renuncia de todos los coherederos**. El abandono o dejación de sus derechos sobre el patrimonio hereditario por parte de los coherederos acaba con la pluralidad de sujetos y de titularidades sobre el patrimonio, y, por lo tanto, supone el cese de la situación de comunidad hereditaria, o, en el caso de que tenga lugar sólo por algunos de los coherederos, el acrecimiento de la parte de los renunciantes a favor de los que restan, que permanecerán en situación comunidad. Si la renuncia se realiza por todos los coherederos a favor de uno de ellos, a éste se destinarán todas las cuotas, pero la comunidad hereditaria, ahora con un sólo titular en cuyas manos se encuentra el entero objeto, no subsistirá.

El fallecimiento de los coherederos no producirá sin embargo la extinción de la comunidad, puesto que sus respectivos derechos pasarán a sus sucesores, siempre que no se trate de derechos personales, como señala el artículo 399 Cc, conforme al cual: *“Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de sus frutos que le correspondan, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla, o hipotecarla, y aún sustituir a otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales...”*

8.3.2. La extinción de la comunidad hereditaria por las causas por las que se extingue la sociedad (artículo 1700 Cc)

La remisión del artículo 1051.2º Cc convierte, no sin un esfuerzo de interpretación, a las causas previstas para la disolución de la sociedad civil en el artículo 1700

Cc en motivos para apreciar la ineficacia de la prohibición testamentaria de dividir la herencia. Y ello debido quizás a que, a pesar de las evidentes diferencias entre las dos figuras, el legislador entendió que cuando la comunidad hereditaria se prorroga por haberse impuesto la prohibición del disponente, la situación de indivisión modera temporalmente el carácter transitorio de la comunidad y de algún modo la “estabiliza” por el tiempo señalado, derivando en una situación que en algunos aspectos se asemeja a la sociedad civil y puede por lo tanto extinguirse por las mismas causas.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 1051 Cc establece, como excepción o límite a la facultad del disponente de prohibir temporalmente la partición de sus bienes que recoge su pfo. 1º: “*Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*”.

En opinión de MANRESA, el Código Civil parece entender que, al prohibir la división de la herencia el testador impone de manera forzosa una suerte de sociedad entre sus herederos⁵¹⁶ y que, en consecuencia, de dicha situación se sale, cesando la prohibición, cuando concurren las causas de extinción de la sociedad.

El artículo 1700 Cc remitido establece los modos por los que se extingue la sociedad: «*La sociedad se extingue: 1º Cuando expira el término por que fue constituida. 2º Cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto. 3º. Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios y en el caso revisto en el artículo 1699 Cc. 4º. Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707*».

Ahora bien, las causas de extinción de la sociedad que recoge el art. 1700 Cc no son de inmediata aplicación a la comunidad hereditaria en todos los casos y su adaptación exige para cada uno de los supuestos, un esfuerzo de interpretación. En ocasiones, como las de los supuestos de expiración del plazo o pérdida del objeto que se recogen en los apartados a) y b) del precepto, la doctrina considera, además, ociosa la remisión, por ser obvio que en el primer caso concluye la situación de indivisión forzosa y los coherederos pueden ejercitar de nuevo la facultad de instar la división del caudal, y en el segundo se extingue no solamente la comunidad, sino la propiedad misma.

La importancia de la remisión del art. 1051.2º y las dificultades que en su aplicación a la comunidad hereditaria plantea el art. 1700 Cc aconsejan un breve estudio de cada uno de los supuestos previstos en el precepto.

a) Cuando expira el término por el que fue constituida.

Establece el art. 1680 del Cc que. “*La sociedad dura por el tiempo convenido; a falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada; y en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el art. 1700 y lo dispuesto en el art. 1704*”. Es decir salvo la posibilidad de

⁵¹⁶Véase en este sentido MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, ob. cit., págs. 614 y 615.

establecimiento de una prórroga (art. 1702 y 1703 del Cc), de renuncia (art. 1704) o por las causas del propio art. 1700 del Cc.

Cuando el testador ha señalado un plazo determinado a la prohibición, o lo ha vinculado a un acontecimiento jurídico sujeto a un plazo, como ocurre con el usufructo viudal, o el cumplimiento de determinada edad por alguno de los coherederos, la finalización del plazo establecido extingue la prohibición de dividir. No obstante, incluso antes de la expiración de dicho plazo, puede quedar extinguida la prohibición si, como señala el artículo 1707 Cc, concurre una causa o motivo justo.

b) Cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto.

Con la desaparición de todas las cosas que integran el caudal hereditario la comunidad hereditaria queda sin la pluralidad de bienes y derechos que constituye su objeto, y, por lo tanto, sin un presupuesto esencial para su continuidad, puesto que ni las titularidades de los copartícipes encuentran objeto ni nada se puede ya dividir. El precepto acoge tanto el supuesto de la destrucción o pérdida física de la cosa como el de su pérdida jurídica, por quedar fuera del comercio, pero si la pérdida afecta solamente a una parte del objeto, esto es, si se pierden sólo alguno o algunos de los bienes que integran el caudal hereditario, no se producirá la extinción, sino que la comunidad hereditaria continuará sobre los restantes y continuará también vigente la prohibición de dividir.

La terminación del negocio se interpreta a menudo como referida a la causa o motivo justo introducido por el testador en la prohibición de dividir y, en consecuencia se puede identificar con su finalidad. Es lógico entender que, cumplida dicha o finalidad o siendo evidente que ha quedado frustrada, la prohibición de disponer, en tanto que restricción o gravamen al libre ejercicio de una facultad, queda sin sustento.

Es por este motivo que también en este caso, el precepto debe ponerse en relación con el art. 1707 Cc “*No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo. . .*”.

En realidad, el supuesto de la terminación del negocio es de difícil aplicación a la comunidad hereditaria, y constituye un supuesto más específicamente pensado para la sociedad, puesto que parece suponer una aportación voluntaria de bienes y derechos afectos a un fin negocial, lo que no se da en la comunidad hereditaria, que tiene carácter forzoso, y no se halla, por tanto constituida por voluntad de los copartícipes, sino con independencia de ella, ni tiene por objeto negocio alguno.

Señalan DIEZ PICAZO Y GULLÓN⁵¹⁷, no obstante, que el segundo inciso del artículo 1700.2º puede interpretarse en relación con la comunidad hereditaria en el sentido de que si el testador que prohibió la división expresó una finalidad o motivo y éste desaparece, desaparecerá con él la prohibición misma. En esta misma línea, MAR-

⁵¹⁷DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*. vol. IV. 8ª ed. Madrid, 2001, pág. 518.

TÍN BRICEÑO⁵¹⁸ recuerda que, aun cuando el artículo 1051 Cc no lo establezca de forma expresa, la validez de toda prohibición testamentaria de dividir depende de la presencia de una causa que la justifique. Así lo establece, por ejemplo el artículo 331 CDFNav, que, en protección de la posición económica del cónyuge viudo, hace depender la eficacia de la prohibición de dividir la herencia de la duración del usufructo de fidelidad a favor del mismo, y en defensa de la del menor de edad no emancipado, admite la prohibición hasta que éste alcance la edad necesaria para no necesitar actuar a través de representante. También los artículos 463 CCCat⁵¹⁹ y 365 CDF Arag enumeran algunas causas que dan fundamento a la prohibición de dividir impuesta por el disponente.

c) Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios y en el caso revisto en el artículo 1699 Cc

Como norma general, en referencia a la sociedad civil, la muerte de uno de los socios determinará su disolución si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la sociedad los herederos del socio difunto, o de subsistir ésta entre los socios sobrevivientes. Sin embargo, el art. 1704 Cc admite el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan. En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día. Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de la facultad de desistir.

La referencia a la muerte de cualquiera de los socios, que habría que entender hecha a la de alguno de los coherederos tiene difícil aplicación a la comunidad hereditaria, pues la indivisión ordenada por el testador puede no tener relación con la persona de los coherederos e incluso si la tiene, el testador puede haber dispuesto la continuidad de la comunidad entre los que sobrevivan. Realmente estas circunstancias subjetivas sólo harán cesar la prohibición de dividir si así se ha previsto

En el caso del convenio o pacto de indivisión establecido voluntariamente por los propios coherederos es la propia voluntad de los mismos en sentido contrario, esto es, el mutuo disenso el que puede hacer cesar la suspensión temporal de la facultad divisoria, y no las circunstancias mencionadas en el art. 1700.3º Cc

⁵¹⁸MARTÍN BRICEÑO, María Rosario, “Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa”, *ob. cit.*, pág. 22. La autora defiende la causalización de las prohibiciones o convenios de indivisión con distintos argumentos y, en relación con la prohibición de dividir, señala que se trata de una prohibición de disponer, sujeta, como éstas, a causa que las fundamente (artículo 26 LH). En todo caso, considera, como hemos señalado, que debe aplicarse analógicamente el art. 781 Cc, para que la restricción a la facultad de dividir no implique vinculación definitiva o casi definitiva de los bienes hereditarios.

⁵¹⁹En el Derecho civil de Cataluña se faculta al Juez para dejar sin efecto un convenio de indivisión o una prohibición testamentaria de dividir si, a instancia de cualquier heredero, considera que existe una causa justa.

Del mismo modo, la incapacitación o la declaración de prodigalidad, en cuanto que limitativas de la capacidad, pueden tener más sentido en referencia a la sociedad, en las que las relaciones entre los socios son relaciones personales establecidas sobre la base de la confianza que a la comunidad hereditaria, en la que a la hora de imponer una prohibición de dividir predomina el elemento real del patrimonial hereditario sobre el personal de los coherederos, a quienes, además, la prohibición no impide salir de la comunidad por la vía de la cesión de su cuota hereditaria.

La insolvencia⁵²⁰ de cualquiera de los coherederos debe entenderse, más que en un sentido técnico, como una situación de necesidad económica de éstos que, como consecuencia de la división, puede verse aliviada.

d) Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707

La exclusiva voluntad de los coherederos⁵²¹ puede, como hemos señalado, poner fin a la indivisión pactada, pero no puede hacer cesar la prohibición impuesta por el testador, por lo que la norma del artículo 1700.4º que encuentra plena aplicación en la lógica jurídica del contrato de sociedad, resulta, en principio, de dudosa aplicación al supuesto de la comunidad hereditaria

Es más, la posibilidad de extinguir la comunidad por voluntad de cualquiera de los coherederos entra en contradicción con el sentido mismo de la prohibición de realizar la partición impuesta por el testador, y sólo puede interpretarse a la luz de la remisión que el artículo 1700 Cc hace a los artículos 1705 y 1707 Cc para el caso de que el testador no hubiese establecido plazo o, como hemos estudiado, que concurra alguna causa o motivo justo que, no obstante la prohibición, autorice a instar la división.

En efecto, los supuestos previstos en los dos preceptos son distintos:

El art. 1705 señala que:

La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio.

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios.

⁵²⁰Con referencia a las sociedades, a las que se refiere el precepto, ha de tenerse en cuenta que la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la sociedad (art. 145.3 de la Ley Concursal) determina la disolución de la sociedad. Lo mismo ocurre en el ámbito de las sociedades mercantiles con respecto a cualquiera de los socios colectivos (art. 222.3 del CCom.).

⁵²¹Para la sociedad, el fundamento de la facultad de desistimiento del contrato social se encuentra, como señaló la STS de 15 de octubre de 1974, en que una responsabilidad ilimitada en relación con las deudas sociales no puede imponerse a perpetuidad. Implica, pues, la desaparición de la “*affectio societatis*” que es esencial al nacimiento y continuidad de la sociedad.

En opinión de CAPILLA RONCERO⁵²², el precepto admite la posibilidad de una desistimiento *ad nutum*, es decir, exime al socio de la necesidad de alegar motivo, como excepción a lo previsto en el artículo 1256 Cc, y sólo puede producirse en los supuestos en que la sociedad no se haya pactado por un tiempo determinado o para un negocio concreto.

Para el autor, la exigencia de que la renuncia se haga en tiempo oportuno pretende “evitar que los consocios sufran un perjuicio como consecuencia de la brusca finalización de la relación social”, y la oposición al desistimiento ha de hacerse acreditando un perjuicio económico concreto (como la no recuperabilidad de las inversiones realizadas o la generación de inminentes pérdidas), no bastando “la mera alegación de inconveniencia o la expectativa de mayores ganancias”⁵²³.

Sin embargo, el art. 1707 Cc otorga relevancia a la causa o motivo alegado para la disolución anticipada de la sociedad. “*No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los Tribunales*”.

¿Podría entonces, paralelamente, solicitar uno de los coherederos la disolución de la comunidad hereditaria, a pesar de la prohibición establecida por el testador cuando éste no ha establecido plazo para la misma?. En opinión de MARTÍN BRICEÑO⁵²⁴, en realidad debe apreciarse que “*toda prohibición testamentaria de dividir la herencia está sujeta a una duración, ya sea haciéndola depender de la llegada de una fecha, de la muerte de una persona, o de la persistencia del interés que justifica su existencia*”, de modo que será admisible el ejercicio de la acción divisoria siempre y cuando falle la causa que fundamenta la prohibición, es decir, cuando no sea suficiente, y no antes, lo que hará que la renuncia no pueda estimarse inoportuna o de mala fe, conforme al p^o. 2^o del art. 1705.

En el caso del artículo 1707 Cc corresponderá al juez, como señala el propio precepto, la apreciación de si concurre justo motivo para decretar la ineficacia de la prohibición de dividir ordenada por el testador, lo que obligará a apreciar la causa que la fundamentaba y si ésta persiste, o, por el contrario ha desaparecido y no basta ya, aunque no haya transcurrido el tiempo señalado para la indivisión, para justificar la restricción al libre ejercicio de la facultad divisoria.

Ahora bien, con referencia a la disolución de la sociedad, el Tribunal Supremo ha destacado, apartándose de una jurisprudencia anterior, que la separación no puede equipararse a un supuesto de resolución contractual, y por ello procede la liquidación con arreglo a las normas de la herencia (STS de 6 de octubre de 1990). En coherencia

⁵²²CAPILLA RONCERO, E., “Comentario a los artículos 1705 y 1706 Cc”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XXI, vol I, ed. Edersa, Madrid, 1986, pág. 667.

⁵²³CAPILLA RONCERO, E., *Ibidem*, págs. 674 y 675.

⁵²⁴MARTÍN BRICEÑO, M^a Rosario, “*Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa*”, ob. cit, pág. 24

con esa posición, la STS de 18 de octubre de 2010 señala que el presupuesto para la separación es que *“concurra un justo motivo a criterio de los Tribunales, no necesariamente consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales”*.

No obstante, doctrina y jurisprudencia⁵²⁵ destacan el carácter no taxativo de la enumeración de causas de extinción del art. 1700 Cc, La STS de 14 de diciembre de 2006 se refiere a esta circunstancia, declarando que *“la enumeración de causas de disolución que contiene el art. 1700 del Cc no es cerrada, sino que debe ser integrada con otras de indudable efecto disolutorio por su aptitud para abrir la fase de liquidación, como es, dada la naturaleza contractual de la sociedad, el mutuo disenso o acuerdo de quienes celebraron el contrato de extinguir la relación jurídica nacida de él”*.

⁵²⁵Entre otras, véase STS de 26 de septiembre de 2008.

Capítulo 9

La extinción de la comunidad hereditaria por división del caudal. Naturaleza y efectos

Índice del capítulo:

9.1. La facultad de instar la división de la comunidad hereditaria del artículo 1051 Cc	306
9.1.1. Noción y naturaleza jurídica	306
9.1.2. Características de la facultad de instar la división del artículo 1051	309
9.1.3. Capacidad y legitimación para el ejercicio de la acción de división	310
9.1.3.1. Capacidad	310
9.1.3.2. Legitimación activa	311
9.1.3.3. Legitimación pasiva	320
9.1.4. Límites generales y específicos al ejercicio de la facultad divisoria	320
9.1.4.1. La facultad de instar la división como facultad vinculada a la situación del copartícipe en la comunidad	320
9.1.4.2. Límites generales y específicos al ejercicio de esta facultad	321
9.1.4.3. ¿Es la indivisibilidad material un límite a la facultad de pedir la división?	322
9.1.4.4. Cuestión de la mala fe y el abuso del derecho en el ejercicio de la acción de división de la herencia	327
9.2. La prórroga de la situación de indivisión en la comunidad hereditaria	333
9.2.1. Situaciones que dan lugar a la prórroga de la indivisión en la comunidad hereditaria	333
9.2.1.1. Convenio de indivisión entre coherederos	333
9.2.1.2. Prohibición expresa de dividir impuesta por el testador	340
9.2.1.3. Indeterminación temporal de los herederos o de las cuotas. El efecto de suspensión de la partición	342
9.2.2. El límite temporal en los supuestos de indivisión hereditaria	346
9.3. La extinción de la comunidad hereditaria por división del caudal	351
9.3.1. Noción	352
9.3.2. Naturaleza	355
9.3.3. Diferencia entre el régimen divisorio del artículo 400 Cc y el de la división hereditaria	358
9.3.4. La transformación de las cuotas abstractas de los coherederos en derechos concretos como objeto de la partición	360

9.3.5.	La disolución de la sociedad de gananciales previa a la partición	363
9.3.6.	Posición de los acreedores ante la partición de la herencia	364
9.3.7.	La división de la comunidad con cuotas gravadas	367
9.4.	Efectos de la división de la comunidad hereditaria por medio de la partición	370
9.4.1.	Efectos de la división	370
9.4.2.	La adjudicación de los lotes y la entrega de los títulos	373
9.4.3.	Supuestos en que la partición no supone la extinción de la comunidad	373
9.5.	Tributación de las adjudicaciones realizadas en virtud de la partición	374
9.6.	Supuestos en que no es necesaria la división del caudal. La situación del heredero único. La situación de existencia de un solo bien en la herencia	375
9.6.1.	Situación del heredero único	376
9.6.2.	Situación en la que existe un solo bien en la herencia	378
9.7.	Supuestos en los que la partición no da lugar a la extinción de la comunidad hereditaria	378

9.1. La facultad de instar la división de la comunidad hereditaria del artículo 1051 Cc

9.1.1. Noción y naturaleza jurídica

El ejercicio por cualquiera de los coherederos de la *actio familiae erciscundae* implica la exigencia coactiva de la división, cuando no se ha conseguido realizarla por acuerdo de los interesados o “*por árbitros o amigables componedores*”, como dice el artículo 402. Los coherederos pueden, ante el ejercicio de la acción de división, o bien acordarla voluntariamente, o bien sufrirla judicialmente. La práctica de la división, como consecuencia del ejercicio de la acción queda al buen sentido de la decisión judicial —discrecional, que no arbitraria— y se produce a la luz de la prueba practicada, especialmente la pericial y a la vista de las pretensiones de las partes (STS de 26 de mayo de 2011). Como señala GETE ALONSO⁵²⁶ con referencia a la comunidad ordinaria, el ejercicio de la acción de división fundamentalmente actúa sobre el objeto, pues lo transforma, y tiene repercusión inmediata en el derecho que se tenía en cotitularidad.

Se ha entendido que, a pesar de la redacción literal del artículo 1051 Cc, no es necesario para impedir temporalmente el ejercicio de la facultad divisoria una prohibición expresa del testador de realizar la partición, sino que basta la designación testamentaria de persona encargada de realizar esas operaciones para entender impuesta la indivisión durante el tiempo que dure el encargo (en este sentido, la RDGRN de 28 de abril de 1945). Sin embargo, la opinión es discutible. El artículo 1051 establece que la prohibición ha de ser expresa, y así parece lógico que sea, al representar una excepción a

⁵²⁶GETE ALONSO, M. del Carmen, en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit., pág. 17

la regla general de la libertad individual de los coherederos para permanecer en la indivisión o ponerle fin a través del ejercicio de la acción divisoria, que podría incluso interpretarse como un gravamen de la legítima.

Por otra parte, debe advertirse que la norma no limita la facultad de pedir la división requiriendo la expresión de ninguna causa o motivo para su ejercicio, ni precisa haber intentado previamente un acuerdo o convenio para la división de los bienes, sino que se produce en coherencia con el principio de libertad para permanecer o abandonar la situación de indivisión que recoge la norma del artículo 1051.1⁵²⁷: “*Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división*”. Se actúa de este modo una facultad que forma parte del contenido mismo del derecho de cada coheredero, junto con otras facultades cuya libertad de ejercicio sólo puede restringirse excepcionalmente.

El precepto del art. 1051.1^o es conforme, pues, con el principio romano “*nemo invitus compellitur ad communionem*” y, constituye, en la opinión general, una aplicación particular de la norma general del artículo 400 Cc que reconoce asimismo a cada uno de los comuneros la facultad de pedir “*en cualquier tiempo que se divida la cosa común*”, a salvo los pactos de indivisión temporal entre los coherederos⁵²⁸.

La doctrina lo considera aplicable no sólo a la indivisión de la herencia, sino también al caso en que la comunidad recaiga sobre legados, entendiéndose que el testador

⁵²⁷La norma del artículo 1051 Cc se considera generalmente inspirada en el *Codice Civile* italiano de 1885, cuyo contenido en esta materia ha pasado al artículo 713 del vigente Código de 1942, referido a la facultad de pedir la división:

Art. 713 Facoltà di domandare la divisione. *Quando però tutti gli eredi istituiti o alcuni di essi sono minori di età, il testatore può disporre che la divisione non abbia luogo prima che sia trascorso un anno dalla maggiore età dell'ultimo nato.*

Egli può anche disporre che la divisione dell'eredità o di alcuni beni di essa non abbia luogo prima che sia trascorso dalla sua morte un termine non eccedente il quinquennio.

Tuttavia in ambedue i casi l'autorità giudiziaria, qualora gravi circostanze lo richiedano, può, su istanza di uno o più coeredi, consentire che la divisione si effettui senza indugio o dopo un termine minore di quello stabilito dal testatore.

El artículo 714 permite solicitar la división incluso si se hubiese disfrutado separadamente de parte de los bienes hereditarios, salvo en caso de suscripción:

Art. 714 Godimento separato di parte dei beni. *Può domandarsi la divisione anche quando uno o più coeredi hanno goduto separatamente parte dei beni ereditari, salvo che si sia verificata l'usucapione per effetto di possesso esclusivo*”

Codice civile, Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. Chiaves – dott. sa V. Virzì sotto la supervisión del prof. P. G. Monateri e la consulenza di *Web editing* del dott. F. G. Pizzetti. Recurso disponible en la Biblioteca del Ministerio de Justicia italiano. http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter~_dictum/codciv/codciv.htm. Fecha de consulta: 10 de julio de 2013.

⁵²⁸El artículo 400 Cc —dice la STS 27 de febrero 2012— “*recoge la vieja regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la división. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el art. 400 Cc que el pacto entre los condóminos y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código Civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable*”.

puede no solamente prohibir la división de la herencia entre los coherederos, sino también la del legado entre los colegatarios, cuando desea conservarlo indiviso. En los derechos civiles territoriales de Cataluña y Aragón se reconoce expresamente esta posibilidad, al admitir que la indivisión se establezca sobre bienes singulares, y no sobre la totalidad del patrimonio hereditario. Así lo establece el art. 463.2.1º CCCat. que permite al causante ordenar, y a los herederos acordar unánimemente, que, “*tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta*”, no se haga la partición durante un plazo que no puede exceder de diez años a contar de la apertura de la sucesión.

El artículo 365.2 CDF Arag después de reconocer en el núm. 1º a todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella el derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad, establece que el disponente podrá ordenar que “*tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de esta no se proceda a la partición durante un tiempo determinado. . .*”.

Ello no significa que la facultad de pedir la división de la herencia no pueda encontrarse suspendida temporalmente, por la prohibición del disponente, limitada a su vez, o por acuerdo o convención de no dividir adoptado por los propios coherederos.

La facultad⁵²⁹ de pedir la división del caudal hereditario se ha erigido así en una característica consustancial al propio condominio y su libre ejercicio en el principal instrumento para forzar la salida a la situación de indivisión, al permitir que, por la voluntad unilateral de cualquiera de los coherederos, se ponga fin a la comunidad hereditaria a través de la división del caudal. Las restricciones al ejercicio de esta facultad se entienden como suspensiones temporales de carácter excepcional y, por lo tanto, se interpretan de forma restrictiva. La regulación que de la división hereditaria realizan los ordenamientos civiles territoriales, especialmente los de Aragón, Cataluña y Navarra, tiende a favorecer la cesación de estas situaciones en que se produce la exclusión temporal del ejercicio de esta facultad, tanto si procede de la disposición del testador como de la voluntad de los propios coherederos.

Se entiende asimismo que la facultad divisoria forma parte esencial del contenido derecho que el coheredero ostenta en la comunidad hereditaria, puesto que al ejercitarse, se actúa el principio de que nadie puede ser compelido a permanecer en la indivisión, cuya trascendencia jurídica queda reflejada en el hecho de que la división es considerada, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, como un acto de disposición, y no de mera administración, puesto que como consecuencia de su práctica, se transforman el objeto y el derecho mismo de los copartícipes en la comunidad, y por eso se requiere para instar la división capacidad y poder dispositivo (arts. 406 y 1052 Cc).

Ahora bien, ello no significa que implique un acto de transmisión. Entendemos, con PEÑA BERNALDO DE QUIROS⁵³⁰ que, a pesar de que, conforme al artículo 1068 Cc, la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de

⁵²⁹Su consideración como facultad, entre otras, propia del copartícipe en la comunidad ha sido declarada, por SSTs de 28 de noviembre de 1957; 31 de enero de 1967 y 31 de diciembre de 1985.

⁵³⁰PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, vol. I, ob. cit. págs. 505 y 506. Esta tesis de la división como determinativa o especificativa de los derechos de los co-

los bienes que le hayan sido adjudicados, la división no constituye un acto traslativo de dominio, puesto que no se produce como consecuencia de la misma una nueva adquisición, sino solamente un “*desenvolvimiento de una potencialidad connatural al mismo derecho del comunero*”, en el cual se concreta el derecho en un derecho exclusivo de dominio sobre bienes individuales. Y es ese carácter de mero desenvolvimiento de una potencialidad que estaba contenida en el propio derecho el que justifica la consecuencia posesoria del art. 450 Cc, que entiende respecto de cada uno de los partícipes de una cosa poseída en común “*que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión*”.

9.1.2. Características de la facultad de instar la división del artículo 1051

La facultad de pedir la división está configurada en nuestro Derecho como una facultad de carácter absoluto, tanto para la comunidad ordinaria como para la comunidad hereditaria, con muy pocas excepciones a su ejercicio⁵³¹: es irrenunciable⁵³² (puesto que se trata de una facultad de orden público) e imprescriptible, como establece el artículo 1965 Cc y, en los derechos civiles territoriales, el artículo 121-2 CCCat y la Ley 41.3 CDFNav⁵³³, y solo limitadamente se admite el pacto de indivisión (STS de STS

partícipes en la comunidad es mayoritaria en la doctrina, y ha sido acogida también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. de 3 de febrero de 1982)

⁵³¹SSTS de 15 de febrero de 1909; 15 de julio de 29; 11 de noviembre de 27; 31 de mayo de 1991; 8 de marzo de 1999.

⁵³²Por tratarse de una acción de orden público. Como han declarado las SSTS de 28 de noviembre de 1957; 15 de febrero de 1966; 31 de enero de 1967; 18 de enero de 1968; 31 de diciembre de 1985; 21 de marzo de 1988 y 18 de noviembre de 1994. La DGRN ha admitido sin embargo la inscripción registral de pactos que contienen la renuncia a la acción, mientras subsista el destino que la propicia, y desde luego, la renuncia o exclusión temporal de la acción es admisible. Por otra parte, se trata de una característica que la doctrina tiende a flexibilizar cada vez más, en función de las características propias de las distintas formas de comunidad, la mayoría de ellas construidas sobre la base de la comunidad ordinaria proindiviso, pero con algunas peculiaridades. Así, señala GETE ALONSO que el fundamento de la irrenunciabilidad radica en que la dejación definitiva y absoluta de la acción de división se opone al interés público y a la concepción general desfavorable que nuestra legislación conserva respecto de las situaciones de comunidad. Pero siendo ésta la regla, señala la autora que “*la renuncia no puede descartarse y que debe matizarse, en cada caso concreto, para lo que se ha de tener en cuenta el objeto sobre el que recae y las circunstancias que concurren*”, recordando que cada vez más frecuentemente se delimitan legalmente figuras comunitarias en las que se asume la indivisibilidad, como ocurre con la propiedad horizontal. Véase GETE ALONSO, M. Carmen, en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit., págs. 90 y 91.

⁵³³Como corresponde a las facultades (SSTS de. 8 de junio de 1945; 31 de enero de 1967; 31 de diciembre de 1985; 21 de marzo de 1988) y al designio legal de evitar las comunidades perpetuas. Resulta así de los artículos 1965 y 1052 Cc al admitir la solicitud de división “*en cualquier tiempo*”. No obstante, señala CORBAL FERNÁNDEZ, la acción puede perderse indirectamente en los casos de adquisición de los bienes y derechos por terceros, o por los propios coherederos, por usucapión. En este caso, la comunidad queda vacía de objeto, al dejar de pertenecer a la misma los bienes usucapidos. Vid. CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús, en *Comentarios al Código civil*, Tomo V. Comentarios a los artículos 1051 a 1055. coord. por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, cit. Por otra parte, es reiterada ju-

de 21 de marzo de 1988 que repite la STS de 31 de diciembre de 1985, siguiendo en ambos casos la de 11 de noviembre de 1927).

Por otro lado, como señaló la STS de 2 de febrero de 1994, no es necesario el ejercicio separado de tantas acciones como bienes indivisos, pero es posible el ejercicio de la acción de división sobre determinados bienes (STS de 16 de abril de 1930), que implicará una división de todo el patrimonio, en cuanto presupone entre tales bienes un derecho compartido.

9.1.3. Capacidad y legitimación para el ejercicio de la acción de división

9.1.3.1. Capacidad

Como hemos visto, la partición se considera como un acto dispositivo. En consecuencia, y dado que el Código establece para la partición normas especiales de capacidad que prevalecen sobre las generales (y que rigen también para la comunidad ordinaria, en virtud de la remisión del art. 406 Cc), quien la pretenda debe tener la libre administración y disposición de sus bienes y contar, en el caso de menores o incapacitados, con los complementos de capacidad o la representación legal correspondiente que suplan las limitaciones de su capacidad para realizar los actos jurídicos que integran el proceso particional (art. 1052 Cc), si bien cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la división, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial de la misma (art. 1060.1º Cc). Sin embargo el artículo 272 Cc dispone que la división de la cosa común realizada por el tutor no necesita autorización judicial, pero, una vez practicada requerirá aprobación judicial.

Lo coherederos menores o incapacitados han de hallarse representados legalmente en la partición, conforme artículo 1052 Cc que establece que “*por los incapacitados y ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos*”, pudiendo en caso contrario decretarse la nulidad de la misma. La STS de 18 de octubre de 2012 afirmó la nulidad de la partición convencional practicada sin intervención de un hermano incapacitado⁵³⁴,

risprudencia que declarada que no prescribe la acción cuanto los bienes sean poseídos de consenso o proindiviso por los coherederos, pero lo hace cuando uno ha poseído los bienes a título de dueño y por el tiempo suficiente para ganarlos por prescripción.

El artículo 1965 Cc establece que “*No prescribe entre coherederos, condueños [...] la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común [...]*”; el art. 121-2 CCCat señala que “*No prescriben las pretensiones que se ejercitan mediante acciones meramente declarativas, incluida la acción de declaración de la cualidad de heredero; las de división de la cosa común, las de partición de la herencia [...]*”, y la Ley 41 CDFNav declara imprescriptibles “*3. Las acciones divisorias de los comuneros y de los coherederos [...] sin perjuicio de la prescripción adquisitiva de los bienes afectados*”

⁵³⁴La nulidad se declaró por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil en relación con el principio de intangibilidad de la legítima que se plasma en los artículos 806 y siguientes. Los motivos del recurso giran alrededor de la afirmación de que los cinco hijos, sin contar con su hermano, incapacitado, dividieron el dominio de los bienes. Tales bienes procedían del patrimonio del padre y de la madre, por donación, por legado y por herencia; por lo cual era partícipe el hermano incapacitado. Y en esta

declarando respecto de éste que “*el legatario que es también legitimario, no fue citado al inventario, con lo que no ha podido saber si el legado atribuido a él cubre la legítima, pues no ha podido intervenir ni consentir el defensor judicial que debiera haber actuado en su nombre por existir conflicto de intereses con el tutor, pues, como se desprende del artículo 818 del Código civil, la presencia de representante del incapaz era esencial en ese momento, pues lo contrario podría permitir que se repartiese la herencia sin tener en cuenta los derechos legitimarios, y en este caso no consta que se hayan perjudicado, pero precisamente porque no se ha efectuado el avalúo correctamente y no ha intervenido dicho legitimario*”.

No precisa en cambio complemento de capacidad el menor emancipado. Expresamente lo establecen así para el derecho civil de Cataluña los arts. 211-7, 211-12 y 236-27 CCCat. Los mayores de catorce años pueden pedirla en el derecho civil aragonés, conforme al art. 367.1 CDF Arag, y también intervenir en ella, aunque “*con la debida asistencia*”.

Para un sector de la doctrina están legitimados, además, el usufructuario⁵³⁵, el nudo propietario y el instituido bajo condición resolutoria. Sin embargo, el TS ha negado en varias ocasiones la legitimación del usufructuario (SS. 9 de febrero de 1970; 13 de diciembre de 1983 y 28 de febrero de 1991).

Con respecto al fiduciario, se entiende en general que debe actuar con el fideicomisario⁵³⁶ y no sólo, por lo que si el segundo está indeterminado, precisa autorización judicial.

9.1.3.2. Legitimación activa

A. Las reglas de los artículos 1052 y 1053 Cc

La legitimación para solicitar la partición hereditaria puede entenderse como la aptitud o idoneidad que faculta para promover una partición. Se trata de una posición o condición objetiva respecto de una herencia en concreto, a diferencia de la capacidad, que tiene carácter abstracto o genérico.

división —verdadera partición convencional— no lo representó el tutor, que era su hermano mayor y, al haber oposición de intereses, era precisa la intervención del defensor judicial. Al no hacerse así, la partición no es válida. No puede obviarse, señala la resolución “*que el legitimario puede ser instituido heredero (caso de los cinco hermanos) o no, por más que el Código civil emplea con harta frecuencia el término de “herederos forzosos”*”; al legitimario se le puede atribuir la legítima por cualquier título, dice el artículo 815 del Código civil, por lo que, además de herencia, la puede percibir como donación o como legado, que puede ser el caso presente. En todo caso, conforme al artículo 818, es preciso fijarla sumando el *relictum* con el *donatum*”.

⁵³⁵En el Derecho civil de Cataluña, el legado de usufructo tiene carácter real, salvo que se haya ordenado con eficacia obligacional, por lo que el usufructuario sí debe intervenir en la partición.

⁵³⁶En Cataluña, para que tenga lugar la comunidad hereditaria es preciso que el fideicomiso sea de herencia o universal, pues si recae sobre bienes concretos, tendrá el carácter de legado (como establece el nuevo artículo 426-5). Si el fideicomiso se cumple durante la comunidad hereditaria, entonces deberán intervenir los fideicomisarios en la partición. Por el contrario, si no se cumple antes de la partición, su derecho se limita por el artículo 426-20, número 3, a intervenir en el inventario de los bienes hereditarios si lo solicitan.

Para que tenga lugar la partición, si no la ha realizado ya el propio testador o el contador-partidor testamentario, ni la practican los propios coherederos, es necesario que se inste, por alguno de estos medios: poniendo en conocimiento del contador partidor testamentario la designación para el cargo y requiriéndole para que lo cumpla, proponiendo a los demás coherederos llevar a cabo la partición de común acuerdo (o mediante la designación de un árbitro), o, si falta el acuerdo, por alguno de los medios que la ley reconoce: es decir, instando, si es factible la designación de un contador partidor dativo; acudiendo al procedimiento de división judicial o, instando el juicio contradictorio mediante la *actio communi dividundo*.

La finalidad es conseguir la cesación de la situación de comunidad hereditaria y la concreción del derecho individual que corresponde a cada uno de los coherederos sobre el bien o bienes que se le adjudiquen.

La regla general del art. 1052 Cc, reconoce a todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, la facultad de solicitar la partición de la herencia a la que está llamado, de la que el art. 1055 recoge una norma especial, al establecer, para el caso de fallecer uno de los coherederos antes de realizarse la partición, dejando dos o más herederos, que *“basta que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación”*. Por su parte, la LECiv de 7 de enero de 2000 reconoce en su art. 782.1 a cualquier coheredero o legatario de parte alícuota el derecho de reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial.

Ahora bien, en todo caso es necesario acreditar que se forma parte de la comunidad hereditaria, sin que para el ejercicio de la acción divisoria baste simplemente con la relación de parentesco. Así lo entendió la STS de 11 de abril de 2000, que negó la legitimación de la actora que pretendía actuar para sí y para la comunidad hereditaria en el ejercicio de una acción declarativa de una finca para la herencia yacente, señalando que (Fundamento Primero): *“En este caso, al actuar la recurrente para la referida comunidad hereditaria, le correspondía, como requisito acreditativo de su legitimación para demandar, haber demostrado que efectivamente se hallaba integrada en dicha comunidad por haber sido vocada a la herencia del referido ascendiente, bien por vía testamentaria o intestada, lo que no probó en ningún momento y sólo la relación parental, que resulta insuficiente para ejercitar la acción declarativa, respecto a la finca que se pretende incorporar al caudal hereditario de dicho causante”*.

Señala CORBAL FERNÁNDEZ⁵³⁷ que la norma del art. 1053 Cc no se considera de legitimación ni de capacidad, y se entiende superflua por ser ajenos a la materia los perjuicios que hipotéticamente pudieran derivarse para el otro cónyuge. Por ello, se hace necesario diferenciar entre varios tipos de legitimación: la legitimación para pedir la partición, la legitimación para intervenir en ella en evitación de fraudes o perjuicios,

⁵³⁷CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús. *Comentarios al Código Civil*. Tomo V. Comentario a los artículos 1051 a 1055, cit.

el derecho a oponerse a que la partición tenga lugar (art. 1082) y la prestación del consentimiento para entender perfeccionado, en su caso, el contrato particional.

B. Posición de los partícipes en la comunidad

En consecuencia, para determinar si gozan o no de legitimación, y en cada caso para realizar qué actos en ejercicio de su derecho, conviene estudiar separadamente la posición de cada uno de los sujetos que, eventualmente, pueden formar parte de la comunidad hereditaria:

a) Los herederos. El artículo 1052 Cc⁵³⁸ reconoce expresamente a los coherederos que tengan la libre administración y disposición de sus bienes el derecho a pedir la partición de la herencia. Sin embargo, cabe la duda de si el Código utiliza la expresión herederos en un sentido estricto o de modo genérico, incluyendo otras categorías que si técnicamente no son equivalentes a los herederos, pueden equipararse a los efectos de pedir la partición.

La legitimación corresponde a los coherederos, por lo que debe entenderse que están legitimados los herederos o legatarios⁵³⁹ con plena capacidad de obrar que sean titulares de una cuota ideal en el caudal hereditario, tanto si son herederos voluntarios como si son legitimarios.

Para los herederos condicionales, establece el artículo 1054 Cc una norma especial: “*Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquella se cumpla*”. Ello no impide que sea solicitada por los demás coherederos, pero “asegurando competentemente” el derecho de aquellos para el caso de cumplirse la condición, la cual se entenderá provisional hasta saberse que ha fallado o ya no puede tener lugar.

De la propia redacción del precepto —“*hasta que aquella se cumpla*”— resulta que la restricción afecta a los herederos sometidos a condición suspensiva, por lo que en principio, el heredero sometido a condición resolutoria⁵⁴⁰ (arts. 790, 791 y 805 Cc) puede solicitar la partición entretanto la condición no se ha cumplido, pues le corresponden las facultades del heredero.

El artículo 423-14.1º CCCat impide al heredero sujeto a condición suspensiva pedir la partición, mientras esté pendiente de cumplimiento, pero no le impide “*tomar posesión provisional de la herencia y administrarla con las facultades y limitaciones que haya establecido el causante o, si no ha establecido ninguna, con las facultades de un albacea universal de entrega de remanente*”. En concurrencia con coherederos aceptantes, se permite asimismo al heredero condicional intervenir en la partición he-

⁵³⁸También el art. 464-1 CCCat habla de “*todo coheredero*”.

⁵³⁹También en el derecho civil de Cataluña los fiduciarios titulares de una “*cuota de herencia*”, a los que expresamente reconoce esta legitimación el art. 426-27 CCCat.

⁵⁴⁰Los ordenamientos civiles territoriales en los que rige el principio “*semel heres, semper heres*”, como el catalán o el balear, no admiten la posibilidad de someter a condición resolutoria la institución de heredero.

cha por éstos, si bien “*Una vez hecha la partición, debe mantenerse dicho régimen de administración sobre los bienes asignados a su cuota*”.

Con respecto a los legitimarios, cuyo derecho ha de satisfacerse en bienes de la herencia, pero no sobre bienes determinados de la misma, debe observarse que esta condición no faculta por sí sola para pedir la partición de la herencia, a menos que el título sea tal que incluya esta facultad, como ocurre cuando se atribuye al heredero forzoso la legítima a título de heredero. El mismo criterio puede sostenerse, aún con mayor motivo, en los ordenamientos en los que la legítima puede abonarse con bienes o dinero extraherencial, como Cataluña o Galicia, pues puede entenderse al legitimario desentendido del proceso particional, en la que carece de interés.

En cuanto a los herederos del heredero premuerto, fallecido antes de solicitar la división del caudal, establece el artículo 1055 Cc que “*Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos o más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación*”.

Los herederos tendrán, conjuntamente, la cuota que hubiera correspondido al causante, por lo que acuden bajo una sola representación. Debe advertirse, no obstante, que normativa civil no encuentra hoy correlato en la legislación procesal, puesto que la norma que exigía la misma representación para las personas que mantenían en juicio una misma postura procesal (art. 531 LECivil 1881) no se ha recogido en la nueva Ley.

La norma solo tiene sentido con respecto a la partición no convencional, pues en la que se practica voluntariamente por todos los coherederos, han de intervenir todos los interesados y consentir en ella⁵⁴¹.

Pero doctrina y jurisprudencia admiten también bajo ciertas condiciones la legitimación de otros interesados en la herencia. En particular se admite, con diferencias en la opinión de la doctrina, que pueden también solicitar la partición las personas que no son titulares de cuota, pero tienen interés en la misma, al poder resultar afectados (quantum del haber hereditario, computación a efectos de legítimas, deudas del causante, liberalidades inoficiosas), como los herederos *ex re certa*, legatarios de cosa cierta y determinada, de género y cantidad, e incluso legitimarios que hayan percibido la legítima por vía de donación.

b) Legatarios de parte alícuota. Aunque el Código Civil no los cita expresamente como personas capacitadas para pedir la partición, sí lo hacía el antiguo artículo 1038-3º LEC. El Tribunal Supremo, además de reconocer en varias sentencias la vigencia de la norma tras la publicación del Cc, sostiene en la STS de 11 de enero de 1950, al igual que la DGRN (Res. De 4 de noviembre de 1935), la igualdad en el trato que debe dársele a ambas figuras, por lo que puede mantenerse que se encuentran legitimados para solicitar que se lleve a cabo la partición. Otra cosa es que puedan o no participar en la misma.

⁵⁴¹ Véase DIEZ SOTO, Carlos Manuel, *Código Civil Comentado* (dir. por CAÑIZARES et. Al), vol II, Ed. Civitas, Madrid, 2011, págf. 1731

El *legatario* forma parte de la comunidad hereditaria, estando legitimado para instar su división judicial⁵⁴², conforme al artículo 782.1º: “1. *Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador partidario designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial*”.

Parte de la doctrina⁵⁴³, por el contrario, señala que no hay, fuera del Derecho navarro, precepto alguno en el ordenamiento civil español que permita sostener esta legitimación, lo que se explica señalando que no tiene sentido concederla a quien no ha de ser adjudicatario de bienes precisamente como consecuencia de la partición. Su legado se satisfará en bienes del activo hereditario líquido, no necesariamente homogéneos, e incluso en dinero, aunque no lo haya en la herencia, en los derechos catalán y navarro.

En el Derecho civil navarro pueden entenderse facultados, a través de la equiparación con el heredero que realiza el art. 337 CDFNav: “*A los efectos de la partición, el legatario de parte alícuota se considerará como heredero*”.

En cambio, en el Derecho civil de Cataluña no parece que formen parte de la comunidad hereditaria, pues como señala el nuevo artículo 427-36, tiene carácter de legado de eficacia obligacional, permitiéndose al heredero satisfacer el valor líquido correspondiente a la parte alícuota fijada por el causante en dinero, aunque no lo haya en la herencia.

c) Cesionarios de un heredero o de un legatario de parte alícuota. El TS ha cambiado su doctrina en relación con este tema. Las SSTs de 20 de enero de 1866 1 de julio de 1915 y 16 de octubre de 1959 negaron al cesionario de cuota la posibilidad de realizar la partición. Sin embargo, la STS de 27 de noviembre de 1961 (y antes la de 24 de febrero de 1907), afirma que el hecho de no consignarles el artículo 1052 del Cc ni el artículo 1038 LEC entre los que pueden pedir la partición, lejos de implicar que se les priva de este derecho, significa que la mención es innecesaria, pues están incluidos en la noción de herederos, en cuya totalidad de derechos y acciones —sin excluir la de solicitar la partición— se han subrogado. La Res DGRN de 29 de diciembre de 1930 confirma esta opinión.

⁵⁴²Vid. STS de 14 de julio de 2008, en la que se recogen los criterios de distinción entre el legado de cosa determinada y el de cuota hereditaria. La STS de 12 de junio de 2006 justifica la proximidad entre la figura del heredero y la del legatario de parte alícuota: “*Dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada*”.

Debe tenerse en cuenta que a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones el legatario de parte alícuota se considera heredero y que si toda la herencia se reparte en legados se consideran todos herederos a efectos fiscales. La consideración del sucesor como heredero o legatario no es inocua fiscalmente, y debe resolverse de acuerdo con la legislación civil, pero observando que ambas posiciones tienen un tratamiento fiscal diferente en la medida en que, de un lado, la adición de bienes al caudal hereditario y la imputación de ajuar doméstico y, de otro, la deducción de deudas, cargas y otros gastos se aplican al heredero, salvo que el título sucesorio disponga otra cosa o que la carga recaiga sobre el bien que es objeto del legado.

⁵⁴³Véase. DEL POZO CARRASCOSA, Pedro en *División de la comunidad de bienes*, cit, págs. 201 y 202.

Para CORBAL FERNÁNDEZ⁵⁴⁴, no hay duda de que tanto cedente como cesionario pueden intervenir en la partición, pero es dudoso si pueden instarla. En contra de la legitimación del cedente se señala que no es coheredero; y en contra de la legitimación del cesionario se invoca la norma del art. 403 que se limita a reconocer un derecho de intervención, y el hecho de que la cesión del derecho hereditario abstracto no equivale a una subrogación plena.

A favor de la legitimación del cesionario se invoca la efectiva titularidad de una cuota, y el hecho de que su posición no puede equipararse a la del acreedor hereditario, pues su derecho es de entidad diferente. Para CORBAL, conforme al criterio expresado debe permitirse al cesionario instar la partición, por existir una subrogación, con independencia de la responsabilidad personal del cedente por las deudas de la herencia, señalando que un criterio distinto supondría imponer al cesionario la situación de indivisión de modo injustificado.

Sin perjuicio de la corrección del criterio, creemos que lo que importa en esta materia es saber el alcance de la cesión de cuota, para discernir que facultades, derechos y acciones adquiere el cesionario y cuales permanecen en el cedente, por ser intransmisible.

En el derecho civil de Galicia, el artículo 272 LDCG dispone que “*el cesionario de un heredero se subroga en lugar de éste en la partición de la herencia*”. Corresponden por lo tanto sin duda al cesionario en el Derecho gallego las facultades no personalísimas que corresponden al propio heredero, y, entre ellas, la de solicitar la partición.

d) Cónyuge viudo. Su legitimación se establecía en el artículo 1038-2º LEC. La jurisprudencia ha mantenido que el cónyuge viudo debe participar en la partición del caudal hereditario. Así, la STS de 20 de junio de 1932 señaló que la calidad de heredero forzoso declarada por el artículo 807.3º Cc a favor del viudo o viuda, si bien carece de las notas de totalidad o perpetuidad respecto a la sucesión del causante y por ello no confiere la representación de todos sus derechos, ni la responsabilidad de sus obligaciones, es innegable que con relación a la parte que los artículos 834 a 837 asignan a dicho cónyuge, tiene éste la misma amplitud de facultades que para hacer efectiva la suya corresponde al sucesor universal descendiente o ascendiente, y por tanto no puede desconocerse su derecho a intervenir en la liquidación del caudal relicto para la justa defensa de sus intereses, así en lo que respecta a su cuota viudal como en lo referente a su mitad de gananciales.

La STS de 26 de marzo de 1940 reconoce al cónyuge supérstite el carácter de heredero forzoso del finado, siquiera sea con la limitación que le impone el ser su legítima usufructuaria de parte alícuota de la herencia, salvo en el caso que previene el artículo 952 del Cc, por lo que no es inscribible la partición en que no interviene la viuda de uno de los hijos del causante, fallecido con posterioridad a éste, por ser preciso el consentimiento de todos los interesados. La DGRN ha mantenido también la doctrina de la participación del cónyuge viudo en varias Resoluciones (RR. 6 de noviembre de 1912; 12 de junio de 1939 y 6 de febrero de 1974).

⁵⁴⁴CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús. *Comentarios al Código Civil*. Tomo v, ob y loc. cit.

La STS de 16 de noviembre de 2000, en un caso en que se instaba judicialmente la resolución de un contrato de compraventa admitió la actuación de la viuda en su propio nombre y derecho y en beneficio de la comunidad hereditaria, reconociendo su legitimación para demandar en nombre de la comunidad surgida al fallecimiento de su marido “*cualquiera que sea el miembro de aquella comunidad que, formalmente, contrató con la demandada*”.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a diferencia de la derogada, reduce el círculo de los legitimados activamente para promover el juicio divisorio a los herederos y los legatarios de parte alícuota, negándosela de manera explícita a los acreedores y omitiendo toda referencia al cónyuge viudo.

Ante esta situación, pueden distinguirse en la doctrina dos posturas:

1. Una parte de la doctrina considera que, a pesar de la omisión, debe permitírsele instarla en base a la mera cualidad cónyuge viudo. El art. 807 del Código Civil le confiere la condición de heredero forzoso, con independencia de la cuantía de los bienes que conforman su legítima, y por otra parte el art. 782 LECiv no lo excluye, la correlación de ambos preceptos le confiere legitimación para instar la partición judicial de la herencia, con independencia de su legítima.

Por otra parte, aparece expresamente nombrado en la LECivil entre los que han de ser citados a la junta para designar contador y peritos y a los efectos de la formación de inventario (art. 793.1).

Esta posición ha sido acogida por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que se ha mostrado mayoritariamente favorable a conceder legitimación al cónyuge viudo (SAP. Valencia de 13 de octubre de 2008, SAP. Baleares de 19 de julio de 2006, SAP. Madrid de 20 de octubre 2004 o SAP Salamanca de 5 de marzo de 2003).

2. Para otros autores, lo cierto es que ninguna norma ampara esta afirmación. El cónyuge viudo solamente estará legitimado si, por testamento o por ley, es titular de una cuota. De otro modo carecería de interés jurídico en la herencia.

Téngase en cuenta, por otra parte, que el cónyuge viudo puede haber recibido ya su legítima. La facultad de elegir la forma en la que ha de pagarse la legítima al cónyuge viudo corresponde a los herederos voluntarios o forzosos e incluso legatarios afectados por el usufructo de que se trata. El requisito para elegir válidamente la forma de pago es que intervengan todos los interesados (herederos y legatarios) de común acuerdo y que se opte por alguno de los supuestos enumerados en el artículo 839 del Código Civil, pero sin que los obligados a la entrega de la cuota correspondiente puedan sustituir la entrega de dinero efectivo por bienes en propiedad, salvo que mediase el consentimiento de la usufructuaria.

Se ha planteado también la cuestión de si el cónyuge viudo conserva la legítima cuando el fallecimiento del consorte tiene lugar mientras se tramita un proceso de separación. La jurisprudencia ha entendido que subsisten los derechos legitimarios a favor del cónyuge supérstite, salvo que éste sea culpable de la separación (como ocurre con la pérdida del derecho de alimentos o con la de las donaciones). En otro caso, se

verá privado de sus derechos legitimarios, aunque dicha pérdida deberá ser declarada en virtud de sentencia (SAP Valencia, de 17 de mayo de 2003). Sin embargo, la SAP de Ciudad Real de 7 de noviembre de 2003 declaró que *“La separación de hecho no es contemplada por el Código Civil como ocasionante de la pérdida de la cuota legitimaria del cónyuge viudo, sin que en materia de llamamientos sucesorios, quepa hacer presunciones sobre cual fuera la voluntad del causante, que pudo, u otorgar testamento desheredando al cónyuge si había causa para ello, o instar y obtener la separación, la nulidad o el divorcio en sus respectivos casos. Pero si no hace nada al respecto, la Ley da la solución al caso, siendo impertinente la sustitución del criterio legal, cualquiera que sea la opinión que nos pueda merecer, por el particular del intérprete, cuando existen disposiciones claras y terminantes”*.

Ahora bien, a nuestro juicio es importante tener en cuenta aquí la distinción entre los herederos legales y los legitimarios. Solamente los herederos llamados por la ley, cuando este llamamiento tiene lugar, pueden reputarse «herederos legales»; el cónyuge viudo, en cambio, goza de su cuota legitimaria tanto en la sucesión testada como en la intestada cuando concurre con descendientes o ascendientes; en la sucesión intestada, en ausencia de descendientes o ascendientes, el viudo es el único heredero con exclusión de los colaterales y sólo en este último supuesto ostenta el cónyuge superviviente la condición o carácter de «heredero legal» (SAP Madrid, 18 de mayo de 2002).

Se plantea asimismo la situación de las parejas de hecho. En el caso de fallecer uno de los miembros de una pareja de hecho estable, el superviviente carece de derechos sucesorios legales en el Derecho Común (por todas, STS de 17 de junio de 2003), sin perjuicio de que pueda reclamar indemnizaciones compensatorias al amparo del principio general del derecho que proscribiera el enriquecimiento injusto o sin causa.

Distintas Comunidades Autónomas con derecho civil propio⁵⁴⁵ han dado sin embargo respuesta legislativa a esta situación, reconociendo derechos sucesorios al sobreviviente de pareja de hecho estable en igualdad de condiciones que al cónyuge viudo.

⁵⁴⁵Véanse:

- Ley Catalana 10/1985 y en la actualidad Libro IV del Código Civil catalán Ley 10/2008, que reconoce derechos sucesorios al sobreviviente de pareja de hecho estable en igualdad de condiciones que al cónyuge viudo, siempre que la convivencia haya perdurado hasta la muerte del otro y sin establecer distinciones entre pareja homo o heterosexual.
- La Ley Aragonesa 6/1999, concede en su art. 9 al superviviente derecho al ajuar de la vivienda familiar, incluyendo mobiliario, útiles o instrumentos de trabajo y excluyendo objetos artísticos de extraordinario valor y bienes de procedencia familiar.
- La Ley Balear 18/2001, que en sus arts. 12 y 13 otorga al sobreviviente de una pareja de hecho los mismos derechos que al cónyuge viudo.
- La Ley Navarra 6/2000, que equipara a la situación del viudo al miembro sobreviviente de una pareja de hecho estable en caso de fallecer el otro, añadiendo un segundo párrafo al art. 253 de la Compilación.
- Ley del País Vasco 2/2003 de 7 mayo, que otorga la misma consideración a las parejas de hecho que a las casadas.

e) Acreedores de los herederos. Señala CORBAL FERNÁNDEZ⁵⁴⁶ que los acreedores particulares del heredero que, conforme al art. 1001 Cc hayan aceptado la herencia en nombre del deudor, pueden pedir la partición, puesto que están subrogados en la posición jurídica del heredero, aunque la partición tendrá eficacia limitada al cobro, por lo que en el caso de que se haga efectiva la deuda, se enerva la legitimación del acreedor. Los demás acreedores particulares del coheredero solo pueden pedir la división por la vía del art. 1111 Cc, aunque sin perjuicio de la facultad de intervención que les reconoce el art. 1083 Cc.

En contra de esta posición se argumenta en cambio⁵⁴⁷ que la partición es en principio totalmente ajena a los acreedores de los herederos, cuyo derecho se circunscribe a la posibilidad de intervenir en la partición, para evitar que se realice en fraude o perjuicio de sus derechos, como admiten el artículo 1083 Cc y 782.5º LECiv, así como, para el derecho aragonés, el art. 370.2º CDCArag.

f) Acreedores del causante. En cuanto a los acreedores de la herencia que no tengan asegurado su crédito tenían reconocido, conforme a los arts. 973-3 y 1038-4º LECiv (antigua) el derecho a promover los juicios de *abintestato* y testamentaria.

El artículo 782.3 de la LECiv de 7 de enero de 2000 niega con carácter general a los acreedores la facultad de instar el procedimiento de división judicial, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia.

Para los acreedores reconocidos de la herencia establece el art. 783.4 LEC lo siguiente: “...*los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero*”. El precepto se produce en la línea del art. 1082 Cc, aunque especificando cuales son considerados acreedores reconocidos y haciendo expresa mención de aquellos que se hallen en posesión de un título ejecutivo.

Por otra parte, el artículo 782.5 LEC reproduce en su literalidad la norma del art. 1083 Cc para el caso de los acreedores de uno o más de los coherederos, que podrán intervenir en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.

La doctrina se divide a la hora de determinar si se les debe reconocer el derecho a instar la partición. LLEDÓ YAGUE se manifiesta en contra y, según CORBAL FERNÁNDEZ⁵⁴⁸, no tiene mucho sentido el reconocimiento de esta legitimación, puesto que tanto la LEC como el Cc protegen suficientemente sus derechos de crédito.

⁵⁴⁶CORBAL FERNANDEZ, *Comentarios al Código Civil*, ob, cit.

⁵⁴⁷Véase DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en *División de la comunidad de bienes*, cit. pág. 203.

⁵⁴⁸*Ibidem*.

En caso de que el heredero haya aceptado la herencia a beneficio de inventario, los acreedores del coheredero beneficiado cobrarán una vez pagados los acreedores hereditarios y los legatarios (art. 1034 C. Civil), pudiendo mientras instar el embargo del remanente activo que pudiera quedar.

En el Derecho civil de Cataluña, los acreedores de la herencia no tienen derecho a intervenir en la partición pero, con arreglo al artículo 48 del CS, pueden oponerse a que se lleve a cabo la misma mientras sus derechos no sean pagados o afianzados, prevención que mantiene el artículo 464-3.

9.1.3.3. Legitimación pasiva

En cuanto a la legitimación pasiva, debe tenerse en cuenta que cuando uno de los herederos, o mejor dicho, de los sucesores interesados en la herencia con capacidad para solicitar la división usa de su derecho, lo hace frente al resto de copartícipes planteándose entonces el problema de a quién debe comunicar su decisión de salir de la comunidad. *a priori*, la legitimación pasiva para el ejercicio de la acción corresponderá a quienes están legitimados activamente para interponerla según lo expuesto, puesto que cuando cualquiera de los copartícipes en la comunidad hereditaria usa del derecho a salir de la indivisión, lo hace necesariamente frente al resto de los que integran por dicha comunidad. Cita ROBLES LATORRE⁵⁴⁹ en este punto la Res. DGRN de 29 de enero de 1988, que concedió legitimación a los nietos que ostentaban la cualidad de legatarios. Se podría deducir que, si el legatario, que es sucesor a título particular, debe ser llamado a la división, deben serlo prácticamente todos los interesados en la herencia, pues habrán de serlo con mayor razón quienes tienen derecho a una parte alícuota que deba ser concretada y, por supuesto, el sucesor a título universal. Sin embargo, la STS de 21 de diciembre de 1990 parece restringir el campo de los legitimados pasivamente a los herederos. En todo caso, parece que quienes están legitimados activamente deben estarlo también pasivamente y deberá por tanto ser notificado de que otro interesado pretende terminar con la situación de comunidad.

9.1.4. Límites generales y específicos al ejercicio de la facultad divisoria

9.1.4.1. La facultad de instar la división como facultad vinculada a la situación del copartícipe en la comunidad

La facultad de instar la división no es un derecho autónomo, sino que está vinculado a la situación jurídica del copartícipe en la comunidad, de la que resulta inseparable. Así, para la comunidad de bienes, estableció el TS en Sentencia de 8 de junio de 1945 que: «*la facultad de pedir la división no es un derecho con sustantividad propia, que puede extinguirse por su no ejercicio, sino simple facultad res mera facultatis que nace y renace en todo momento de la relación de comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure*».

⁵⁴⁹ROBLES LATORRE. *Comentarios al Código Civil*. Comentario al artículo 1067. coord. por M. PASQUAU, pág. 1730.

9.1.4.2. Límites generales y específicos al ejercicio de esta facultad

La facultad de instar la partición de la herencia no está, en principio, sujeta a límites especiales. Quien hace uso de ella para salir de la indivisión no está obligado a justificar su actuación, ni a alegar ningún motivo o causa, puesto que se limita a actuar una facultad que forma parte del contenido de su derecho en la comunidad. Tampoco está sometido a plazo, ya que puede ejercitar su derecho en cualquier tiempo, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de sociedad, en el que el socio está obligado, conforme al art. 1705 Cc, a ejercitar la disolución “*de buena fe en tiempo oportuno*”.

Pero si bien, como hemos señalado, la consideración legal y jurisprudencial de la comunidad hereditaria como un estado transitorio e indeseable al que es preciso poner fin lo antes posible, a través fundamentalmente de la partición, no sólo por su carácter antieconómico y antijurídico, sino también de cara a la prevención de conflictos entre los coherederos, fundamenta la escasa propensión de nuestra normativa a imponer límites, lo cierto es que la solicitud de división no es ajena a los mismos.

Por otra parte, la facultad de división puede ejercitarse de modo contrario a los intereses comunes e incluso de manera abusiva o contraria a la buena fe o con ánimo de perjudicar a la mayoría, sin que nuestro ordenamiento contenga previsiones suficientes para evitar estas situaciones, especialmente la facultad judicial de intervención que encontramos, por ejemplo, en el Derecho francés. Sin duda, ello debe afirmarse sin perjuicio de admitir que la comunidad hereditaria no es situación que deba devenir en crónica o en una forma institucionalizada de gestión patrimonial, puesto que el ordenamiento provee para ello de otras formas jurídicas a disposición de los copartícipes, pero desde luego, y al margen de las limitaciones legales y de las que derivan de la propia naturaleza de la facultad divisoria y de la de los bienes sobre los que se ejercita, que no siempre se prestan a la división, creemos que no puede afirmarse sin matices que en todo supuesto, la comunidad hereditaria sea una situación indeseable y contraria a los intereses de los coherederos ni que salir de la misma en el lapso de tiempo más breve sea, en realidad, el sentido jurídico propio de la institución. Esta concepción debería ser matizada, como hemos señalado, por una consideración que tuviese en cuenta las necesidades derivadas de la coyuntura económica, de la propia composición del patrimonio —y de la creciente complejidad de los bienes, derechos y productos que pueden hallarse formando parte del caudal hereditario— y que puede aconsejar otra cosa, así como de la voluntad mayoritaria de los copartícipes, expresada a través de pactos, que pueden buscar de otro modo su mayor ventaja.

Por ello, a pesar de los caracteres absolutos de la facultad de pedir la división, no esta exenta de limitaciones. ABELLA RUBIO⁵⁵⁰ las distingue en limitaciones ajenas a la voluntad de los copartícipes (derivadas, por un lado, de la exigencia de la buena fe y, de otro, de las limitaciones impuestas por el testador o donante a que la herencia o cosa donada sea objeto de división) y dependientes de ella, y que se refieren principalmente a las derivadas de los pactos de indivisión entre los coherederos.

Cierta normativa sectorial de carácter imperativo impone, además, limitaciones a la división por lo que se deben respetar los límites a la propiedad el interés público y privado y, en particular la legislación urbanística, forestal y agraria, incluido el ré-

⁵⁵⁰ABELLA RUBIO, José María. *La división de la cosa común en el Código Civil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 159 y sigs.

gimen de las unidades mínimas de cultivo. Este es, además, el criterio sentado por diversas resoluciones de la DGRN, las cuales señalan que ni siquiera el hecho de que la adjudicación sea resultado de un procedimiento judicial permite eludir la normativa sectorial.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 782.1º de la LECiv, ha modificado el tenor del artículo 1051.1º al ampliar los supuestos en los que un coheredero o, en su caso, un legatario de parte alícuota pueden quedar obligados a permanecer en la indivisión.

9.1.4.3. ¿Es la indivisibilidad material un límite a la facultad de pedir la división?

Es cierto que muchos autores añaden a las anteriores la exclusión de la acción por indivisibilidad material de la cosa, lo que justifica que tratemos aquí de esta cuestión. La indivisibilidad de los bienes aparece consignada en el artículo 401.1º del Cc, conforme al cual, *“sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior [que establece como regla general la posibilidad para cualquier comunero de ejercitar la acción de división], los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”*, lo que se interpreta en el sentido de excluir la división cuando la cosa resulta esencialmente divisible, al menos materialmente, pues establece el artículo 404 Cc que *“cuando la cosa fuere esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio”*. Una norma similar contiene el artículo 1062 Cc para la partición hereditaria: *“cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”*.

En sede de partición, se equipara, pues, a la indivisibilidad esencial el desmerecimiento económico de la cosa, o lo que es lo mismo, su pérdida de valor como consecuencia de la división.

La doctrina ha distinguido tradicionalmente entre:

- (a) La indivisibilidad física o material, que se identifica con la inservibilidad de las cosas para el uso al que se destinan del art. 401 Cc.
- (b) La indivisibilidad económica referida a las *“cosas que desmerezcan al dividirse”*, y en la que pueden incluirse los supuestos de la *“finca que no admita cómoda división”*(art. 821 Cc) y la de la explotación económica que el testador quiere mantener indivisa, conforme al art. 1056.2º⁵⁵¹: *“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no*

⁵⁵¹Redactado por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. l

será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”.

- (c) Y, finalmente, la indivisibilidad jurídica, que se refiere a los supuestos en los que aunque la cosa sería física y económicamente divisible, no lo es desde el punto de vista jurídico, por existir algún obstáculo a ello. La acoge con carácter general el artículo 1062 Cc:

*Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.
Pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.*

El mismo criterio, aunque como veremos con diferencias significativas respecto de los criterios de adjudicación de los bienes, acoge el art. 464-8.2º CCCat.

La reciente STS de 8 de marzo de 2013 recoge las tres causas de indivisibilidad que viene admitiendo la jurisprudencia: indivisibilidad física, inservibilidad y desmerecimiento: Así, en su FJ 3º señala: “*TERCERO.– Esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencia núm. 835/2009, de 15 diciembre, que son tres las maneras que se pueden dar de indivisibilidad: indivisibilidad física, inservibilidad y desmerecimiento, siendo un concepto valorativo deducible de unos hechos (sentencia de 7 de marzo de 1985)”*”. A lo que añade que «*la indivisibilidad puede resultar de que la cosa, en caso de división, quede inservible para el uso a que se la destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien ocasione un gasto considerable (SSTS 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004, 7 de julio de 2006 etc.)... »*.

Ahora bien, la exclusión del ejercicio de la acción de división por indivisibilidad de la cosa no constituye, a juicio de ABELLÁ, una limitación a la facultad de dividir desde el momento en que quien desea ejercitarla puede acudir a la división económica, y, en todo caso, se refiere a la forma de proceder a la división, pero no restringe la facultad de poder ejercer la misma.

Otra parte de la doctrina⁵⁵² interpreta el precepto del artículo 401.1º en relación con los artículos 404 y 1062 Cc en el sentido de que en los supuestos en que la división

⁵⁵²Véase BOSCH CAPDEVILA, Esteve, en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit, págs. 69 y 70. Para ESPÍN ALBA, cuya opinión recoge BOSCH, es importante subrayar para el entendimiento del artículo 401 Cc que la extinción de la comunidad y la división de la cosa no son necesariamente coincidentes, pudiendo salirse de la comunidad sin hacer el reparto físico de la cosa, por lo que el precepto no impide la disolución de la comunidad, sino que limita la división de la cosa común, y en este sentido, afirma, no constituye una excepción a la extinción de la comunidad, sino una limitación a la división material. Véase. ESPÍN ALBA, Isabel, *Comentarios al Código Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 527.

haría la cosa inservible para el uso a que se destina, la exclusión de la acción divisoria significa solamente que, existiendo y pudiendo ejercitarse, no podrá exigirse a través de la misma la división material, y habrá que acudir a la división económica. De lo que resultaría que los preceptos del artículo 401 y del 404 Cc no constituyen normas contradictorias, sino complementarias. La primera trataría de la indivisibilidad debida a la situación en la que la división hace la cosa inservible para su uso, en tanto que el art. 404 Cc trata de la indivisibilidad física del objeto.

Finalmente, para MIQUEL GONZÁLEZ⁵⁵³, el artículo 401.1. Cc excluye la acción de división y no simplemente la división material de la cosa común. La finalidad del legislador es excluir la acción sin hacer distinción entre la división material y la económica.

En efecto, no parece que pueda hablarse fundadamente en nuestro ordenamiento de una acción para exigir la división material del objeto y de otra para obtener su división económica, de manera que pueda decaer una por efecto del artículo 401.1º y subsistir, no obstante la otra. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no siempre es posible acudir a la división económica de la cosa.

Dentro de los supuestos admitidos jurisprudencialmente como de indivisibilidad material⁵⁵⁴, el Tribunal Supremo⁵⁵⁵ no ha admitido esta posibilidad de división económica con carácter general para los supuestos en que no es posible la división material,

⁵⁵³MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *Comentarios al Código Civil*, ob. cit, pág. 1106 y sigs.

⁵⁵⁴Reiterando la doctrina de la Sala, recuerda la STS de 15 diciembre de 2009, que son tres las maneras que se pueden dar de indivisibilidad: indivisibilidad física, inservibilidad y desmerecimiento, siendo un concepto valorativo deducible de unos hechos (sentencia de 7 de marzo de 1985). A lo que añade que «*la indivisibilidad puede resultar de que la cosa, en caso de división, quede inservible para el uso a que se la destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien ocasione un gasto considerable (SSTS 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004, 7 de julio de 2006 etc.). . .*».

La STS de 27 de septiembre de 2011 aclara:

SEGUNDO.— Con respecto a la divisibilidad de la cosa común es constante la jurisprudencia, pudiendo señalar la STS de 7 de julio de 2006, según la cual, “. . . La apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad es un concepto jurídico valorativo, deducible de unos hechos (sentencia de 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996 y las que se citan en ellas); cuya indivisibilidad puede ser física e indiscutible, o que de dividirse la cosa resulte inservible para el uso a que se destina (artículo 401 y sentencia de 10 de noviembre de 1995) o que desmerezca mucho por su división (aplicando el artículo 1062 por remisión del 406), o cuya división acarree gastos excesivos (sentencias de 22 de julio de 2002 y 3 de febrero de 2005). La indivisibilidad de la cosa no excluye la división, ya que ésta puede ser material, adjudicándose cada parte una porción de la misma o económica mediante la venta y reparto del precio, lo que prevé tanto el artículo 404 como el 1062. . .”, añadiendo más adelante la misma sentencia que “La doctrina jurisprudencial sobre el concepto de indivisibilidad jurídica es pacífica, habiendo declarado numerosas Sentencias (entre las que cabe citar las de 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996 y 12 de marzo de 2004) que la misma puede obedecer, bien a resultar (caso de división) inservible la cosa para el uso a que se destina, bien un anormal desmerecimiento, ora a la originación del gasto considerable a los partícipes”.

⁵⁵⁵Sin ánimo exhaustivo, el Tribunal Supremo ha admitido como principales supuestos de indivisibilidad material los siguientes:

sino referida fundamentalmente a los supuestos en que la división haría la cosa inservible para el uso al que se destina y a los del artículo 404 Cc. Por otra parte, no parece posible establecer una radical separación conceptual entre el ejercicio de la acción y su resultado cuando se sabe de antemano que dicho ejercicio no puede conducir a la efectiva división de la cosa, por ejemplo en los supuestos de establecimiento por la ley de unidades mínimas. Y no sólo para estos supuestos. Con referencia a un caso de desmerecimiento de la cosa por la división, ha señalado la STS de 8 de marzo de 2013 que *“En consecuencia nos encontramos. . . ante un supuesto de indivisibilidad jurídica por desmerecimiento de la cosa siendo principio propio de la doctrina jurisprudencial sobre la división de la cosa común aquél según el cual no puede quedar a la decisión de alguno de los comuneros el hecho de llevar a cabo una división física cuando ello comporta una notable depreciación económica del bien considerado en su conjunto”*.

La interesante sentencia de 5 de febrero de 2013, referida a un caso de división entre cónyuges de una única vivienda en copropiedad cuyo uso estaba atribuido a uno de ellos señaló que el precepto del artículo 400 Cc está pensado para el supuesto en que lo que está en comunidad es un único objeto, pero el artículo 406 ordena la aplicación de las normas de la división de herencia a los partícipes en la comunidad en la división de ésta, lo que se adapta perfectamente a la situación en la que lo que está en comunidad es una pluralidad de objetos (STS 12 de julio 1996), planteándose la aplicación de los artículos 1061 y 1062 en lo referente al principio de igualdad de los lotes en la adjudicación, habiendo señalando reiteradamente el TS que no se trata de una igualdad matemática o absoluta sino de una adjudicación presidida por un criterio de equitativa ponderación determinado por las circunstancias de cada caso.

La indivisibilidad material se ha apreciado asimismo en supuestos en que legalmente se encuentra establecida una unidad mínima (como ocurre con las unidades mínimas de cultivo, de monte o urbanística) y en supuestos de atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges separados o divorciados hallándose ésta en comunidad de ambos. En estos supuestos, el TS ha accedido a la división solicitada por el cónyuge no usuario, por entender que el art. 96.4 Cc no debe prevalecer sobre el art. 400 Cc (S. 31 de octubre de 1989), pero con frecuencia haciendo la salvedad de que debía respetarse el uso de la vivienda a la esposa a la que fue concedido.

a) por inservibilidad, cuando la división afectaría a la unidad esencial y, por ende, al uso de la cosa (SS. 19-10-92, 25-11-32, 27-6-85 y 3-4-95).

No obstante, señala el TS que la indivisibilidad por ser la cosa inservible para el uso a que se destina no excluye el ejercicio de la acción de división, sino que conduce a la división económica, es decir, a la venta en subasta con reparto del precio. Lo mismo que la indivisibilidad material del art. 404 Cc (SS: 14-6-1895; 18-3-1897; 11-11-27; 31-12-27 y 9-11-31; 28-11-57; 21-11-60; 31-1-64; 6-6-83 y 19-10-92).

b) por desmerecimiento o pérdida de valor, que el TS extrae de la remisión que el art. 406 hace al art. 1062: (SS. 11-6-76, 7-3-85, 3-4-95, 12-3-96, 25-1-93, 10-11-95). Por el contrario, no la apreció la S. 31-1-64.

c) por incomodidad, en los supuestos de perjuicio económico o excesivo gasto para los comuneros. S. 19-4-1881; 7-3-85, 30-6-93 y 13-7-96.

No hay sin embargo doctrina uniforme en torno a si la apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa es cuestión de hecho sujeta a la apreciación de los Tribunales de Instancia, o bien un concepto valorativo, deducible de unos hechos, pero que no constituye en sí un hecho (SSTS de 11 de junio de 1976 y 7 de marzo de 1985). Al respecto, señaló la STS de 3 de febrero de 2005, que “*la determinación de la indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa desde la perspectiva de la verificación casacional presenta dos aspectos: el fáctico, integrado por los hechos y descripciones que configuran la situación juzgada, de modo que las premisas sentadas solo pueden ser atacadas en casación mediante el error en la valoración de la prueba, y el jurídico —«questio iuris»—, que comprende las valoraciones o calificaciones deducidas de aquellas premisas inmovibles, de forma que el Tribunal de casación siempre puede controlar el contenido puramente axiológico de la resolución de la instancia (Sentencias, entre otras, 11 junio 1976, 30 noviembre 1979, 7 marzo 1985)*”.

La STS de 22 de febrero de 2013 resuelve un caso en el que declarada judicialmente la indivisibilidad de la finca y la necesidad de la venta en pública subasta con admisión de terceros licitadores, los comuneros habían acordado mayoritariamente, pero con exclusión de uno de ellos, la celebración de una subasta previa entre los mismos, declarando la sentencia que “*. . . declarada la indivisibilidad y la necesidad de la venta en pública subasta con admisión de terceros licitadores, no pueden admitirse condicionamientos para la subasta acordados por una parte de los condóminos sin presencia de los restantes, y particularmente la fijación de un precio de venta que, en caso de ser cubierto por cualquiera de ellos, excluiría la celebración de la subasta, pues tal fijación puede ser perjudicial para la comunidad al impedir la eventual obtención de un precio mayor; de modo que, a falta de acuerdo unánime, es necesario que la subasta se celebre sin limitación alguna pudiendo concurrir a ella los condóminos junto con los terceros con el fin de poder lograr la obtención del precio más alto que sea posible*”.

Como ha sugerido GOÑI⁵⁵⁶ al estudiar la extinción de la comunidad ordinaria, la irrenunciable facultad y el indubitado derecho a dividir del comunero parece no ser tan absoluto, sino que en determinadas ocasiones, no procede, bien por imposibilidad, o bien por acuerdo de voluntades de las partes que deciden, en ese caso, permanecer en indivisión, probablemente porque ese estado es más favorable o ventajoso para ellos.

En este sentido, DÍEZ PICAZO afirma que la idea romana de división y extinción de la comunidad de bienes: «*debe ceder paso a necesidades modernas en que se requiere, para la satisfacción de los intereses de los afectados, la permanencia de la situación de comunidad y, en consecuencia, la exclusión de la acción de división mientras el objeto esté destinado a la finalidad que exige esa permanencia*»⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, “La ¿Necesaria? División de la Comunidad de Bienes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, Agosto, 2010, pág. 1841 y sigs.

⁵⁵⁷DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, III, Derecho de Cosas. Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 79.

Distinta es la posición del Derecho civil de Cataluña, en lo que se refiere a los criterios que han de utilizarse para la adjudicación de los bienes indivisibles, optando preferentemente por la adjudicación a uno sólo de los coherederos. El artículo 464-8.2º CCCat establece: “2. *Las cosas indivisibles o que desmerecen notablemente al dividirse y las colecciones de interés artístico, histórico, científico o documental deben adjudicarse de acuerdo con las reglas del artículo 552-11, salvo voluntad contraria del causante o acuerdo unánime de los coherederos*”.

El precepto del art. 552-11.5º CCCat, integrado en el Libro Quinto, relativo a los derechos reales, establece varios criterios sucesivos para la adjudicación de estos bienes en la disolución de las situaciones de comunidad en general: “5. *El objeto de la comunidad, si es indivisible, o desmerece notablemente al dividirse, o es una colección que integra el patrimonio artístico, bibliográfico o documental, se adjudica al cotitular o la cotitular que tenga interés en el mismo. Si existen más de uno, al que tenga la participación mayor. En caso de interés y participación iguales, decide la suerte. El adjudicatario o adjudicataria debe pagar a los demás el valor pericial de su participación, que en ningún caso tiene la consideración de precio ni de exceso de adjudicación. Si ningún cotitular tiene interés, se vende y se reparte el precio*”.

Se evita así la necesidad de acudir al recurso del artículo 1062.2º Cc, es decir, a la venta del bien en pública subasta con admisión de licitadores extraños con sólo que lo solicite uno de los coherederos, solución que el Derecho civil de Cataluña adopta únicamente en último término y exclusivamente para el caso, que se refiere expresamente, de que ninguno de los cotitulares tuviese interés en adjudicarse el bien. Con ello, al tiempo que ofrece una solución más respetuosa con la voluntad de los interesados, acoge el criterio del interés común, al impedir que la actuación de uno sólo de los coherederos (quizás arbitraria) fuerce una venta antieconómica y perjudicial para los intereses de la comunidad, como suele serlo la venta en pública subasta.

9.1.4.4. Cuestión de la mala fe y el abuso del derecho en el ejercicio de la acción de división de la herencia

Como en el ejercicio de toda la facultad o derecho, son límites impuestos por el ordenamiento jurídico a la petición de división de herencia la exigencia de la buena fe y la interdicción del abuso del derecho (artículo 7 Cc).

La buena fe, como principio general que consiste en el respeto a unas normas de conducta colectiva, implícitamente exigidas en cada caso para el término feliz de un negocio jurídico, conforme a unos valores de moral honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia en un momento y lugar determinados (STS de 3 de abril de 1968 y posteriores) es, sin lugar a duda, medida y límite general al ejercicio de los derechos y facultades y por lo tanto también a la de pedir la división de la herencia. DIEZ PICAZO⁵⁵⁸ entiende que su concreción en los supuestos de división tiene lugar a través de la aplicación analógica del artículo 1705 Cc, establecido para la sociedad, que admite

⁵⁵⁸DIEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Vol II, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, págs. 775 y 776.

la disolución por voluntad o renuncia de uno de los socios “únicamente. . . cuando no se ha señalado término para su duración o no resulta éste de la naturaleza del negocio”, pero, en particular para el supuesto de renuncia, añade en el pfo. segundo una regla que introduce el principio de buena fe, al exigir, para que surta efecto que sea hecha “de buena fe, en tiempo oportuno”, además de ponerse en conocimiento de los otros socios. En cambio, señala MIQUEL⁵⁵⁹ que el artículo 7 Cc⁵⁶⁰ hace innecesaria la aplicación analógica del precepto contenido en el régimen de la sociedad.

Las consecuencias de la declaración de mala fe en el ejercicio de la acción de división no pueden consistir, obviamente, en el mantenimiento de la situación de indivisión por tiempo indefinido. Ocurrirá sólo que la división —esa división— no tendrá lugar como consecuencia del ejercicio de esa acción en particular, sin que ello impida que pueda producirse por otra vía y sin perjuicio, claro está de la obligación de indemnización de los daños y perjuicios causados a los copartícipes.

Partiendo de la facultad, reconocida en el Derecho italiano (artículo 717 del Codice Civile) de que el Juez imponga la indivisión del caudal hereditario por un plazo máximo de cinco años, si considera que la inmediata partición conlleva un notable perjuicio para el patrimonio hereditario, se plantea MARTÍN BRICEÑO⁵⁶¹ si ante el silencio del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia, podría el juez desestimar una demanda de partición hereditaria si la considerase perjudicial para el interés común de los coherederos, entendiendo que en principio la respuesta ha de ser negativa, porque debe prevalecer la facultad de pedir en cualquier tiempo la partición que el artículo 1052 Cc a todo coheredero, sin embargo abre la puerta a la posibilidad de que, si la partición solicitada fuese contraria a la buena fe, el juez pudiera desestimarla motivadamente y por tiempo limitado.

El Derecho navarro contiene en la ley 374 de su Compilación una norma específica referida a la buena fe en el ejercicio de la acción divisoria: “*La comunidad pro indiviso es en cualquier momento divisible a petición de uno o más titulares. Sin embargo, cuando se solicite la división contra la buena fe que se debe al acuerdo comunitario, expreso o tácito, habrá obligación de indemnizar el daño causado*”.

En consecuencia, no se impide el ejercicio de la acción de división, pero quien la ejerce contra la buena fe, está obligado a la indemnización de daños y perjuicios. El precepto concreta el ejercicio malicioso de la acción no en una intención dañosa, dirigida a perjudicar a los copartícipes, sino en la mera vulneración del acuerdo comunitario, esto es, en la frustración, como consecuencia de la división, del interés o finalidad común perseguida por los mismos, tanto si dicho acuerdo se recoge de forma expresa como si puede deducirse de su voluntad.

⁵⁵⁹MIQUEL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V. vol II. Dirigidos por M. ALBALADEJO, ed. EDERSA, Madrid, 1985, pág. 458.

⁵⁶⁰Artículo 7.1º Cc: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”.

⁵⁶¹MARTÍN BRICEÑO, María Rosario, “Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa” en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos*, cit, págs. 13 y 14.

La figura del abuso del derecho está elaborada por la doctrina científica y por la jurisprudencia sobre la base del ejercicio de un derecho con la intención de dañar o en la utilización del mismo de un modo anormal y contrario a la convivencia.

Será en cualquier caso necesaria la concurrencia de tres requisitos para su apreciación: que resulte patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho que se pretende y la producción de un perjuicio injustificado (SSTS de 9 de febrero de 1983, 31 de diciembre de 1985, 5 de abril de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991, 5 de abril de 1993, 13 de febrero de 1995, 23 de octubre de 2003)⁵⁶².

Ahora bien, para la apreciación de la concurrencia de los citados requisitos debe tenerse en cuenta que la doctrina del abuso del derecho es contemplada por la jurisprudencia como un remedio extraordinario y excepcional y de alcance singularmente restrictivo (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992 y 15 de febrero de 2000⁵⁶³) al que sólo se puede acudir cuando no existe otra vía para conseguir que el derecho se ejercite dentro de lo que constituyen sus límites normales, habiendo declarado reiteradamente el Tribunal Supremo que no actúa abusivamente quien utiliza su derecho, conforme al apotegma jurídico “*qui iure suo utitur neminem laedit*”⁵⁶⁴ (“el que usa su derecho no daña a nadie”) reconocido en sentencias de 18 de mayo de 1981 y 30 de junio de 1986, entre otras muchas.

Se trata, pues, de una institución de equidad, cuyo objeto es salvaguardar los intereses que todavía no han alcanzado protección jurídica. En consecuencia, como ha señalado la STS 2 de junio de 2013, con cita de la de 7 de junio de 2011, la doctrina del abuso del derecho, no es aplicable en supuestos en los que la actuación controvertida está cubierta por un precepto legal, como ocurre cuando el uso del propio derecho puede tener amparo en lo pactado y en la norma del artículo 1255 del Código Civil que consagra el principio de libertad contractual.

La cuestión es entonces, toda vez que los artículos 1051 y 1052 Cc amparan la petición de división de la herencia para cualquier coheredero en cualquier tiempo y con carácter prácticamente absoluto, si la doctrina del abuso del derecho resulta en particular de aplicación al ejercicio de esta facultad, y en que circunstancias. El tema tiene interés en relación con las dudas que hemos planteado acerca de la posibilidad de esta facultad se ejercite de forma extemporánea —lo que resulta difícil de apreciar dado que carece de límite temporal—, en contra del interés general, o incluso extralimitando su contenido o de forma contraria a la buena fe o con ánimo de perjudicar a la mayoría, forzando una división antieconómica de la herencia, especialmente porque

⁵⁶²Además, es materia dispositiva, lo cual implica que ha de alegarse procesalmente por vía de acción o excepción, pero en cualquier caso no puede invocarse por el responsable de una conducta antijurídica.

⁵⁶³Véanse también, entre otras muchas, las SSTS de. 4 de abril de 1964; 9 de octubre de 1986 y 20 de febrero de 1989; 27 de diciembre de 199 y—28 de noviembre 1992.

⁵⁶⁴Recogido en el Derecho Romano (Leyes 55 y 155, párrafo 1.º, del Título XVII, Libro L, del Digesto) y por las Partidas (regla 14, Título XXXIV, Partida VII).

nuestro ordenamiento no contiene a disposición del juzgador recursos más específicos para impedir estas situaciones⁵⁶⁵.

A nuestro juicio, es posible considerar abusivo el ejercicio de la facultad de pedir la división, cuando, con todas las limitaciones que deriven de su carácter excepcional y, sobre todo, de la facultad que el ordenamiento concede para hacer uso del derecho propio, esa facultad se ejercita de forma “anormal”, esto es, de forma contraria a su finalidad económico-social y a su misión típica, en perjuicio del interés común de los copartícipes —e incluso del propio—, causando una lesión grave al patrimonio común, con intención de causar ese daño y sin provecho para quien hace uso de esa facultad⁵⁶⁶, o en general sin que lo ampare un interés serio de su titular, pues lo cierto es que —aquí radica la esencia de la doctrina del abuso del derecho— esa facultad se concede y se protege solamente en la medida en que sea ejercitada de una manera “normal”, y, más allá de esa normalidad no existe protección; el ordenamiento «no ampara» al derecho, en tanto en cuanto se manifiesta de manera abusiva.

Estos límites que la doctrina del abuso del derecho representa para el ejercicio de los mismos pueden expresarse, en los términos de la STS de 1 de febrero de 2006, como “unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (Sentencias de 8 de julio de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991 y 25 de septiembre de 1996); exigiendo su apreciación, en palabras de la Sentencia de 18 de julio de 2000, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)”.

En materia de división de la comunidad ordinaria, la jurisprudencia se ha mostrado, no obstante, contraria en general a la aplicación de esta doctrina si bien en la mayoría de los casos es posible apreciar que no concurrían los presupuestos relativos a la intención de dañar y de un ejercicio anormal del derecho y contrario a la convivencia sin obtención de beneficio alguno, por lo que primaba para el TS la norma de que no actúa en abuso de derecho quien ejercita una acción reconocida por el ordenamiento a su favor. La actuación voluntaria de las partes que se encuentra en la comunidad ordinaria, a diferencia del carácter forzoso e incidental de la comunidad hereditaria, y,

⁵⁶⁵Fuera, lógicamente, de los que con carácter general proporcionan el artículo 7.2, párrafo segundo del Cc., que autoriza, la adopción de medidas judiciales o administrativas encaminadas a evitar «la persistencia» del abuso, y del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que «los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho». Y del hecho de que la reacción del ordenamiento jurídico ante el acto abusivo sea privarlo de tutela jurídica y convertirlo en fuente de responsabilidad.

⁵⁶⁶La intención de perjudicar el interés común de los partícipes en la comunidad hereditaria no tiene, por otra parte, por que hallarse necesariamente en contradicción con la obtención de un provecho o beneficio propio, si bien, un perjuicio o lesión patrimonial desproporcionado con el beneficio que se obtiene podría mostrar un ejercicio anormal o abusivo de la facultad de pedir la división de la herencia.

la persecución a través de su constitución de una finalidad económica deben asimismo tenerse en cuenta en el análisis de las soluciones jurisprudenciales.

Así, la STS de 4 de julio de 2003⁵⁶⁷, entendió que no existía abuso de derecho por el ejercicio de la acción divisoria, y, habiéndose aducido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, señaló que éste se refiere a las dos partes del proceso, de efectuarse, como en ese caso, sin traspasar los límites de la equidad o de la buena fe, pues si bien existía un pacto de indivisión, el mismo era de duración temporal, y ya se había extinguido. En definitiva: *“Como señalaron las sentencias de esta Sala de 20 de febrero de 1992 y 11 de julio de 1994 el ejercicio abusivo de un derecho solo existe cuando se hace con intención de dañar o utilizando el derecho de modo anormal y contrario a la convivencia y como remedio extraordinario sólo puede acudirse a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos, como exige el artículo que el motivo invoca, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico. Por su parte, la sentencia de 30 de junio de 1998 recoge que no se deduce tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad o de la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (sentencias de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima qui iure suo utitur neminem laedit (sentencias de 17 de abril y 17 de noviembre de 1965 y 12 de febrero de 1966), salvo que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis (sentencias de 4 de abril de 1932, 20 de abril de 1933 y 13 de junio de 1942)”*.

La STS de 20 de febrero de 1989 entendió asimismo que la solicitud de división de las referidas fincas no puede estimarse productora de una situación de abuso de derecho desde el momento en que autorizada por un precepto legal, como el artículo 404 del Código Civil, lo impide la correcta aplicación del principio de que quien use de él no cabe entender que abuse de su derecho.

La STS de 27 de diciembre de 1994⁵⁶⁸ resolvió un caso en el que se alegaba que la venta de la cosa común en pública subasta como medio de salir de la situación de in-

⁵⁶⁷En distintas ocasiones, el Tribunal Supremo ha afirmado la aplicabilidad de la doctrina del abuso del derecho, aunque sin que procediera apreciarla en los casos estudiados (SS. 4-4-64; 27-12-94; 9-10-86 y 20-2-89).

⁵⁶⁸La actora fundamentó la acción para poner fin al estado de indivisión mediante la venta de las fincas en pública subasta, en el hecho de que no se había llegado a ningún acuerdo para adjudicar las fincas a uno de los comuneros, ya que las mismas eran esencialmente indivisibles y, en cualquier caso, desmerecerían mucho por su división debido a que formaban una unidad de explotación negocia!. Para fundamentar la actuación abusiva y contraria a la buena fe en el ejercicio de la acción, la demandada alegó que la actora había ido adquiriendo de los copropietarios las cuotas indivisas que a cada uno le correspondía en el condominio hasta hacerse la mayoritaria, *“y para completar su plan de quedarse como única titular de todo, acude al ejercicio de la acción de división, que de prosperar dejaría a la recurrente privada de su propiedad, cuando no ha querido desprenderse de sus cuotas indivisas, porque las fincas se venderían en pública subasta. La presente situación es la de una situación de comunidad buscada deliberadamente con el fin de hacerse dueña exclusiva del negocio de explotación del balneario en las fincas mediante el procedimiento de obligar a la recurrente a transigir con la actora en términos no convenientes para la primera o, de lo contrario, verse abocada al procedimiento de la pública subasta”*.

división resultaba contraria a la Constitución por implicar una pérdida de la propiedad no motivada por el interés general, sino particular y económico, ni voluntaria, y sin mediar procedimiento expropiatorio. La sentencia desestimó el recurso, entendiendo que de la Constitución no se sigue la prohibición de subasta judicial como medio de salir de una situación de indivisión, ni hay ninguna pérdida de la propiedad sin procedimiento expropiatorio, sino transformación en su equivalente dinerario (precio obtenido en la subasta), que sigue siendo de los comuneros. Añade la resolución que se estaba ante una situación en la que, fracasadas las negociaciones económicas, una de las partes —la recurrente— pretendía por ello que la comunidad perdurase, evitando que la otra alcanzase la finalidad que pretendía al comprar cuotas indivisas, y esa conducta no puede ampararse contra lo dispuesto en el art. 400 del Código Civil, precepto de honda raigambre histórica que no se ve cómo puede estar en contradicción con la Constitución, ni tampoco la venta en pública subasta ante la falta de acuerdo de los comuneros para adjudicar la cosa común a uno de ellos pagando su precio a los demás. Además, ante la subasta pública las partes están en una posición de igualdad jurídica, pierden las dos su propiedad actual en favor del adjudicatario que pague el precio, adjudicatario que lo mismo puede ser un tercero que cualquiera de ellas.

Ahora bien, como hemos tenido ocasión de señalar, incluso sin acudir a la doctrina del abuso del derecho y a la exigencia de la buena fe como medida del ejercicio de los derechos, el ejercicio de la facultad de pedir la división encuentra el obstáculo de la indivisibilidad por desmerecimiento de la cosa cuando determina su depreciación. Así, la STS de 8 de marzo de 2013 recuerda que en tales casos la división física no puede quedar a la decisión de alguno de los comuneros:

En consecuencia nos encontramos... ante un supuesto de indivisibilidad jurídica por desmerecimiento de la cosa siendo principio propio de la doctrina jurisprudencial sobre la división de la cosa común aquél según el cual no puede quedar a la decisión de alguno de los comuneros el hecho de llevar a cabo una división física cuando ello comporta una notable depreciación económica del bien considerado en su conjunto.

Aunque dictada para la comunidad ordinaria, creemos que es doctrina aplicable al supuesto de que el ejercicio de la acción de división de la herencia implique desmerecimiento, no ya para los bienes concretos, sobre la que antes de la partición no ostentan los coherederos titularidad dominical, sino para el patrimonio hereditario, sobre el que ostentan cuotas ideales, y que el desmerecimiento económico patrimonial se erige en un límite, cuya valoración corresponde al Juez, para el ejercicio individual de esta facultad, incluso cuando la divisibilidad jurídica es posible, pero a costa de la depreciación económica del patrimonio.

9.2. La prórroga de la situación de indivisión en la comunidad hereditaria

9.2.1. Situaciones que dan lugar a la prórroga de la indivisión en la comunidad hereditaria

La Ley no establece plazo máximo de duración para la comunidad hereditaria, de modo que, mientras ninguno de los coherederos haga uso de la facultad de instar la división⁵⁶⁹, o éstos no convengan en llevarla a cabo extrajudicialmente, la herencia permanecerá en situación de indivisión y la comunidad hereditaria vigente.

Pero el testador o los coherederos por acuerdo unánime pueden asegurar un periodo de indivisión a través de la exclusión de la posibilidad de ejercicio del derecho a pedir la división de la herencia que se reconoce, en los arts. 1051 y 1052 del Cc durante incierto tiempo, variable en función de los distintos ordenamientos civiles territoriales, y esta exclusión puede tener lugar también por otras causas, como la indeterminación de los coherederos, o de las cuotas, o el desarrollo de un proceso concursal.

En todos los casos, se determina una prórroga, a la que como veremos se admiten excepciones, del estado de indivisión propio de la comunidad hereditaria que presenta cuestiones de interés para el estudio.

9.2.1.1. Convenio de indivisión entre coherederos

El pacto de indivisión entre los copartícipes en la comunidad se admite desde el Derecho romano⁵⁷⁰, que reconoce su validez sólo cuando se realiza por cierto tiempo y “aprovecha también a la calidad de la cosa”. En virtud del mismo, los coherederos se obligan a mantener la herencia indivisa por un cierto tiempo, restringiendo así la facultad de ejercicio de la *actio familiae erciscundae*.

Dado que el Código civil no regula este pacto para la comunidad hereditaria, nuestra doctrina ha discutido desde antiguo sobre la admisibilidad del pacto o convenio de indivisión entre los coherederos, que traspasa a la división hereditaria una facultad que el Código admite de forma expresa, *a priori*, solamente para la división de la comunidad ordinaria en el pfo. 2º del artículo 400.

⁵⁶⁹Cuya acción es como sabemos, imprescriptible, conforme a los arts. 1965 Cc, 121-2 CCCat y ley 41.3 CDFNav.

⁵⁷⁰Se establece en el Digesto (10, 3, 14, 2): “*Si conveniat, ne omnino divisio fiat hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; si autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet*”.

Así, se planteó MANRESA⁵⁷¹ si esta norma que el artículo 400 Cc admitiendo este pacto para los copropietarios por tiempo determinado sería de aplicación también a los coherederos. En contra de su admisibilidad, indicaba, jugaban dos circunstancias: de un lado, que los arts. 1051 y 1052 Cc no repiten la excepción consignada en el artículo 400 Cc; de otro, que así como el artículo 406 Cc declara aplicable a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia, no existe en la regulación de ésta artículo alguno que declare a su vez aplicables a la división hereditaria las reglas aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad. Por otra parte, la expresión “en cualquier tiempo” empleada por el artículo 1051 Cc podría interpretarse como un medio para reforzar el principio de que ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión, principio que estaría en al menos aparente contradicción con la obligación a la que forzaría el pacto.

No obstante lo anterior, MANRESA estimaba que la excepción consignada en el artículo 400 Cc a favor del pacto o convenio de indivisión por un plazo máximo de diez años, prorrogable, resultaba también aplicable a los coherederos. Entre otros argumentos, afirmaba el autor, que, por un lado, la expresión “*en cualquier tiempo*” se lee también en el artículo 400 c. c, y, sin embargo, en éste se admite el pacto; por otro, el artículo 1051 Cc se halla inspirado en un criterio de libertad: ningún coheredero puede ser obligado, se entiende por los demás, a permanecer en la indivisión de la herencia, pero esto no impide que cada coheredero se obligue, si quiere, voluntariamente. Refuerza el autor su postura con un criterio pragmático, el de que “en muchas ocasiones es conveniente a todos prolongar algún tiempo el estado de indivisión”.

En nuestro Derecho, los coherederos pueden, en el uso de su voluntad autónoma, y en atención a cualesquiera intereses, convenir en que, a pesar de la facultad que el artículo 1051 Cc concede para pedir en cualquier tiempo la división de la herencia, se mantendrán en la indivisión durante un cierto tiempo, renunciando así al ejercicio de la acción. Y aunque el Código Civil no reconoce expresamente la posibilidad del convenio entre herederos en sede de división de herencia —a diferencia de los Derechos civiles autonómicos de Cataluña, Aragón y Navarra—, como hemos señalado, ésta encuentra en nuestro Derecho común fundamento en la libertad de pacto del art. 1255 Cc y resulta de la aplicación analógica del artículo. 400 Cc, que lo admite para la comunidad ordinaria con el límite temporal de diez años, susceptible de prórroga a través de una nueva convención.

El pacto de indivisión entre los coherederos puede no solamente servir a necesidades e intereses económicos o a la consecución de ciertos fines que, por cualquier causa, hagan inconveniente, en beneficio de la masa hereditaria, dejar la partición de la misma a la decisión de uno cualquiera de ellos, sino que puede también ser útil para habilitar

⁵⁷¹MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VII, sexta ed. Revisada por Francisco BONET RAMÓN, Ed. Instituto editorial Reus, Madrid, 1943, págs. 612 y sigs. Cita el autor las opinión de de GARCÍA GOYENA en contra de la aplicación de la posibilidad del pacto de indivisión entre comuneros a los coherederos por entender que la facultad de pedir la partición de la herencia que reconocía el artículo 893 del Proyecto de Cc de 1851 a cualquier heredero que tuviera la libre administración de sus bienes “*en cualquier tiempo*” rechazaba todo pacto, aunque fuera por tiempo limitado.

un periodo preparatorio de la partición en el que se conozca y ordene la situación de los bienes, se realicen sobre los mismos los actos de administración o disposición, y se facilite una partición más ordenada, equitativa y beneficiosa para los intereses del conjunto de los coherederos. Por otra parte, téngase en cuenta que el pacto impide la facultad de pedir la división, pero no impide a cualquiera de los coherederos salir de la comunidad mediante la disposición de su cuota.

Debe advertirse, no obstante, que el Código civil no exige que el acuerdo de indivisión vincule a la totalidad de los coherederos⁵⁷². Siendo su suscripción voluntaria, no podrá vincular a los que no fueran parte del mismo, quienes conservan la acción para pedir la partición de la herencia, con el efecto, de ejercitarse, de producir la extinción de la comunidad hereditaria. En opinión de DIEZ PICAZO⁵⁷³ en este caso, la división ha de ser de la cosa entera, y no solamente de la parte del que la solicita sin haber tomado parte en el pacto.

Se ha planteado la cuestión de si el pacto o acuerdo de indivisión produce efectos solamente entre los coherederos o, por el contrario, tiene algún tipo de eficacia frente a terceros, es decir, si debe atribuírsele eficacia puramente obligacional o si está dotado de eficacia real. Las consecuencias son trascendentes, por ejemplo, a efectos de la enajenación de la cuota de un coheredero, que, de estimarse el pacto de indivisión como de carácter obligacional, no impondría al adquirente la “carga” de mantenerse en la comunidad y podría, por lo tanto, en cualquier momento, instar la división, en tanto que, de entenderse como real, le vincularía durante su vigencia.

Entiende GODOY DOMÍNGUEZ⁵⁷⁴ que el pacto de indivisión tiene un indudable carácter contractual en tanto que acuerdo voluntario y libre que conlleva la renuncia temporal al ejercicio de la acción divisoria y por lo tanto, en principio, vinculante solo para quienes lo suscriben y no para terceros ni para los copartícipes que no fueron parte del mismo.

⁵⁷²El acuerdo unánime se exige sin embargo de manera expresa en los Derechos civiles de Aragón (art. 365.2º del Código de derecho Foral) y Cataluña (art. 463.2 del Código Civil de Cataluña).

⁵⁷³DIEZ PICAZO, Luís, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol II, ob. cit, pág. 776.

⁵⁷⁴GODOY DOMÍNGUEZ, Luis A., “El carácter real o personal del pacto de indivisión”, *RCDI* núm. 67, Abril 1995, págs. 605 y sigs. A favor de la tesis de la eficacia meramente personal del pacto cita el autor las opiniones de BELTRÁN DE HEREDIA, ALBALADEJO y, en la doctrina italiana, BARBERO, BARASSI y SALIS. Para BELTRÁN DE HEREDIA, no obstante la eficacia personal del pacto, quedan obligados los herederos de los firmantes y los acreedores singulares de cualquiera de los copartícipes que hayan suscrito el pacto, quienes no podrían solicitar la división, pues en tal caso actuarían un derecho ajeno y no propio, Respecto de los sucesores a título singular, quedarían obligados por el pacto si el comunero transmitió una parte de la cosa para el momento de la división, pero no si hubiera dispuesto de su cuota, puesto que el cesionario, salvo pacto en contrario, resultaría ajeno al pacto y, de solicitar la división, lo haría en ejercicio de un derecho propio, y no ajeno. Véase BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el derecho español*, Madrid, 1954, págs. 339 y sigs. La crítica a la posición de BELTRÁN DE HEREDIA puede verse en AZPITARTE CAMY, Rafael, “Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal”. Para este autor, la tesis de la eficacia meramente obligacional del pacto dejaría reducido el art. 400.2º Cc en la práctica a una pura entelequia.

Sin embargo, son muchos los autores, entre ellos SCAEVOLA, DIEZ-PICAZO, LACRUZ, PUIG PEÑA o MANRESA⁵⁷⁵, que mantienen la eficacia real del pacto de indivisión frente al cesionario de cuota, por entender que éste se subroga en la posición jurídica del copartícipe, y el compromiso de éste de no ejercitar durante cierto tiempo la acción de división no puede sino vincularle, ya que el cesionario continúa la personalidad del cedente en todo aquello que haya sido objeto de la cesión. Lo que, desde luego, resulta compatible con el carácter relativo de los contratos que proclama el art. 1257 Cc, que no impide la afectación de los mismos a los causahabientes a título particular, que ingresan en la situación jurídica en la posición del contratante. Sin embargo, señala acertadamente MIQUEL⁵⁷⁶ que lo que se cede al tercero es la posición del comunero a la comunidad y si ésta, en virtud del pacto, excluye temporalmente la posibilidad de solicitar la división, no podrá el cesionario ejercitar un derecho que el cedente no ostentaba en el momento de la transmisión y, por lo tanto, no pudo transmitirle.

Existe además otra manifestación de esta eficacia real ligada a la modificación del contenido del dominio que el pacto de indivisión opera. El ejercicio de la acción divisoria que el pacto impide no es sino desenvolvimiento o concreción de una de las facultades que integran el condominio y por lo tanto puede afirmarse, con GODOY DOMÍNGUEZ⁵⁷⁷ que el pacto, al excluir el *ius dissolvendi*, modifica la configuración del propio dominio ya que incorpora una limitación a una facultad constitutiva del mismo. Esta eficacia modificativa del derecho real de dominio da al pacto de indivisión acceso al Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que admite el ingreso en el mismo de cualquier contrato de trascendencia real que, “*sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales*”.

a) Supuestos de ineficacia del pacto de indivisión

Ahora bien, como nacida de pacto, esta convención cede, y es posible instar la división, fundamentalmente en los siguientes casos:

- (a) Cuando los coherederos alcanzan de nuevo acuerdo unánime que deje sin efecto el pacto de indivisión (“*Ocontrarius consensus*”).

⁵⁷⁵Citados por GODOY DOMÍNGUEZ, “*El carácter personal o real del pacto de indivisión*”, ob. cit, pág. 610.

⁵⁷⁶MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit, pág. 460.

⁵⁷⁷GODOY DOMÍNGUEZ, “*El carácter personal o real del pacto de indivisión*”, ob. cit, pág. 612. El autor admite, conforme a la opinión de un sector la doctrina, que a través del pacto nacen obligaciones *propter rem* en tanto que “*asentadas sobre el pacto de indivisión y transmisibles con los derechos sobre aquel hasta su extinción por el transcurso del tiempo señalado a su vigencia*”.

- (b) Según acepta generalmente la doctrina⁵⁷⁸, a instancia de cualquiera de ellos en el caso de que exista una razón o motivo justo que justifique poner fin al estado de indivisión pactado.

Los artículos 463-2.4º CCCa. y art. 365.3º CDF Arag reconocen expresamente esta posibilidad, justificando la partición, a pesar del convenio en caso de concurrencia de una justa causa sobrevenida.

El primero de los preceptos establece: “4. Aunque exista una prohibición o un pacto de indivisión, el juez, a instancia de cualquier coheredero, puede autorizar la partición o un anticipo parcial en bienes de la herencia o en dinero aunque no haya, si sobreviene una causa justa”.

La norma del Código Foral aragonés dispone: “3. Aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida”.

El Código civil no prevé expresamente en este caso la posibilidad de la partición por concurrencia de una justa causa, aunque doctrina y jurisprudencia coinciden, como veremos, en admitirla, y acepta la división contra la prohibición establecida por el testador solamente “si concurre alguna de las causas por las que se extingue la sociedad” (art. 1051.2º Cc).

- (c) En algunos supuestos, por decisión del Juez. Así, la Ley 374.2 CDF Nav establece que el pacto de indivisión podrá ser dejado sin efecto “por la decisión del Juez fundada en la falta de utilidad de la indivisión”.

El señalamiento del plazo se considera esencial para la eficacia del pacto, según ha declarado desde antiguo la jurisprudencia, (STS de 12 de diciembre de 1927), por lo que éste no surte efectos si el plazo no se ha señalado o si resulta indeterminado.

En relación con el pacto de los comuneros de mantenerse en la comunidad durante cierto tiempo, se plantea ALBALADEJO⁵⁷⁹ si dicho consenso modifica en algún punto la regulación aplicable a ésta. LACRUZ⁵⁸⁰ considera indiscutible la aplicación, por analogía, a la situación nacida de este convenio del art. 1695 Cc, pues aunque el acuerdo de los coherederos de permanecer en la indivisión no de nacimiento, sin más, a un nuevo ente social, si hay aquí un elemento de confianza mutua entre los contratantes

⁵⁷⁸Véase CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús, *Comentarios al Código Civil*. Comentario al artículo 1056 Cc. Ed. Bosch, 2006. En este mismo sentido, ECHEVARRIA SUMMERS, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Rodrigo BERVCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Ed, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pág. 562. Para muchos de estos autores, la ineficacia del pacto de indivisión cuando media justa causa, tiene fundamento en la aplicación analógica del artículo 1707 Cc. Otros sin embargo, como BOSCH CAPDEVILA consideran que dicha aplicación analógica solamente procede cuando se trate de una comunidad de tipo dinámico, esto es, dirigida a una explotación de los bienes, pero no cuando su finalidad sea meramente conservativa. Véase BOSCH CAPDEVILA, Esteve, en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit, pág. 57.

⁵⁷⁹ALBALADEJO, M, *Derecho Civil*, ob. cit, pág. 123.

⁵⁸⁰LACRUZ BERDEJO, José Luís, *Elementos de Derecho Civil*, Vol V, 4ª ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Ed. Dykinson, 2009, pág. 97

que justifica la gestión por cada uno de ellos en la misma forma que en la sociedad. Según este autor, y como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, cuando la división del caudal se retrasa indefinidamente, será necesario examinar las causas de esta demora para así saber si a tal situación prolongada de pluralidad de titulares se le aplica el régimen de la comunidad hereditaria u otro más orgánico, en el que se tenga en cuenta la existencia de una empresa común (SSTS de 16 de abril de 1942 y 21 de diciembre de 1965).

b) Efectos del incumplimiento del pacto de indivisión

Una parte de la doctrina⁵⁸¹ entiende que el pacto de indivisión no impide el ejercicio de la acción, incluso por alguno de los coherederos que lo suscribieron, si bien la eficacia del pacto se traducirá en la posibilidad de exigir daños y perjuicios a quien lo incumpla. Tampoco impide a los coherederos disponer de su cuota, si no se ha pactado lo contrario. La afectación del pacto respecto a terceros en estos casos seguirá distinta vía según se trate de sucesores por causa de muerte, que quedarán vinculados por el pacto en virtud de la regla general del art. 1257.1 Cc, o de transmisiones entre vivos, en cuyo caso, el pacto de indivisión les afectará sin duda si ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad. Si no está inscrito, la cuestión es más dudosa, pero la mayoría de la doctrina defiende la vinculación a terceros, ya que, de lo contrario, el pacto podría defraudarse por la mera transmisión a terceros y además, como señala MIQUEL⁵⁸², el derecho del comunero se transmite tal como es, por lo que “el adquirente obtiene una cuota-parte en una comunidad en la que el derecho a pedir la división ha sido eliminado durante cierto tiempo”.

La Ley 374.2 CDFNav, en sede de comunidad ordinaria, amplía la eficacia del pacto de indivisión al establecer “*obliga no sólo a los copropietarios, sino también a sus causahabientes*”

c) Derechos civiles territoriales de Aragón, Cataluña y Navarra

A diferencia de nuestro Derecho común, en el que es necesario hacer uso de la aplicación analógica del régimen propio establecido para la comunidad ordinaria y del principio general de libertad de pacto del artículo 1255 Cc, la posibilidad del pacto de indivisión entre los coherederos aparece expresamente reconocida en los Derechos civiles territoriales de Aragón, Cataluña y Navarra.

En el Derecho civil de Aragón, el artículo 365 del Código del Derecho Foral 22 de marzo de 2011 regula la facultad de pedir la división en los siguientes términos:

Artículo 365. Derecho a la división.

1. *Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad.*

⁵⁸¹ Así, ob. cit, pág. 55.

⁵⁸² MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario al Código Civil*, vol I, ob. cit, pág. 1104. Citado por BOSCH CAPDEVILA, Esteve, “Efectos de la división de la cosa común”, en *División de la comunidad de bienes*, ob. y loc. cit. supra.

Sin embargo, su párrafo segundo reconoce, como excepción, la posibilidad de que el propio disponente establezca o los herederos acuerden mantener la herencia en indivisión durante plazos más amplios que los previstos en el Cc:

2. No obstante, el disponente podrá ordenar que tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de esta no se proceda a la partición durante un tiempo determinado, que no podrá exceder de quince años a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo. Igualmente, los partícipes podrán convenir unánimemente la indivisión por un plazo máximo de quince años. En ambos casos, podrá prorrogarse la indivisión por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años.

La prohibición o pacto de indivisión se encuentran sin embargo sujetas a la apreciación judicial de justa causa sobrevenida:

3. Aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida.

En el Derecho civil de Cataluña, establece el artículo 464. 1º del Código Civil de Cataluña que «*Todo coheredero puede solicitar, en cualquier momento, la partición de la herencia, excepto en los supuestos de indivisión... convenida por los herederos de acuerdo con la Ley*». El artículo 463.2. admite que los herederos puedan acordar «*unánimemente, que, tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta, no se haga la partición durante un plazo que no puede exceder de diez años a contar de la apertura de la sucesión*».

Sin embargo, en el caso del inmueble que sea residencia habitual de uno de los coherederos, si éste es cónyuge, conviviente estable o hijo del causante, el plazo puede llegar hasta los 15 años⁵⁸³.

Finalmente, en el Derecho Civil de Navarra la ley 331 del Fuero Nuevo admite tanto la prohibición de dividir por el causante, como por acuerdo de los coherederos, en ambos casos de forma limitada en los supuestos y en el tiempo:

Cualquiera de los herederos podrá exigir en todo tiempo la división de la herencia, excepto en los casos siguientes:

1. Cuando el causante hubiere ordenado la indivisión, bien por todo el tiempo que dure el usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo, bien por el tiempo que falte para que el heredero de menos edad tome estado o, aun sin contraerlo, llegue a los veinticinco años, bien, en cualquier otro caso, por un plazo máximo de diez años a contar del fallecimiento.

2. Cuando los herederos lo acuerden por el tiempo y en cualquiera de los supuestos previstos en el número 1). Mediante nuevo acuerdo estos plazos podrán prorrogarse por término que, cada vez, no sea superior a diez años.

⁵⁸³Lo que, como ha señalado DEL POZO CARRASCOSA constituye un beneficio que se concede a uno de los coherederos, sin que se prevea la obligación de compensación. Véase. DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en *División de la comunidad de bienes*, cit, pág. 205.

9.2.1.2. Prohibición expresa de dividir impuesta por el testador

La prohibición de dividir ordenada por el testador aparece recogida en el último inciso del art. 1051 Cc (“... *a menos que el testador prohíba expresamente la división*”) como una facultad reconocida al testador que constituye una excepción al libre ejercicio del derecho a pedir la división, una facultad dispositiva consagrada por el propio artículo 1051 en su primer inciso “*Nadie podrá ser obligado a permanecer en la indivisión...*” y, para la comunidad ordinaria, por el artículo 400 Cc.

Ahora bien, esta forma de indivisión impuesta por el testador no puede en ningún caso imponerse a los herederos forzosos, puesto que constituye una forma de gravamen sobre su legítima. Es cierto que el disponente puede prever la cláusula en su testamento bajo la forma de una *cautela socini*⁵⁸⁴, de manera que los legitimarios que no acepten la prohibición de dividir recibirán exclusivamente la legítima estricta.

Precisamente en atención a su carácter extraordinario, en tanto que excepciona el principio general del libre ejercicio de la acción divisoria de la herencia, suspendiéndolo temporalmente, la facultad del causante para prohibir la división no puede ejercerse de forma arbitraria, sino que ha de hallarse fundada en una causa justa, ya que constituye para los coherederos un gravamen. Su naturaleza se asimila, así a la de una prohibición de disponer sujeta al régimen general del artículo 26 de la Ley Hipotecaria⁵⁸⁵, y en consecuencia tiene acceso al Registro de la Propiedad en los términos de esta norma.

Como hemos advertido, a pesar de que el precepto exige que la prohibición impuesta por el testador de realizar la partición lo sea de manera expresa, se entiende establecida cuando en el testamento se haya designado a una persona encargada de realizar la partición, y entonces los coherederos quedarán sujetos a permanecer en la comunidad en tanto en cuanto no sea realizada la división por la persona que asumió dicha obligación (Resolución de la D: G: R: N de 28 de abril de 1945), sin poder, mientras dure el encargo de ésta, solicitar la división. Sin embargo, como también ha declarado la DGRN en Resolución de 29 de enero de 1998, la mera presencia de sucesores cuya institución está sometida a una condición suspensiva no debe impedir al resto de los instituidos el ejercitar su derecho para salir de la indivisión.

Tampoco es imprescindible que la prohibición esté contenida en un testamento. Puede estarlo en otros instrumentos por los que se realizan disposiciones de última voluntad, como ocurre con las donaciones *mortis causa*, los pactos sucesorios, los codicilos o las memorias testamentarias.

⁵⁸⁴ Como ha admitido el TS en S. de 12 de diciembre de 1956

⁵⁸⁵ Establece el artículo 26 de la Ley Hipotecaria:

Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:

... Tercera. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez.

CORBAL FERNÁNDEZ⁵⁸⁶ ha destacado el carácter restringido del alcance de la prohibición, señalando que, por un lado no puede afectar a la parte de legítima (art. 813 Cc), que de otro modo quedaría limitada. Por otro lado, el propio Cc establece que, a pesar de la prohibición del testador, se puede pedir la división cuando sea de aplicación alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad. Se trata, como hemos visto, de una remisión en bloque a las normas de los arts. 1700 y ss., cuya aplicación en sede de comunidad hereditaria no es sencilla, siendo necesaria una labor de adecuación, que exige contemplar las características específicas de la comunidad que, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad en nuestro ordenamiento jurídico, no es una figura contractual.

La facultad del testador de imponer la indivisión temporal del caudal hereditario ha sido acogida también por la legislación civil de distintas Comunidades Autónomas con derecho civil propio:

Así, la ley 331 del Fuero Nuevo de Navarra establece:

Cualquiera de los herederos podrá exigir en todo tiempo la división de la herencia, excepto en los casos siguientes:

1. Cuando el causante hubiere ordenado la indivisión, bien por todo el tiempo que dure el usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo, bien por el tiempo que falte para que el heredero de menor edad tome estado o, aun sin contraerlo, llegue a los veinticinco años, bien, en cualquier otro caso, por un plazo máximo de diez años a contar del fallecimiento. . . .

La prohibición de dividir la herencia aparece de este modo reconocida en el Derecho navarro al causante— y no solamente al testador, como hace el artículo 1051 Cc —y vinculada a la figura del usufructo viudal y, por tanto, al tiempo de vida del cónyuge viudo, o a un tiempo calculado en función del heredero de menor edad, o bajo una cláusula abierta “a cualquier otro caso”, pero limitada a un máximo de diez años.

Como hemos visto, también el Derecho civil de Cataluña (artículo 464.1º del CC-Cat reconoce la facultad del causante de imponer la indivisión del caudal hereditario:

“Todo coheredero puede solicitar, en cualquier momento, la partición de la herencia, excepto en los supuestos de indivisión ordenada por el causante. . . de acuerdo con la ley”. El artículo 463-2.4 establece: *“Aunque exista una prohibición o un pacto de indivisión, el juez, a instancia de cualquier coheredero, puede autorizar la partición o un anticipo parcial en bienes de la herencia o en dinero aunque no haya, si sobreviene una causa justa”*.

La causa o motivo justo que hace ineficaz la prohibición o convenio que prohíbe la división ha de ser sobrevenida, y no haber podido preverse, como expresamente exige el precept.

Finalmente, dispone el artículo 365 CDF Arag.

⁵⁸⁶Véase CORBAL FERNÁNDEZ, J, *Comentarios al Código Civil*. Tomo V. Comentarios a los artículos 1051 a 1055. coord. por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, ob. cit.

1. Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad. 2. No obstante, el disponente podrá ordenar que tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de esta no se proceda a la partición durante un tiempo determinado, que no podrá exceder de quince años a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo.

El Derecho aragonés, por tanto regula la prohibición de partir ordenada por el disponente admitiéndola tanto respecto de la totalidad de la herencia como con relación a bienes concretos de la misma, por plazo máximo de quince años y con admisión de la facultad judicial de autorizar, pese a la prohibición, la partición “... a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida” (art. 365.3º).

En todo caso, parece que corresponderá a la autoridad judicial la apreciación de la causa o motivo, bajo criterios de interés común de los coherederos.

9.2.1.3. Indeterminación temporal de los herederos o de las cuotas. El efecto de suspensión de la partición

La indeterminación temporal de los herederos o de las cuotas que a los mismos corresponden produce el efecto de suspender la partición, impidiendo temporalmente que se lleve a cabo y que tenga lugar su efecto típico: la atribución a los coherederos de titularidades exclusivas sobre bienes determinados.

Se suspende así la división de la herencia cuando existe incertidumbre acerca de quienes son los herederos (o alguno de ellos) o sobre las cuotas hereditarias⁵⁸⁷. Como hipótesis se citan, entre otras muchas la institución de heredero bajo condición suspensiva, cuando no se sabe si alguno de los llamados aceptará o repudiará la herencia, la pendencia de un juicio de filiación del que dependa la condición de heredero (hasta que se resuelva por sentencia firme), la pendencia de un expediente de adopción (hasta que recaiga resolución definitiva), la duda sobre la supervivencia de uno de los llamados respecto del causante, cuando se espera el nacimiento de un concebido (hasta que se produzca el nacimiento o el aborto, conforme al art. 966 Cc) o llamado a la herencia, o en caso de hallarse instituida una fundación en el testamento, antes de que esta se constituya.

Procede asimismo la suspensión de operaciones particionales cuando se plantea la oposición de los acreedores a que se practiquen. Ahora bien, para delimitar el efecto suspensivo de la partición que la oposición puede producir ha de tenerse en cuenta el momento en que puede ejercitarse. Entendemos que el derecho de oposición puede ejercitarse desde que se insta el proceso de partición judicial (para la cual carecen de legitimación) hasta el momento anterior a la entrega de los bienes adjudicados a cada coheredero. Sin embargo, no parece que el ejercicio de este derecho permita sin más interrumpir el proceso particional. De hecho, el TS ha declarado en Sentencia de 5 de

⁵⁸⁷Véase CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús, *Comentarios al Código Civil*. Tomo V. Comentarios a los artículos 1051 a 1055, ob. cit.

marzo de 1991 que la única manera de evitar la consumación de la partición radica en suspender si no el proceso particional, si al menos la ejecución de las operaciones que previenen los apartados 1 y 2 del art. 788 y así imposibilitar la inscripción registral.

Lo que sin duda pueden solicitar los acreedores privilegiados reconocidos por el testador o por los herederos o poseedores de un título ejecutivo es la intervención (y administración) del caudal hereditario, conforme al art. 792.2 LECiv

El derecho civil de Cataluña regula en el artículo 464-2 CCCat incluido en el Cap. IV sobre la partición y la colación, algunos de los supuestos que tradicionalmente se venían señalando como de suspensión de la partición, así como otros introducidos por la norma:

La partición de la herencia se suspende en los siguientes casos:

- a) Si es llamado a la herencia un concebido, hasta que se produzca el parto o el aborto.*
- b) Si se ha entablado una demanda sobre filiación, hasta que se dicte sentencia firme.*
- c) Si se ha iniciado un expediente de adopción, hasta que este finalice con resolución firme.*
- d) Si el causante ha expresado la voluntad de permitir la fecundación asistida después de la muerte, hasta que se produzca el parto o venza el plazo legal para practicarla.*
- e) Si es llamada a la herencia una persona jurídica que el causante ordena constituir en el testamento, hasta que se constituya válidamente o se declare, de acuerdo con la ley, la imposibilidad de constituirla.*

La razón de la suspensión de la facultad divisoria en todos estos casos ha de buscarse en la protección de los herederos, dada su indeterminación o situación de indefensión. El precepto amplía y precisa la norma del artículo 46 del Código de Sucesiones, al referirse en el apartado e) no solo a las fundaciones ordenadas crear en el testamento, sino a cualquier otra persona jurídica, y añadiendo a la expresión “*hasta que quede válidamente constituida*” la precisión de “*o que se declare, de acuerdo con la Ley, la imposibilidad de constituirla*”. Ante la eventualidad de que la suspensión de la partición se prolongue en el tiempo, el artículo 47 del CSC prevé que el Juez pueda, a instancias de cualquier interesado, adoptar las medidas que crea oportunas con vistas a conservar el caudal. Aunque la reforma de 2008 no recoge un precepto equivalente, señala VALLE MUÑOZ⁵⁸⁸ que debe entenderse incluida en la legitimación que individualmente se concede a todo coheredero por el artículo 463-4.3 para realizar los actos de conservación y defensa de los bienes.

La partición de los bienes tampoco produce la extinción de la comunidad hereditaria cuando no es definitiva, sino provisional, esto es, cuando aún puede ser modificada,

⁵⁸⁸VALLE MUÑOZ, José Luís. “Comunidad hereditaria y partición”, *XV Jornades de Dret català a Tossa* (<http://civil.udg.edu/tossa>). Fecha de consulta: 07/08/2012.

de manera que, a diferencia de la partición ordinaria, no atribuye titularidades firmes y definitivas a los coherederos sobre los bienes, sino que constituye situaciones pendientes de firmeza.

Es lógico entender que en las situaciones de indeterminación sobre la condición de heredero o sobre la cuota que ha de corresponder, la persona afectada por la incertidumbre no podrá pedir la partición, pero se suscita la duda de si podrán hacerlo los coherederos.

En este punto existen dos regímenes solo en apariencia contradictorios: el del art. 1054 Cc, que permite a los coherederos instar una partición provisional asegurando competentemente el derecho del heredero bajo condición suspensiva; y el art. 966 Cc que al tratar de la viuda en cinta, establece la suspensión de la partición y sometimiento a administración de los bienes, norma extensiva al caso del “*concebido no nacido cuando la madre no sea la viuda del causante*”. Sin embargo, el 1054 actúa claramente como norma general, en tanto que el art. 966 recoge una norma particular, justificándose la suspensión.

Entre las situaciones en que puede tener lugar la partición provisional, pueden señalarse las siguientes:

a) La situación del heredero condicional

Como hemos señalado, el propio art. 1054 Cc admite en este supuesto una partición pendiente del cumplimiento de la condición que el precepto califica como “provisional”: “*Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición*”.

El problema más importante se cifra en la forma y criterios para efectuar esta partición provisional. En particular, ha preocupado a la doctrina la cuestión de si es necesario formar un lote para el heredero condicional, y cuales son las formas de garantía, y los criterios para apreciar su suficiencia. Del art. 1054 Cc parece desprenderse que no se forma lote, distribuyéndose los bienes una vez prestado el aseguramiento. Sin embargo, los arts. 801 a 804 Cc establecen una forma de administración para los bienes hereditarios. Podría entenderse, que ambas normas pueden compatibilizarse estas y que con el aseguramiento se sustituye o deja sin efecto la administración del art. 801, previo el consentimiento del instituido bajo condición o de su representante sobre la suficiencia de la garantía. Pero puede también sostenerse la tesis de que la partición debe hacerse con formación de lote para el heredero condicional. En tanto dura la pendencia, ese lote está sujeto a administración, de modo que si la condición no se cumple y el heredero condicional no llega a ser heredero, se distribuye el lote entre los demás herederos⁵⁸⁹, o a quien haya dispuesto el testador; en tanto que si se cumple la condición, consuma la adquisición de su parte de la herencia.

⁵⁸⁹Aunque, señalan algunos autores, este efecto no puede sobreentenderse, pues el artículo 1054 Cc no aclara si, en caso de incumplimiento de la condición, los demás lotes se incrementarán con la porción

El precepto no establece tampoco cuándo se considera, y a través de qué tipo de garantía, que el derecho del heredero condicional está “*asegurado competentemente*”, por lo que, en principio, los coherederos pueden proponer cualquier tipo de garantía, real o personal, y será en su caso el juez quien se pronuncie sobre su suficiencia.

b) La situación de ausencia legal de un coheredero

La partición provisional puede también llevarse a cabo en el supuesto en que el llamado a la herencia se encuentre en situación de ausencia declarada. Nuestro ordenamiento prevé, a falta de persona con derecho propio para reclamarla, el acrecimiento de la parte que le corresponde a los demás coherederos, pero adopta dos precauciones fundamentales para la contingencia de que el ausente regresara: que los coherederos, o quien los reclame afirmando un derecho propio, formen inventario de los bienes, con intervención del Ministerio Fiscal; y que estos bienes se reserven hasta la declaración de fallecimiento (arts. 191 Cc y 82.1 RH).

En consecuencia, la partición debe considerarse hasta ese momento como provisional en cuanto a los bienes reservados que son los que corresponderían al ausente, no así en lo que se refiere a los restantes bienes, adjudicados a los coherederos y respecto de los cuales, la partición es definitiva desde el primer momento.

Se abrirá entonces la sucesión en los propios bienes del ausente, como establece el art. 196 Cc. También la sucesión del declarado fallecido esta sujeta a provisionalidad, pues éste puede reaparecer y recobrar sus bienes (art. 197 Cc), por lo que se establecen varias cautelas legales que afectan a la partición: la indisponibilidad a título gratuito de los bienes adjudicados durante los cinco años siguientes a la declaración de fallecimiento, la imposibilidad de entregar o reclamar los legados durante ese tiempo (con las excepciones del precepto a favor de mandas piadosas y legados a favor de instituciones de beneficencia) y la obligación “*de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles*”, incluso si por tratarse de un sólo bien no fuese necesaria partición.

c) La situación de discrepancia sobre la obligación o no de colacionar del art. 1050 Cc

La discrepancia entre los coherederos sobre si existe o no obligación de colacionar ciertos bienes, no es considerada por el Código civil como motivo suficiente para suspender la práctica de la partición, debiendo asegurarse su resultado final prestando la correspondiente garantía. Así resulta del art. 1050 Cc: “*Si entre los coherederos surgiere contienda sobre la obligación de colacionar o sobre los objetos que han de traerse a colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza*”.

En función de si los bienes han de ser colacionados o no, pueden sufrir alteración los lotes adjudicados, e incluso hacerse necesario o conveniente proceder a una nueva

del heredero condicional, o procede rehacer completamente la partición efectuada. Véase. DEL POZO CARRASCOSA, “La partición hereditaria” en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit, pág. 213.

partición, por lo que los coherederos pueden, en previsión de éstas rectificaciones, entenderla como provisional.

d) Supuesto contemplado en el artículo 182 de la Ley Concursal

El precepto establece para el caso del fallecimiento del concursado (por muerte física o por declaración de fallecimiento) que continuará el procedimiento en su tramitación como concurso de la herencia, por lo que, como hemos estudiado, se mantendrá durante dicha tramitación la situación de indivisión propia de la comunidad hereditaria.

e) Disposición de la autoridad judicial como medida de protección de menores o incapaces (artículo 552-10.3º CCCat)

El CCCat ha introducido en el artículo 552-10.3º una norma desconocida en el Código civil, y en el resto de los derechos civiles territoriales, en virtud de la cual la autoridad judicial, si alguno de los cotitulares es menor de edad o incapaz y la división lo puede perjudicar, puede establecer, de forma razonada, la indivisión por un plazo no superior a cinco años.

En opinión de BOSCH CAPDEVILA⁵⁹⁰ la norma, con precedente en el anteproyecto de libro quinto del CCCat de 2003, constituye con relación a la normativa del Código civil una novedad de difícil entendimiento y fundamento no del todo claro. Para este autor, lo que el precepto establece es la posibilidad del Juez de establecer —cuando la división se practique judicialmente⁵⁹¹— la indivisión temporal, pero sin que el perjuicio para el menor o incapaz se refiera al resultado de la división, sino a la división misma, por lo que el Juez no interviene en la división, sino que impide que tenga lugar durante cierto tiempo.

Ahora bien, la norma del art. 552-10.3º, dictada para el régimen de la comunidad ordinaria, no tiene paralelo en la regulación que el CCCat establece para la comunidad de herederos ni para la partición de la herencia. Ni el Código Civil ni la LECiv reconocen esta facultad judicial, por lo que la norma no parece de aplicación a los menores o incapaces en la división hereditaria, que concurrirán a través de sus representantes legales.

9.2.2. El límite temporal en los supuestos de indivisión hereditaria

El Código civil —como la normativa civil de las Comunidades Autónomas con Derecho propio— impone por distintas vías límites temporales al convenio o pacto de

⁵⁹⁰BOSCH CAPDEVILA, Esteve, “Efectos de la división de la cosa común”, en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit, pág. 65.

⁵⁹¹El precepto carece de aplicación cuando la división se realiza convencionalmente o a través de árbitros. En éstas, los menores o incapaces se encuentran representados por sus representantes legales y, de resultar perjudicados, procederán las acciones de impugnación del contrato de división y las de reclamación frente a la actuación de dichos representantes.

indivisión entre los comuneros, así como a la prohibición testamentaria de dividir la herencia⁵⁹². La razón estriba en que, si por las razones que hemos expuesto puede resultar oportuno, e incluso conveniente para los intereses del disponente o de los coherederos suspender durante un tiempo la división de la herencia, ello no puede determinar una situación indivisión indefinida, que estaría en contradicción con el carácter transitorio que nuestro Derecho otorga a esa situación, enervaría la facultad que la ley concede a los copartícipes para instar la división y produciría, *de facto*, la vinculación de los bienes, en detrimento de su libre circulación y del mismo tráfico jurídico.

En sede de comunidad ordinaria, el artículo 400 Cc, tras afirmar el derecho de todo copropietario a pedir la división de la cosa común, establece en su párrafo 2º: “*Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención*”.

Sin embargo, en el régimen que el Código Civil dedica a la división de la herencia no se encuentra en este punto envío a la aplicación analógica del régimen de la comunidad ordinaria, sino la directa remisión de la norma del artículo 1051.2º que, aún cuando el testador prohíba expresamente la división, establece que “*... la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*”.

En los casos en los que el testador ha establecido la prohibición sin expresar plazo, ésta se considera por la mayoría de la doctrina como ineficaz, a menos que pueda deducirse de la causa o motivo de la prohibición.

Se ha planteado la cuestión de si el testador está sujeto en el establecimiento de la prohibición a algún límite en cuanto a su duración máxima. En este punto la doctrina no es unánime:

- (a) Para algunos autores, el Código Civil no impone límite alguno y, por lo tanto, el testador es libre de establecer la prohibición por el tiempo que estime conveniente, incluso con carácter indefinido. La remisión que el artículo 1051 hace a las causas de disolución de la sociedad civil sirve de argumento a esta afirmación, puesto que el artículo 1700 Cc no impone a los socios plazo alguno. Esta es la posición, entre otros, de ROCA SASTRE, LACRUZ, GITRAMA, DE LA CÁMARA o DIEZ-PICAZO, que en general entienden la norma del artículo 1051 Cc como una disposición especial⁵⁹³ respecto de la del artículo 400 Cc e inspirada en motivaciones diferentes, por lo que no cabe su aplicación analógica.

⁵⁹²Si bien como advierte MARTÍN BRICEÑO, en el caso de las legislaciones civiles de Aragón, Cataluña y Navarra, a diferencia del régimen del Código Civil, se establecen límites temporales y criterios comunes para impedir la indivisión permanente del caudal hereditario, tanto si tiene su origen en el convenio entre los coherederos como si ha sido impuesta por el testador. Véase MARTÍN BRICEÑO, M^a Rosario, “Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa”, *ob. cit.*, pág. 16

⁵⁹³El artículo 392.2º Cc establece la aplicación de las normas del Código relativas a la comunidad ordinaria solo “*a falta de contratos o disposiciones especiales*”, y la del testador puede considerarse una disposición especial, a juicio de estos autores.

- (b) Para otros, entre los que se encuentran FERRANDIS VILELLA, SÁNCHEZ ROMÁN o ALBALADEJO, la indivisión impuesta por el testador tiene el límite máximo de diez años prorrogables por nueva convención, tal y como establece para la comunidad ordinaria el art. 400 Cc, que actúa como régimen supletorio.
- (c) Una posición más matizada sostiene CORBAL FERNÁNDEZ⁵⁹⁴, para quien el rigor de la solución más amplia podría mitigarse con un criterio flexible en la apreciación del motivo justo que, con fundamento en el art. 1707, permitiría liberarse de prohibiciones excesivas o abusivas. Admite sin embargo el autor que éste es un criterio de no fácil apreciación.

Creemos no obstante que cuando el testador ha expresado la finalidad o motivo de la prohibición de dividir, debe respetarse hasta tanto se pueda considerar cumplida o definitivamente frustrada dicha finalidad, sin que la aplicación analógica del artículo 400.2º parezca procedente, por estar dictada para una indivisión de origen convencional que obedecerá, probablemente a distintos motivos y que, en todo caso, se aleja de naturaleza de la voluntad testamentaria. Por otra parte, el artículo 1700.2º, establece, la disolución de la sociedad “*Cuando se pierde la cosa o se termina el negocio que le sirve de objeto*”, otorgando relevancia a estos efectos al motivo o finalidad por el que se constituyó. Téngase en cuenta, además, que la prohibición no tiene por qué afectar a los herederos forzosos.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de esta cuestión, entre otras, en STS de 21 de diciembre de 2000⁵⁹⁵, en un caso en el que el testador había prohibido la división de la herencia hasta la muerte de su esposa, entendiéndose (Fundamento Primero) que

El «quid» de la presente contienda judicial y que motiva el actual recurso de casación, consiste en concreto, en determinar si la situación de indivisión hereditaria impuesta expresamente por el testador sobre una determinada finca rústica debe alcanzar sólo la duración de diez años, dejando la posibilidad de prórroga cuando medie la voluntad unánime de los coherederos sobre ello, o si dicha situación de indivisión puede perdurar hasta el momento cierto pero incierto en cuanto a su acaecimiento, como es el del óbito de su viuda, todo ello con la limitación que establece el artículo 1051 del Código Civil.

Pues bien superado en ciertos aspectos y en aras de concretas ventajas económicas y sociales el disfavor con que era contemplada la indivisión de la comunidad de bienes; no es una teoría arriesgada ni exagerada el proclamar que dentro de las

⁵⁹⁴CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús, *Comentarios al Código Civil*, vol V, arts 1051 a 1055, coord. por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, ob. cit.

⁵⁹⁵La sentencia señala asimismo, con el precedente de la STS de 12 de diciembre de 1958, que la limitación establecida en el artículo 400 Cc para el pacto de indivisión, a un plazo de diez años, con una prórroga convencional no impide “... el establecimiento de un plazo dependiente de un hecho futuro y cierto —el óbito de una persona— como es el del presente caso, y sobre todo cuando ello tiende a un fin igualitario para todos los herederos, y para un fin de mejora económica de un rendimiento de una finca rústica, lo que haría entrar en juego lo dispuesto en el artículo 401 de dicho Código Civil”.

facultades dispositivas del testador, esté el de prohibir la división de los bienes hereditarios, que podrá hacerla siempre por tiempo determinado —éste es el caso—. Y sobre todo cuando así lo permite y autoriza expresamente el artículo 1051.1 del Código Civil.

Finalmente, la Sentencia da relevancia argumental al motivo o causa justa de la prohibición:

... el testador estaba en un perfecto derecho en fijar tal plazo de indivisión y ello obliga a los herederos-hijos— a la indivisión de la finca —objeto hereditario— hasta que no se produjera el fatal hecho de la muerte de su esposa. Sobre todo cuando la finalidad de tal decisión era permitir la realización de unas obras de regadío en la finca en cuestión, que no podrían llevarse a cabo hasta que no se consolidaran la propiedad mediante la extinción del usufructo correspondiente a la esposa del testador, y que serviría para dar un trato igualatorio en la distribución de los bienes hereditarios.

Cuando la indivisión responde al pacto o convención de los partícipes en la comunidad, entiende DIEZ PICAZO⁵⁹⁶ que no hay razón para interpretar el artículo 400.2º Cc en el sentido de autorizar una sola prórroga. A su juicio, siempre que se produzcan sucesivas convenciones unánimes de todos los partícipes podrán producirse prórrogas sucesivas, si bien ninguna de ellas podrá exceder del plazo de diez años

En el Derecho aragonés, como hemos visto, se establece un plazo máximo común que será en el caso de la prohibición de dividir del disponente, de quince años, a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo del usufructo viudal, y en el caso de la indivisión convencional también de quince años, aunque prorrogable por acuerdo unánime “*por término que, cada vez, no sea superior a quince años*” (artículo 365.2º CDF Arag).

Como prevé el Derecho civil de Cataluña, los herederos pueden convenir la indivisión por establece el artículo 464. 1º del Código Civil de Cataluña: “*Todo coheredero puede solicitar, en cualquier momento, la partición de la herencia, excepto en los supuestos de indivisión ordenada por el causante o convenida por los herederos de acuerdo con la ley*”.

El plazo de indivisión “*puede llegar hasta los quince años con respecto al inmueble que sea residencia habitual de uno de los coherederos, si este es cónyuge, conviviente en unión estable de pareja, o hijo*” (art. 463-2.2º CCCat⁵⁹⁷). Sin embargo, si el causante dispone o los coherederos acuerdan un plazo superior al señalado, establece el art. 463-2.3º, que “*debe reducirse su exceso*”. La prohibición de dividir no impide que “*el juez, a instancia de cualquier coheredero, pueda autorizar la partición o un anticipo parcial en bienes de la herencia o en dinero, aunque no lo haya, si sobreviniere una causa justa*” (art. 463-2.4º CCCat).

⁵⁹⁶DIEZ-PICAZO, Luís, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol II, ob. cit, pág. 776.

⁵⁹⁷El apartado 2 de este artículo está redactado conforme a la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21-08-2010, pp—. 73429-73525; publicada en el DOGC núm. 5686, de 5-08-2010).

En el Derecho Civil de Navarra, la prohibición de dividir por el causante puede establecerse *“bien por todo el tiempo que dure el usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo, bien por el tiempo que falte para que el heredero de menos edad tome estado o, aun sin contraerlo, llegue a los veinticinco años, bien, en cualquier otro caso, por un plazo máximo de diez años a contar del fallecimiento”*, en tanto que la acordada por los coherederos puede serlo por el mismo tiempo y en los mismos supuestos, si bien puede prorrogarse por nuevo acuerdo que *“cada vez, no sea superior a diez años”*. (ley 331 FNNav).

Es frecuente, en la práctica —como recoge expresamente la normativa autonómica expuesta— que el testador vincule la prohibición de dividir la herencia al usufructo viudal, esto es, que imponga la indivisión del caudal hereditario mientras viva el cónyuge superviviente, de modo que solo a su fallecimiento, podrán los coherederos ejercitar su facultad.

Ello ha llevado a MARTÍN BRICEÑO⁵⁹⁸ a plantear qué sucede si el testador, en uso de la facultad que le reconoce el artículo 1051 Cc, hace depender los efectos de la prohibición testamentaria de dividir, no del fallecimiento del cónyuge superviviente, sino de la muerte sucesiva de varias personas, lo que parece admisible sobre la normativa civil común, y se admite de manera expresa en las propias de Aragón, Cataluña y Navarra según hemos estudiado. El resultado de la imposición de tales cláusulas podría conducir fácilmente —si no se establece ningún límite— a una indivisión perpetua de la herencia. La autora advierte que es preciso atender a la causa o motivo de la prohibición y que, habida cuenta que el artículo 1051 Cc no establece límite temporal alguno a una prohibición de esta naturaleza, a diferencia de lo que ocurre con el convenio de indivisión, debe sostenerse que los efectos de la voluntad del causante se prolongarán en el tiempo en tanto no se extinga la causa, motivo o interés que justifica la prohibición. Y dado que este criterio no alcanzaría a impedir una vinculación a perpetuidad del patrimonio hereditario, considera que debe acudir en estos casos a la aplicación analógica del artículo 781 Cc⁵⁹⁹, imponiendo así el límite de las sustituciones fideicomisarias: que no pasen del segundo grado o que se hagan a favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador. Para el caso de que se hiciera a favor de varias personas vivas a la muerte del testador, el límite se encontraría en la aplicación analógica del criterio establecido en el art. 521 Cc⁶⁰⁰ para el usufructo, esto es, la prohibición subsistiría hasta la muerte del último que sobreviva.

⁵⁹⁸MARTÍN BRICEÑO, M^a Rosario, “Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa”, *ob. cit.*, pág. 17

⁵⁹⁹Establece el artículo 781 Cc: que las sustituciones surtirán efecto *“... siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan a favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador”*.

⁶⁰⁰Según el art. 521 Cc: *“El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere”*.

9.3. La extinción de la comunidad hereditaria por división del caudal

La extinción de la comunidad hereditaria se facilita en el Código a través de distintos mecanismos, como el retracto legal de coherederos (artículo 1067 Cc) reconocido a favor de “*todos o cualquiera de los coherederos*”, si alguno de ellos vendiere su derecho a un extraño antes de la partición, con lo que se pretende la concentración de las cuotas. Aunque no existe —ni en el Derecho común ni en los ordenamientos civiles territoriales— un elenco legal de causas propias de la extinción de la comunidad hereditaria, ello no ha impedido a la doctrina la elaboración de distintas enumeraciones. Como hemos señalado, estas propuestas incluyen normalmente, con las necesarias adaptaciones, las causas comunes de extinción de la propiedad, las propias del condominio ordinario (y, por remisión del artículo 1051.2º Cc, las de la sociedad) y algunas causas que podrían considerarse peculiares de la comunidad hereditaria, o que al menos, tienen pleno sentido en relación con esta figura.

Pero la comunidad hereditaria se extingue normalmente mediante un mecanismo: la división del objeto, en virtud de la partición. A través de las operaciones particionales tiene lugar el reparto o distribución de los bienes que integran el caudal hereditario entre los herederos. De este modo, la *pars quota* se transforma en *pars quanta* en el sentido de que aquellas cuotas ideales o abstractas que tenían como objeto la herencia considerada en su unidad como *universitas*, se transforman ahora en bienes concretos que son adjudicados a cada uno de los copartícipes en proporción a su parte alícuota.

La partición del haber hereditario puede resultar de la disposición del causante, por sí o a través de otra persona especialmente designada, por acuerdo de los coherederos o por decisión individual de cualquiera de ellos, a través del ejercicio de la acción de división que regula el artículo 1051 Cc (abriendo así la posibilidad del proceso de división judicial de la herencia) y que reconocen asimismo los ordenamientos civiles territoriales, sin que esta facultad, que puede ejercerse en cualquier momento, requiera de la expresión de motivos o del intento de acuerdo previo. No obstante, como estudiaremos, existen supuestos en los que no es necesaria la división del caudal, otros en los que no es posible legal o materialmente, y, finalmente, otros en los que ésta se encuentra temporalmente excluida —y por lo tanto no es posible el ejercicio de la acción—, por haber dispuesto el testador o pactado los coherederos de común acuerdo, que se conservará el patrimonio indiviso durante cierto tiempo.

Como la partición hace desaparecer la titularidad única proindiviso que los copartícipes compartían sobre los bienes y que se proyectaba sobre la totalidad de la herencia, la comunidad hereditaria se extingue, ya que, a partir de la partición, existirá en su lugar una pluralidad de titularidades exclusivas para cada copartícipe que recae sobre los bienes y derechos particulares que se les hayan adjudicado como resultado de la división. Solo desde el momento de la partición puede afirmarse adquirida la titularidad dominical exclusiva de los coherederos sobre los bienes que les correspondan.

La individualización de los derechos de cada coheredero a través de la adjudicación de titularidades exclusivas sobre bienes concretos y determinados que verifica la partición es generalmente entendida como el fin normal de la situación de comunidad hereditaria y, por lo tanto, como solución a una situación destinada, según el criterio general, a preparar la división del haber o, cuando menos, a conservar los bienes hereditarios en un estado que no la dificulte. La cesación de la situación de comunidad por medio de la partición pondría fin a la titularidad colectiva de los bienes, y con ella, a un régimen “excepcional” de gestión sobre los mismos que no asegura su mejor aprovechamiento económico y que se considera a menudo terreno abonado para el disenso.

Sin embargo, como hemos señalado en otro lugar, debe tenerse en cuenta que la comunidad hereditaria cumple o puede cumplir por sí misma una función jurídica, e incluso económica, propia y que una gestión planificada de esta fase, adecuada a la naturaleza y composición del patrimonio, a las circunstancias económicas y sociales y a los verdaderos intereses de los coherederos puede no sólo resultar muy beneficiosa para el conjunto de los mismos, sino, además, preparar una partición ordenada y pacífica de los mismos, lo que no hay que sobreentender, dado que no la comunidad, sino la partición, es muy a menudo fuente de litigio⁶⁰¹.

9.3.1. Noción

El Código Civil, quizás debido a razones de economía legislativa, no contiene un régimen general referido a la extinción de la comunidad hereditaria, o a las causas por las que ésta tiene lugar. Solamente a través de la regulación de la división de la herencia por medio de la partición podemos entender que, cuando ésta se refiere a la totalidad de los bienes, produce, convencional o judicialmente, el cese de la comunidad por cesar la situación de indivisión. Las normas procesales, que regulan con algún detalle el procedimiento para la partición del haber hereditario, y la regulación de los ordenamientos

⁶⁰¹ Como han estudiado los historiadores de la familia. Con su extraordinaria autoridad, CASEY pone de manifiesto como la herencia ha constituido durante siglos la vía principal hacia la riqueza, comprendiendo las tierras, los oficios y las empresas y, con referencia a la sociedad preindustrial, de qué modo la transmisión del patrimonio lo es también de una red confusa y extensa de obligaciones (puesto que la escasez de dinero hacía frecuente el retraso en los pagos, y de ahí las numerosas hipotecas —los llamados censos al quitar— que gravaban tierras, oficios, casas, etc.), que hacen que “*fuera más correcto hablar de usufructo compartido de muchos bienes que de su pertenencia en propiedad absoluta a una u otra familia*”. La tensión se produce entre la necesidad de tener muchos hijos para asegurar el futuro de la familia, y, al mismo tiempo, no socavar la integridad de la hacienda paterna. Para ilustrar los conflictos que, al tiempo de la división de las herencias, producía esta tensión, cita, entre otros, el testimonio del geógrafo Pedro de Medina, quien habló de la tendencia latente de división y fragmentación de los patrimonios en el momento de su transmisión hereditaria: “*Si tienes muy buenos hermanos que mucho te aman, cosa tienes que pocas veces acaesce... Por tanto, a ti que dices que tus hermanos te aman, yo te digo que bien parece que aún no habéis partido la herencia*”. Véase CASEY, James, “Familia, organización socio cultural y relaciones de poder, en Familias”, en *Historia de la familia española*, CHACÓN JIMÉNEZ, Francisco y BESTARDS, Joan (dirs.). Ed. Cátedra, 2011, págs. 509 y sigs. Cita el autor al respecto la obra de S; MORET y L. SILVELA sobre *La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863, pág. 185.

civiles territoriales, de Aragón, Cataluña y Navarra completan un régimen que resulta, pese a su carácter pormenorizado, insuficiente y escasamente sistemático.

Las disposiciones reguladoras de la partición hereditaria en el Código Civil constituyen en nuestro ordenamiento una regulación general susceptible de aplicación subsidiaria a otras situaciones en las que ha de procederse a la división de derechos y que carecen de regulación específica o la tienen incompleta. Es el caso, por remisión expresa del artículo 406 Cc, de la comunidad ordinaria, pero también el de la disolución de la sociedad civil (art. 1708 Cc), parcialmente el de la liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1402 y 1410 Cc) o el del pago de la mejora (art. 832 Cc)⁶⁰².

La forma normal y más frecuente —aunque no la única— de salir de la situación de indivisión asociada a la comunidad hereditaria es la partición de los bienes. Existen otras causas de extinción, según hemos visto, pero la partición hereditaria se considera generalmente la causa por antonomasia de cesación de la comunidad, y es, desde luego, la más frecuente en la práctica. En virtud del acto jurídico de la partición, y solamente a partir de ese momento, cesa la situación de cotitularidad y los copartícipes de la comunidad se hacen titulares definitivos de bienes concretos y determinados de la herencia, que les son adjudicados en proporción a su parte alícuota, sustituyendo a las cuotas ideales o abstractas que constituían el objeto de la herencia considerada como *universitas*.

Es frecuente abordar la noción de la partición hereditaria a través de la relación de las operaciones que comprende. Así, para DE BUEN⁶⁰³, se trata de “*un acto o negocio jurídico constituido por un conjunto de operaciones, en virtud de las cuales se liquida una herencia, se señala el haber de cada partícipe, y se le señalan las obligaciones y derechos que le corresponden*”.

No obstante un concepto legal de la partición no se encuentra en nuestro ordenamiento⁶⁰⁴, y es lo cierto que la partición se caracteriza principalmente a través de su efecto: el de hacer a cada uno de los coherederos dueño exclusivo de los bienes y derechos que le corresponden, adjudicándoselos a través de los mecanismos esta-

⁶⁰²El CCCat sin embargo, realiza en algunos preceptos el camino inverso, y remite en algunas normas sobre la partición a las disposiciones reguladoras de la comunidad ordinaria. Así, en el art. 464-8 CCCat remite al art. 552-11 del mismo texto legal para la adjudicación de cosas indivisible que desmerezcan al dividirse, así como para las colecciones de interés cultural.

⁶⁰³DE BUEN, Notas al *Curso Elemental de Derecho Civil* de COLIN y CAPITANT, Madrid, Ed. Reus, 1922-1928, pág. 428.

⁶⁰⁴En opinión de DEL POZO CARRASCOSA, tal concepto debe centrarse en tres notas: a) La presencia de una pluralidad de herederos; b) La división y adjudicación individual de los bienes entre los mismos, de acuerdo con la proporción que a cada uno corresponde y c) El efecto esencial de la adquisición de la propiedad exclusiva de los bienes por parte de cada uno de los coherederos. Vid. DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit., pág. 172. El autor aborda en estas páginas la distinción, útil sobre todo para el estudio del resultado de la partición, entre la cuota de institución, entendida como aquella en la que los herederos son instituidos por el causante o por la ley; la cuota de participación, que tiene en consideración los acrecimientos en la cuota por causa de vacantes hereditarias y también el ingreso, en su caso, de nuevos partícipes, y la cuota de partición, en principio coincidente con la anterior, y que resulta de la partición y se establece en función del valor de los bienes adjudicados.

blecidos como operaciones particionales. Un concepto tal puede deducirse de algunos preceptos, fundamentalmente de los artículos 1068 Cc y 464-10 y 463.1º CCCat. El primero establece que “*por las partición, cada coheredero adquiere la titularidad exclusiva de los bienes y derechos adjudicados*”; el segundo prácticamente reproduce la norma anterior, al disponer que “*por la partición cada coheredero adquiere la titularidad exclusiva de los bienes y derechos adjudicados*”; finalmente, el tercero, en el marco más general de la definición de la situación de comunidad hereditaria, entiende que si concurren a la sucesión, simultáneamente, una pluralidad de herederos, “*estos adquieren el patrimonio hereditario en proporción a las cuotas respectivas*”, con división entre ellos de las obligaciones y las cargas hereditarias en proporción a las cuotas respectivas, sin solidaridad.

Producida por cualquier medio la división del caudal hereditario, cesa la situación de comunidad hereditaria puesto que a partir de ese momento, como señala COLINA GAREA⁶⁰⁵, no puede ya hablarse de una única titularidad compartida *pro indiviso* entre los coherederos que se proyecta sobre la totalidad de la herencia unitariamente conceptualizada, sino de una pluralidad de titularidades exclusivas para cada copartícipe que versa sobre los bienes y derechos particulares que se les hayan adjudicado.

El Código Civil favorece el cese de la situación de indivisión hereditaria⁶⁰⁶ y la individualización de los derechos de los coherederos⁶⁰⁷ reconociendo con amplitud a todos los partícipes en la comunidad hereditaria que tengan la libre administración y disposición de sus bienes⁶⁰⁸ la facultad de pedir “*en cualquier tiempo la partición de la herencia*” (artículo 1052.1º Cc), como medio para obtener la titularidad exclusiva de los bienes y derechos que les correspondan en la herencia, o, cuando ello no es posible, su valor económico.

En materia de división de la cosa común, la *vis atractiva* de las normas reguladoras de la partición hereditaria se consagra legalmente en el artículo 406 Cc, que declara aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad “*las reglas concernientes a la división de la herencia*”⁶⁰⁹. Sin embargo, esta regulación resulta insuficiente

⁶⁰⁵COLINA GAREA, Rafael, “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, cit, pág. 260.

⁶⁰⁶La Partida 6ª (15, 2, 1) recoge del Derecho romano la acción de división de la herencia, estableciendo que “*Cada uno de los herederos que han derecho de heredar los bienes del finado, puede demandar a los otros que los partan entre sí*”.

⁶⁰⁷PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS se refiere a la división de la cosa común definiéndolo como “*el acto jurídico por el que a petición de cualquier comunero la cuota se concreta en una porción material del bien o bienes comunes (o subsidiariamente en dinero)*”. Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Ed. Fundación Beneficentia et Perita Iuris. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 4ª edición, 2001, pág. 504.

⁶⁰⁸La facultad de pedir la división forma parte del contenido del derecho de cada copartícipe, y no se ve ni siquiera entorpecida en su ejercicio por el hecho de que existan en la comunidad herederos cuya institución se encuentra sometida a condición suspensiva, como señaló la RDGRN de 29 de enero de 1998,

⁶⁰⁹La remisión del artículo 406 Cc a las normas de la división de la herencia plantea muy frecuentemente en la práctica jurisprudencial la cuestión de la aplicación del principio de igualdad del art. 1061

para resolver todas las dudas que plantean la prórroga, forzosa o convencional de la situación de indivisión y la salida de la situación de comunidad hereditaria.

Los derechos civiles de las Comunidades Autónomas con derecho propio⁶¹⁰, y en particular los de Aragón (arts. 365 a 372 CDF Arag), Cataluña (arts. 464-1 a 464-16 CCCat), Galicia (arts. 270 a 308 LDCG) y Navarra (leyes 331 a 345 CDF Nav), contienen disposiciones específicas en algunos aspectos de la división hereditaria en los que el Código Civil guarda silencio o se confía al régimen de otros institutos, como la comunidad ordinaria, o la sociedad, y pueden, por lo tanto, señalar algunas soluciones plausibles a situaciones discutidas por la doctrina.

9.3.2. Naturaleza

En general, a propósito de la naturaleza jurídica de la partición, se debaten dos cuestiones que son en realidad diferentes: de un lado, la de su naturaleza jurídica propiamente dicha, es decir, si se trata de un acto o de un negocio jurídico, y cual sea; y, de otro, la de la naturaleza de la eficacia de la partición y su carácter de título, o no, de las adjudicaciones que se realizan como resultado de las operaciones.

En cuanto a la primera cuestión, se entiende generalmente que la partición es un negocio jurídico *mortis causa* (si bien, cuando la lleva a cabo el propio causante, tiene carácter de acto unilateral), y ello tanto si se lleva a cabo en el propio testamento como en un acto separado (arts. 1057 Cc, 464-2 CCCat, 368 CDF Arag, 274 LDCG y 338 CDF Nav). Sin embargo, cuando la partición se lleva a cabo por albacea o partidor designado por el causante (conforme al propio art. 1057 Cc, y a los arts. 464-5 CCCat y 283 LDCG) su naturaleza es la de un acto unilateral inter vivos. La partición practicada convencionalmente por los propios herederos (arts. 1058 c. c, 464-6 CCCat y ley 345 CDF Nav) tiene consideración contractual.

La cuestión de la naturaleza de la eficacia de la partición así entendida, como negocio, ha resultado más debatida, habiéndose formulado distintas tesis que, para los fines de este trabajo, pueden reducirse a tres principales: la traslativa, la declarativa y la especificativa.

La tesis traslativa o constitutiva (también llamada “romanista”), se basa en el efecto de intercambio o traslación de partes indivisas entre los coherederos que la partición provoca. Como en el Derecho romano, entiende que en virtud de la misma se verifica un acto de enajenación que hace a cada coheredero propietario

Cc, que a menudo se alega infringido por quienes impugnan la división resultante del ejercicio de la *actio communi dividundo*.

⁶¹⁰Un análisis detallado de las normas de los derechos civiles territoriales, en particular en relación con las situaciones de indivisión derivadas de la prohibición testamentaria o de la convención entre los coherederos, en su relación con las normas del Código Civil puede encontrarse en MARTÍN BRICEÑO, M^a Rosario, “Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos*, n^o28, 2011, págs. 9-24.

exclusivo de los bienes que se le adjudican en correspondencia al valor de su cuota.

La consecuencia es que la partición se considera como título adquisitivo, ya que cada coheredero adquiere *ex novo*, a través de las transferencias recíprocas que entre ellos se realizan (y no directamente del causante), los bienes y derechos que le corresponden. Y lo hace en virtud de un doble título: el de heredero, en cuanto a la cuota que desde el momento de la apertura de la sucesión le correspondía sobre el caudal hereditario; y el de causahabiente de los demás coherederos en cuanto a las restantes cuotas sobre tales bienes de las que eran titulares los demás coherederos.

La tesis traslativa se basa, fundamentalmente en el contenido del propio artículo 1068 del Cc, del que se extrae que existe transferencia a favor del adjudicatario en virtud de la partición, lo que la convertiría en un título traslativo de dominio⁶¹¹, y también del artículo 1069 Cc, que establece la obligación recíproca de saneamiento entre los coherederos y que solo puede explicarse, a juicio de los partidarios de esta posición, entendiéndose que existen entre ellos recíprocas transmisiones, de modo que los bienes no se reciben del causante, sino, por un título distinto de propiedad, que está constituido por la partición misma.

Esta doctrina, que considera realizado a través de la partición un acto traslativo del dominio a favor de los herederos, encontró acogida en las SSTs de 11 de junio de 1897 y 29 de enero de 1926.

La tesis declarativa, también denominada “francesa”, por hallarse consagrada en el artículo 883 del Código Civil francés, sostiene que en la partición no hay transmisión alguna, sino que actúa con eficacia retroactiva al momento de la sucesión, de modo que la adquisición de los coherederos se realiza directamente del propio causante, del que reciben los bienes que se les adjudican. La partición no es el título adquisitivo. Lo será la delación hereditaria, testamentaria o legal, puesto que cada uno de ellos ha sido en realidad propietario único de tales bienes desde la apertura de la sucesión, de modo que la partición se limita a declarar un derecho preexistente. En consecuencia, la partición es un negocio que se limita a declarar los bienes y derechos en que sucede cada coheredero. Los actos de disposición realizados por cada coheredero durante la indivisión sobre los bienes relictos quedan condicionados a que en la partición le sean finalmente adjudicados los bienes.

La tesis sustitutiva, determinativa o especificativa, entiende que en virtud de la partición se produce para cada coheredero el cambio de un derecho impreciso (el que se ostentaba sobre el patrimonio hereditario durante la vigencia de la comunidad hereditaria) por otro concreto e individualizado que atribuye el pleno

⁶¹¹Vid. OGAYAR Y AYLLÓN, T. “Naturaleza jurídica de la partición hereditaria”, *RJC*, 1957. pág. 31. También SANCHEZ ROMÁN participa de esta posición.

dominio sobre los bienes adjudicados, entendiéndose asimismo que los bienes “*se reciben del causante y por sucesión universal*”⁶¹².

La tesis fue sostenida en su día por POTHIER⁶¹³ en el Derecho francés y en nuestra doctrina, entre otros por MARTÍN LÓPEZ⁶¹⁴, quien entiende que en virtud de la partición se sustituye un estado de comunidad por otro de absoluta precisión en cuanto al ejercicio del derecho que, al ser ya individual y privativo de cada heredero, no necesita del concurso de voluntades de todos. Por lo tanto, el derecho indiviso es diferente del que atribuye la partición a cada coheredero. El primero es impreciso, en tanto que el segundo es concreto y determinado.

Se observa así, como señala ALBALADEJO⁶¹⁵ que a través de la partición, el derecho hereditario *in abstracto* que cada coheredero ostentaba sobre la totalidad de la herencia es sustituido por la titularidad de bienes concretos y específicos, entendiéndose que reciben su cuota, no de los demás coherederos, sino directamente del causante por sucesión universal, y que los bienes recibidos se subrogan en dicha cuota

En esta misma postura, pero con importantes precisiones, se inscribe la tesis de ORDUÑA MORENO, para quien, si bien es cierto que la partición no es simplemente declarativa del contenido concreto del derecho del heredero, no modifica o cambia un derecho limitado e impreciso por otro, sino que transforma el objeto del derecho hereditario, que pasa de estar configurado en función de la cuota hereditaria al constituirse sobre bienes determinados de la herencia.

También CLEMENTE MEORO⁶¹⁶ se adscribe a esta tesis, señalando que lo que el proceso particional opera es “*el cambio del objeto del derecho del coheredero; derecho que es el mismo desde la apertura de la sucesión y objeto que varía de ser un módulo a un bien materialmente determinado por consecuencia de la partición*”.

La tesis determinativa o especificativa resulta a nuestro juicio la más coherente con la naturaleza jurídica que en nuestro ordenamiento se atribuye a la comunidad hereditaria, conforme a la cual los copartícipes tienen atribuida una cuota global sobre el patrimonio hereditario y no sobre bienes concretos o parte de los mismos. Una titularidad basada en el título mismo de heredero que se encuentra constreñida o limitada por los derechos correlativos de los demás coherederos. En virtud de la partición esta

⁶¹²LACRUZ BERDEJO, José Luís, *Elementos de Derecho Civil*. Vol. V. *Derecho de Sucesiones*, 1971, pág. 206

⁶¹³POTHIER, *Traité des successions*, Cap. IV, art. 5, pág. 1).

⁶¹⁴MARTÍN LÓPEZ, “Carácter y efectos de la partición de herencia”. *Revista de Derecho Privado*, 1936, pág. 94. Participan también de esta tesis, que es mayoritaria en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, autores como DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, LACRUZ BERDEJO, VALLET DE GOYTISOLO, DE LA CÁMARA, ROCA SASTRE,

⁶¹⁵ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, t. V. *Derecho de Sucesiones*. Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 129.

⁶¹⁶CLEMENTE MEORO, en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de sucesiones*. López y López, Montés y Roca (dirs.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999, págs. 620 y 621

limitación desaparece, y el derecho de cada titular se individualiza o concreta, determinándose sobre bienes específicos y se hace exclusivo⁶¹⁷.

Esta es también la tesis que tiene más sentido conforme a la normativa registral. Así resulta del artículo 14 LH, el cual, refiriéndose implícitamente a la partición, exige para la inscripción registral, además del título sucesorio, una escritura o sentencia firme por la que puedan “determinarse” los bienes, o parte indivisa de los mismos, que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero.

En realidad, como ha señalado DEL POZO CARRASCOSA, lo que cambia por la partición es el tipo de titularidad, que ya no será compartida, sino exclusiva, pero también el objeto de dicha titularidad, que, de recaer sobre la totalidad del patrimonio hereditario pasa a serlo sobre bienes concretos, pero teniendo en cuenta, como ya hemos advertido que la partición no crea el título de adquisición —que esta constituido por el título mismo de heredero—, sino que lo complementa o especifica, aportándole los datos necesarios para su efectividad sobre bienes concretos, razón por la cual entiende que la eficacia de la partición, que no es un negocio autónomo, requiere siempre de un acto de destinación sucesoria, como el testamento.

9.3.3. Diferencia entre el régimen divisorio del artículo 400 Cc y el de la división hereditaria

La diferente naturaleza de la comunidad ordinaria que participa del régimen de la comunidad romana y la comunidad hereditaria, como comunidad con caracteres propios e híbridos, pero que en lo que se refiere a la titularidad de cuotas ideales o abstractas recayente sobre la totalidad del patrimonio se aproxima al modelo histórico de la comunidad germánica, determina también un diferente régimen a la hora de poner fin a la situación de indivisión.

Esta circunstancia se hace patente en cuanto a la titularidad de los copartícipes sobre la cuota y a la delimitación su contenido, que en la comunidad ordinaria recae sobre todos y cada uno de los bienes, lo que, al realizarse la división, atribuye un derecho correlativo al pleno dominio de una parte material de cada uno de los bienes, sin poder ser obligado a recibir uno sólo de ellos en pleno dominio, incluso si los bienes son indivisibles. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1991, establece (FJ 5º), que «*mientras dure la indivisión, a cada condueño (porque esa es la esencia del condominio de tipo romano, que sigue nuestro Código Civil, a diferencia de la comunidad germánica) le corresponde una cuota ideal y abstracta sobre todos y cada uno de los bienes, física y registralmente individualizados, objeto del condominio [...] y que, al ponerse fin a la indivisión, tiene derecho a que su cuota ideal o abstracta se concrete o materialice en una parte real y física de cada uno de los bienes de los que es condueño, si los mismos son divisibles, sin poder ser obligado, en contra de su voluntad, como pretende la recurrente, a recibir el pleno dominio de uno*

⁶¹⁷Véase DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en *División de la comunidad de bienes*, cit, págs. 178 y 179.

de los bienes y ser privado de toda participación real o material en el otro, solución esta última que tampoco puede serle coercitivamente impuesta cuando los bienes (o alguno de ellos) sean indivisibles pues para este supuesto la única solución que arbitra el legislador es la venta en pública subasta y el reparto del precio entre los condueños (arts. 404 y 1062 Código Civil)».

De las dos formas tradicionalmente admitidas para llevar a cabo la división de la comunidad cuando la división material no es posible da cuenta la STS 1 de julio de 2012, citando la de 30 julio 1999, al afirmar que «*excluida en este caso por la voluntad del comunero demandante la adjudicación a uno con compensación económica al otro, la única forma de proceder a la división de la comunidad es la de acudir a la venta en pública subasta con distribución del precio obtenido entre los comuneros*». Y aunque es cierto que la jurisprudencia más antigua entendía que a la venta en pública subasta debía llegarse solamente si no era posible, tras intentarse, el acuerdo de adjudicar los bienes a uno de los copartícipes, con indemnización a los demás, sentencias más recientes sostienen que si uno de los comuneros pide la venta pública es “*innecesario, por inútil, el intento de adjudicación*” a uno de los comuneros (SSTS. de 19 de diciembre de 1983, 6 de junio de 1983 y 6 de julio de 1989, entre otras).

La relación entre las dos principales acciones divisorias ha motivado la discusión en torno a la posibilidad de ejercitar la *actio communi dividundo* respecto de un bien concreto incluido en un patrimonio hereditario, cuyo contenido no consta, sin haberse practicado, tras la aceptación de la herencia por los herederos, la partición y subsiguiente adjudicación de dicho bien que puede, por lo tanto, corresponder a todos, a varios o a uno solo de los coherederos.

La posición de nuestra jurisprudencia es la de declarar en estos casos improcedente el ejercicio de la *actio communi dividundo* cuando no existe un condominio, sino una comunidad hereditaria, por no haberse producido la partición del caudal hereditario. La razón se encuentra en la propia naturaleza de la comunidad hereditaria: los coherederos carecen del derecho de copropiedad sobre la cosa cuya división pretenden, porque tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la cosa concreta hasta que se les haya adjudicado —si a ellos se les adjudica en todo o en parte— por la partición de la herencia, de modo que no cabe la división de la cosa, divisible o indivisible, que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria.

La STS de 28 de mayo de 2004 se ocupó de este supuesto, señalando (FJ 4º) que:

El concepto de partición de la herencia, sinónimo a división de la misma, es el acto —negocial o judicial— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (artículo 1068 del Código civil). Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir,

éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos.

En similares términos se expresa la STS de 21 de julio de 2008, en la que se trataba del ejercicio de una acción de división de cosa común por uno de los coherederos frente a otros tres, sin que se hubiese practicado la partición de la herencia. La acción se considera interpuesta no contra los copropietarios de la cosa, sino contra los herederos de la copropietaria, ya que, no mediando *partición* y adjudicación de herencia, la simple declaración de herederos no otorga el derecho de propiedad.

La remisión que el artículo 406 Cc hace a las reglas concernientes a la división de la herencia para la división de la cosa común plantea con frecuencia problemas en la interpretación de las normas de los artículos 1061 y 1062 en relación con la necesidad de observar en la partición criterios de igualdad entre los partícipes. La STS de 26 de mayo de 2011 recuerda que el art. 1061 Cc no proclama una igualdad matemática o absoluta, sino la necesidad de observar en la división un “criterio de equitativa ponderación”, tal como resume la sentencia de 16 de enero de 2008 en estos términos: “*La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951; 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991) [...]*”

9.3.4. La transformación de las cuotas abstractas de los coherederos en derechos concretos como objeto de la partición

El objeto de la partición está constituido por el conjunto de bienes y derechos que integran el activo hereditario (el artículo 1068 Cc se refiere a los “*bienes*” que hayan sido adjudicados a cada coheredero, y el artículo 464-10 CCCat a los “*bienes y derechos*” que se adjudican en virtud de la partición), con exclusión del pasivo⁶¹⁸. El

⁶¹⁸Que en el Código civil no es objeto de división (art. 1084), en tanto que en el Derecho civil de Cataluña, se distribuye entre los coherederos en proporción a sus cuotas (arts. 463-1 y 464-16.1).

activo hereditario constituye en principio una masa de bienes establecida en el momento del fallecimiento del causante y al que sólo excepcionalmente (por adición de bienes omitidos, por ejercicio del retracto, etc.) se incorporan nuevos bienes.

La partición extingue la comunidad hereditaria por el procedimiento de dividir y adjudicar el activo de la herencia, especificando cuotas abstractas en derechos concretos, y sustituyendo la cuotas o derechos que corresponden a los coherederos en la comunidad hereditaria por la titularidad exclusiva de los bienes y derechos que se adjudican. En este sentido, la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero (SSTS de 21 de mayo de 1990, que atribuye a la partición “*carácter de especificativa o determinativa de derechos*”, 5 de marzo de 1991, 3 de febrero de 1999, 28 de mayo de 2004, 12 de febrero de 2007 y 26 de enero de 2012). La STS de 26 de enero de 2012 aclara, además, recogiendo una amplia tradición jurisprudencial en esta materia, que toda partición, incluida la judicial que contempla el artículo 1059 Cc y desarrolla la Ley de Enjuiciamiento Civil “*no es sólo una operación poco más que aritmética, sino que debe conjugar los intereses de cada coheredero económicos, humanos y familiares de la mejor manera posible...*”, evitando el desequilibrio en la partición⁶¹⁹.

La transformación que la partición verifica de las cuotas abstractas e ideales de los coherederos en titularidades concretas sobre bienes específicos y determinado se ha explicado STS de 25 de junio de 2008 como el elemento central de la segunda fase de un proceso —la primera nacería de la aceptación de la herencia— que concierne a la posición de los herederos: “*Esta concepción de las posiciones de los herederos parece apoyarse en un desarrollo en dos etapas sucesivas: por efecto de la aceptación los llamados devienen herederos y, si la aceptación es pura y simple (artículo 1003 Cc) devienen responsables con sus propios bienes de las deudas de la herencia, pero adquieren un derecho abstracto sobre el universum ius que conforma el caudal relicto, derecho que la partición convertirá en concreto, ya exclusivo ya en pro indivisión sobre bienes determinados. La comunidad general, en cuyo seno se contiene, en potencia, la comunidad ordinaria, dará paso, si ha lugar, a una comunidad ordinaria. Desde esta perspectiva conceptual, sólo entonces será posible la acción de división. Este sistema trasciende la vieja idea romana, traducida en el principio nomina et debita ipso iure dividuntur, según la cual el hecho sucesorio determinaba la inmediata proyección en cuotas sobre cada uno de los bienes del caudal de la posición de los coherederos, que por medio de la división, y a través de una cadena de permutas, cambiaban su cuota*

⁶¹⁹La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, confirmada en casación, había aceptado la partición realizada en cuaderno particional realizado por el contador-partidor designado judicialmente argumentando, no sólo que no era lesiva para los derechos hereditarios del recurrente sino aduciendo su conveniencia “*sobre todo desde la perspectiva de la sensatez y promoción de la paz en las relaciones humanas, al llevar al máximo de división en la adjudicación de esa Casa Cuartel, supone un intento de poner fin a más de quince años de peleas, graves en ocasiones, como consta a través de los procedimientos, incluso penales*”. El Tribunal Supremo rechaza la realización de una nueva partición, no sólo en cuanto podría desequilibrar la situación creada por las operaciones particionales practicadas, sino también acudiendo al argumento de que “*...esto puede contravenir... la voluntad de los testadores, que nunca quisieron un enfrentamiento constante entre los hermanos*”.

de unos bienes por la de otros. Fue la permutatio, que todavía recogían los inmediatos precedentes del Code Napoléon, y cuyo rastro se percibe en preceptos como los de los artículos 1069 y 1070 Cc”.

Ahora bien, mientras que la aceptación puede realizarse separadamente por los llamados a la herencia, la adjudicación de titularidades exclusivas sobre bienes concretos requiere del consentimiento de todos los coherederos. Recogiendo una jurisprudencia constante, lo ha declarado así la RDGRN de 3 de abril de 2014 en el caso de una escritura de aceptación y manifestación de herencia en la que una de las dos herederas se adjudica por sí sola la mitad indivisa de las dos fincas del caudal relicto. Resuelve la Dirección General que «cabe la aceptación separada por los llamados, pero se exige la concurrencia de todos para convertir el derecho hereditario abstracto en un derecho concreto sobre los bienes del caudal hereditario, susceptible de ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad», tanto en el Código civil como en la legislación catalana, donde se plantea (art. 464-6 CCCat). Sin embargo, en el caso concreto, al haber sido inscrita en el Registro la mitad indivisa del caudal hereditario a favor de una de las coherederas por escritura otorgada por sí sola, y sin prejuzgar si esa inscripción debió practicarse, debe ahora hacerse lo mismo con la otra, ya que en ese momento confluye el consentimiento de las dos a la adjudicación pro indiviso.

La operación particional extingue no solo la comunidad hereditaria sino también, en la práctica, los derechos o expectativas que cualquiera de los coherederos pudieran tener, por cualquier título, sobre lo adjudicado a los demás coherederos, por ser frecuente en las escrituras de partición la inclusión de cláusulas de renuncia, aceptándose por los comparecientes que, con las adjudicaciones efectuadas, se dan por íntegramente pagados de todos sus derechos en la herencia, sin que tengan nada que reclamarse, por ser de idéntico valor lo recibido a lo que les correspondía en el pro indiviso disuelto, al tiempo que renuncian a cualquier derecho que por cualquier título pudiesen tener sobre la propiedad de los bienes cuyas cuotas partes han sido adjudicadas a los demás comuneros, así como los derechos expectantes que pudieran tener sobre las otras porciones de las fincas no adjudicadas a ellos, de los que no existe un título conocido⁶²⁰.

No obstante, dicha renuncia, como señala la STS de 20 de enero de 2012, ha de haberse realizado por todos, y no solamente por alguno o algunos de los coherederos, no puede referirse sino a facultades que se presupone han entrado en la titularidad del renunciante⁶²¹, y no alcanza a bienes o derechos subjetivos futuros, no nacidos todavía a la vida jurídica⁶²², o desconocidos en el momento de la partición y aparecidos posteriormente, ni en general a bienes que no fueron objeto de la partición.

La partición transforma al coheredero en titular dominical de los bienes y derechos que le son adjudicados, lo que hasta el momento no era, pues mientras no tenga lugar la partición, el heredero no es titular de ningún bien o derecho concreto de los que componen el caudal relicto. Es decir, no adquiere la propiedad de los bienes que

⁶²⁰Una cláusula de este tipo se reproduce, por ejemplo, en la STS de 20 de enero de 2012 como parte de una escritura notarial de partición de herencia.

⁶²¹Como señaló la STS de 11 de octubre de 2001.

⁶²²En este sentido, STS de 23 de noviembre de 2007, reiterando la de 23 de febrero de 1995.

le corresponden hasta que en virtud de la partición se le adjudiquen bienes en pago de su cuota. El derecho que hasta el momento ostentaba, adquirido por medio de la aceptación de la herencia, es un derecho abstracto, en el sentido de que la cuota que pertenece a los coherederos recae sobre el global del caudal hereditario (un derecho que la STS 17 de mayo de 1966 calificaba como “*un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal*”). Solo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia, siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto (SSTS 3 de febrero y 27 de mayo de 1982, 3 de junio de 1989, 5 de marzo de 1991, etc.). Por eso, si la división es parcial, la transformación de las cuotas abstractas en titularidades plenas sobre bienes concretos se limitará a la parte de la herencia que haya sido objeto de la división, de manera que la comunidad hereditaria pervivirá sobre la parte que permanezca indivisa, conforme a sus reglas propias.

Aún con mayor énfasis declara la STS 29 de diciembre de 1988, con precedente en la de 16 de febrero de 1987, que la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, “... *ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria o por cuotas o romana (artículos 392 y sigs. Cc), como han señalado, entre muchas otras, las SSTS 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001, etc*”.

9.3.5. La disolución de la sociedad de gananciales previa a la partición

Con frecuencia, antes de llevar a cabo la partición hereditaria es preciso proceder a la disolución de la sociedad de gananciales. Se da esta situación cuando el matrimonio del causante se rigió por éste régimen económico y por lo tanto es preciso dividir y liquidar a su vez dos comunidades, puesto que, como declaró la STS de 18 de julio de 2012, hay que determinar, a los efectos del art. 659 Cc, cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan con la muerte.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que entre las titularidades que integran el caudal relicto se encuentra la cuota que el causante casado ostentaba en la sociedad que se ha extinguido con su muerte (art. 1392.1 Cc), de modo que, señala la citada sentencia “*como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, cuando se produce el supuesto que determina la disolución de la sociedad, se transforma en una comunidad por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes gananciales (SSTS 523/2004, de 10 junio; 591/1998, de 19 junio, 17 febrero 1992 y 21 noviembre 1987, entre otras). Por ello, serán dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto, a pesar de que no se haya procedido a la disolución de los gananciales*”.

9.3.6. Posición de los acreedores ante la partición de la herencia

Aunque nos hemos referido a la posición de los acreedores en relación con el pago de las deudas en otro Capítulo, al tratar de la administración de la herencia, debemos aludir aquí a las facultades que corresponden a los acreedores en el momento de la partición de la herencia.

a) Acreedores del causante

Los acreedores del causante, que como sabemos, no pueden instar la partición, tienen sin embargo reconocido por el artículo 1082 Cc⁶²³ el derecho a oponerse a que se lleve a cabo hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, y el mismo derecho se les reconoce en los artículos 464-3º CCCat⁶²⁴. y 370.1 CDF Arag y se entiende con frecuencia⁶²⁵ que la partición queda suspendida cuando hacen uso de este derecho, al menos en cuanto a su culminación.

En el ámbito procesal, el artículo 782.4 LECiv en aplicación del principio “antes pagar que partir” señala que los acreedores hereditarios que hayan sido reconocidos como tales en el testamento, o por los propios herederos o que tengan su derecho documentado en título ejecutorio, en tanto acreedores privilegiados, gozan del derecho de oposición a que se lleve a efecto la partición, hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos

Ahora bien, los acreedores por deudas del causante y los que lo sean por las cargas hereditarias no tienen por qué esperar a la partición, sino que pueden reclamar sus créditos en cualquier momento, con independencia de que se realice o no la partición, que es un proceso al que, en principio, resultan ajenos, puesto que no debe afectar a sus derechos.

Pero aunque el derecho reconocido por los citados preceptos no mejore su posición jurídica, si puede mejorar sus expectativas de cobro. La protección de los acreedores consiste, de una parte, en evitar que al realizarse la partición se oculten bienes o de cualquier otro modo se perjudique su derecho, de otro, se les posibilita forzar un cobro rápido de sus créditos ya que los coherederos pueden verse compelidos a realizar

⁶²³Aunque el precepto habla genéricamente de los “acreedores reconocidos como tales”, la doctrina entiende la norma como referida sólo a los acreedores del causante. El art. . 370.1 CDF Arag habla de los “acreedores hereditarios”, incluyendo a los acreedores por cargas hereditarias.

⁶²⁴En el Derecho civil de Cataluña, el beneficio de separación de patrimonios facilita la protección de los acreedores del causante (sobre todo frente a los acreedores particulares del heredero) que reconoce el artículo 461-23 CCCat. En virtud de este beneficio, los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar judicialmente que el patrimonio hereditario se mantenga separado del privativo del heredero. La obtención del beneficio les otorga “*derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero*”, pero no el derecho a perseguir inmediatamente los bienes de éste, pues según el mismo precepto “...*mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero. Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero*”.

⁶²⁵Vid. DEL POZO CARRASCOSA, en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit., pág. 207.

rápidamente la partición de los bienes ante la amenaza de oposición de aquellos (o a afianzar sus créditos), para evitar una dilación. Se trata, además, de evitarles la necesidad de perseguir los bienes, una vez realizada la partición y adjudicados éstos a los coherederos, reclamando a cada uno de los titulares.

Incluso ejercitada, la oposición no impide en realidad la práctica de las operaciones particionales como el inventario o la formación de lotes, sino solamente la adjudicación a los coherederos de las titularidades individuales sobre los bienes concretos y determinados, esto es, a su culminación efectiva (la oposición es a que la partición “*se lleve a efecto*”, según el art. 1082 Cc), Si la partición tiene por objeto hacer a cada uno de los coherederos dueño exclusivo y definitivo de los bienes concretos y determinados que le corresponden individualizando su derecho a través de la adjudicación de tales bienes, es precisamente ese acto el que la oposición de los acreedores impide, con lo que impide en realidad la eficacia de la partición, que no cumple su objeto.

Esta idea se confirma en el art. 788.3 LECiv, que establece⁶²⁶, para el caso en que el procedimiento de división judicial de la herencia haya sido instado por un acreedor, que “*no se hará entrega de los bienes a ninguno de los coherederos ni legatarios sin estar aquellos completamente pagados o garantizados a su satisfacción*”.

La facultad de oposición que el art. 1082 Cc reconoce a los acreedores tiene su ámbito propio de ejercicio en el desarrollo de las operaciones particionales, cuya culminación se trata de impedir. por lo que no puede ejercitarse cuando no procede partir, como ocurre cuando existe un heredero único, puesto que para éste, una vez aceptada la herencia el testamento constituye por sí solo título traslativo de dominio, como ya declaró el Tribunal Supremo en sentencias de 20 de febrero de 1890 y 31 de enero de 1903. La STS de 29 de diciembre de 1988 así lo entendió, al declarar que “*por lo que al no ser, en este supuesto de heredero único, necesaria partición alguna, como acertadamente también han entendido las contestes sentencias de la instancia, carece de todo sentido jurídico la invocación por algún acreedor de la herencia del art. 1082 del Código Civil para oponerse a una partición que no ha de practicarse, como tampoco pueden los acreedores, por el mero hecho de serlo, oponerse a que se inscriban en*

⁶²⁶Como excepción a la norma general del art. 788.1º LECiv que, establece que “*Aprobadas definitivamente las particiones, el Secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad...*”. La aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante Auto (art. 788.2 LECiv) y, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, mediante decreto del Secretario judicial, pero en cualquier caso es necesaria su protocolización notarial, y sin ella no puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la partición judicial. Una Res. DGRN de 9 de diciembre de 2010 exigió la protocolización notarial en un supuesto en el que se pretendía la inscripción registral directamente sobre la base de un testimonio del auto judicial de una división de herencia tramitada y resuelta sin oposición. La Resolución reconoce que una anterior de 13 de abril de 2000 admitió la inscripción del documento judicial, pero entiende que se trataba de un supuesto distinto, pues en aquel caso, el Juez aprobó las operaciones particionales y dispuso en el propio auto la inscribibilidad directa del testimonio del mismo, subordinando tan sólo la protocolización notarial a la previa petición del interesado, en tanto que en el caso de la Resolución de 2010 ocurría lo contrario, pues que la Magistrado Juez ordenaba oficiar al decano del Colegio Notarial para que participase al Notario a quien por turno correspondiese la protocolización, y remitirle las operaciones divisorias y testimonio del Auto.

el Registro de la Propiedad los bienes hereditarios a nombre de ese heredero único, utilizando como título para tal inscripción el testamento de la causante (art. 14 de la Ley Hipotecaria y 79 de su Reglamento)". Todo ello sin perjuicio de que los acreedores conserven, lógicamente, las demás medidas cautelares que les ofrece el ordenamiento jurídico para el aseguramiento y efectividad de sus créditos.

b) Acreedores particulares de los herederos

Los acreedores particulares de los coherederos no están facultados para instar la partición, ni pueden tampoco oponerse a su práctica en los términos estudiados. Su derecho se constriñe a la posibilidad de intervenir a su costa en misma con el fin de evitar que se realice en fraude o perjuicio de sus derechos⁶²⁷ (art. 1083 Cc y 370.2º CDF Arag⁶²⁸).

Esta es, por otra parte, la facultad que se les reconoce en general en la división de la cosa común. En este punto es interesante la diferencia entre el régimen del Código Civil y el del Código Civil de Cataluña. En el art. 403 Cc, sin hacer distinción entre los tipos de acreedores, se reconocen los derechos de intervención y oposición: "*Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez*". El art. 552-12.3º CCCat sin embargo, establece con claridad el ámbito de esta facultad, señalando al tiempo sus límites y sin incluir con carácter general la posibilidad de oposición, sino, al contrario, favoreciendo la práctica de la división "*los titulares de créditos contra cualquiera de los cotitulares pueden concurrir a la división y, si se efectúa en fraude de sus derechos, impugnarla, pero no pueden impedirla*".

Estos preceptos establecen un mecanismo de protección de los créditos que permite a los acreedores mantenerse informados acerca de la forma en que se llevan a cabo las operaciones de la partición posibilitando un control que evite fraudes y perjuicios a su derecho. La protección del interés de los acreedores particulares de los coherederos es diferente de la que se confiere a los acreedores del causante, como es también

⁶²⁷MINGORANCE GOSÁLVEZ ha estudiado en detalle la posición de los acreedores particulares de los herederos antes. Véase MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen, "La situación de los acreedores particulares del heredero antes, durante y después de realizada la partición", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol I. Ed. Universidad de Murcia y Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ob. cit, págs 3268 y sigs. También en *El pago de las deudas hereditarias*, Ed. Dykinson, 2004, págs. 230 y sigs.

⁶²⁸Artículo 370. *Derechos de los acreedores* .

1. *Los acreedores hereditarios reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o garantice el importe de sus créditos.*
2. *Los acreedores de uno o más de los partícipes pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.*

diferente la masa de bienes sobre la que pueden hacer efectivo su derecho. En tanto que los éstos últimos pueden perseguir cualesquiera de los bienes de la herencia, con independencia de a quien sean adjudicados como consecuencia de la partición (y por eso señalábamos, que, en principio, son ajenos a este proceso), los acreedores de los coherederos solamente pueden dirigirse contra los bienes se adjudiquen a su deudor en la partición. Por eso, la partición es para ellos de gran importancia, y su interés consiste en asegurarse de que se asignan al coheredero deudor los bienes que les corresponden y en que las operaciones particionales no se verifiquen con ocultación de bienes u otras actuaciones que disminuyan la parte que a aquel corresponde o de otro modo perjudiquen la efectividad de los créditos, incluso si no existe ánimo fraudulento, pues para el art. 1083 Cc basta la amenaza o previsión de un perjuicio efectivo para fundamentar su intervención en la partición.

Se entiende que el derecho de concurrir a la partición permite a los acreedores particulares de los coherederos controlar la práctica de las operaciones que la integran, pero sin que ello entorpezca el pago de acreedores preferentes, como lo son los de la herencia⁶²⁹.

Los acreedores particulares cuyo derecho se vea defraudado o perjudicado tras la partición podrán impugnarla solicitando su rescisión por lesión, la inclusión en la cuota del heredero deudor de bienes que hubieran sido omitidos, etc., pudiendo instar asimismo, como legítimos interesados, la anotación preventiva del derecho hereditario del coheredero (art. 46.1º LH), y también la de embargo, al amparo del art. 46.3º LH.

9.3.7. La división de la comunidad con cuotas gravadas

La partición de la herencia no afecta en principio a los terceros, puesto que no se verán afectados en principio por ella. La partición produce sus efectos exclusivamente entre los coherederos y, por ende, los terceros conservarán conforme al artículo 405 Cc⁶³⁰ “*los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que les pertenecieran antes de realizar la partición*”, e igualmente conservarán su fuerza a pesar de la división, “*los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad*”.

La norma se confirma en el artículo 490 Cc para el usufructo⁶³¹, y para la servidumbre en el artículo 535 Cc (arts. 556-12 CCCat y 554 CDF Arag)⁶³² que establecen

⁶²⁹El art. 1034 Cc impide a los acreedores particulares del heredero “*mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios*”, lo que puede conciliarse con la facultad de concurrir a la misma y controlar las operaciones particionales en protección de su crédito.

⁶³⁰El CCCat contiene una disposición similar al respecto en el artículo 552-12.2º.

⁶³¹Al señalar el precepto en su inciso segundo que “*Si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario o condueño*”.

⁶³²Artículo 535 Cc

Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponde.

la subsistencia de estos derechos reales sobre los bienes adjudicados o sobre la parte de los mismos que a cada uno corresponda como resultado de la división.

La Ley Hipotecaria establece asimismo en el artículo 123⁶³³ la indivisibilidad de la hipoteca aunque la finca hipotecada se divida entre dos o más, de modo que el crédito no se dividirá a no mediar pacto entre acreedor y deudor. La STS de 25 de febrero declaró que la indivisibilidad es un elemento característico de la hipoteca, como derecho real de garantía dirigido a asegurar el cumplimiento de una obligación. De ahí que, en tanto el débito del que responde no se satisfaga íntegramente, seguirá la hipoteca gravando la totalidad del fundo a ella sujeto y los pagos parciales del crédito no alteran la función ni la extensión de la hipoteca, hasta que el débito se satisfaga por completo.

El problema de la extinción del condominio con cuotas gravadas y la trayectoria jurídica que han de seguir los gravámenes ha preocupado a la doctrina registral⁶³⁴. Se ha planteado el caso en el que se practica la división de la comunidad, atribuyendo a cada uno de los copartícipes, en equivalencia de su cuota, un dominio sobre una de las partes en que se divide la cosa común y, al presentarse el documento de división material y extinción, en el Registro de la Propiedad consta gravada alguna de las cuotas de la finca matriz.

La práctica general en los Registros de la Propiedad es la de dejar en indeterminación el gravamen (usufructo, hipoteca, embargo, condición resolutoria, afección fiscal o cualquier otro recayente sobre la finca) arrastrándolo en los lotes resultantes de la inscripción. A menos que, además de los partícipes en el condominio, presten su consentimiento para la concreción de la carga los titulares de la misma, debe entenderse que en nuestro Derecho, en principio, no es necesario ese consentimiento de los titulares del gravamen para que éste se concrete o determine, pasando a recaer sobre el bien o bienes adjudicados en pago de la cuota o parte indivisa gravada. No es posible establecer ese consentimiento como condición de validez del acto de extinción de la comunidad, pues los comuneros no gravados se verían afectados por un acto, el de gravamen de la cuota, en el que no han tenido parte ni intervención. Dada la propiedad independiente que cada uno tiene sobre su cuota; exigir ese consentimiento llevaría a la consecuencia lógica de que ninguno de los copartícipes pudiera gravar su cuota sin el consentimiento de los demás, pues tal acto les afectaría en la medida en que, para disolver la comunidad, habrían de contar con el consentimiento del titular del gravamen. No obstante, para BADÍA SALILLAS, el titular del gravamen sobre una cuota

Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

⁶³³ Artículo 123 LH: *Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, o contra todas a la vez...*

⁶³⁴ A este problema han dedicado atención, entre otros PRESA DE LA CUESTA en los *Boletines del Colegio Nacional de Registradores y Mercantiles de España*, núms. 202, 203 (junio y julio de 1984) y 217, (1 noviembre, 1985), ALONSO CASADO, *Boletín* núm 210 (marzo, 1985) RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Boletín* núm 216 (octubre, 1985) y BADÍA SALILLAS.

ve modificado el objeto de su derecho y debe a su juicio ser notificado de la partición, en caso de encontrarla realizada en fraude de su derecho, e impugnarla, evitando que la conozca en un momento posterior en el que ya no sea posible la reparación del fraude, por la existencia de terceros protegidos de los bienes resultantes.

En efecto, el artículo 399 Cc, al establecer la plena propiedad que corresponde a cada copartícipe sobre su cuota y la disponibilidad de la misma, no exige en ningún momento la intervención de los demás condueños, y señala sólo que el efecto del acto dispositivo con relación a éstos, estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Lo que implica que la carga, al referirse a la cuota, y no al bien o bienes que se tiene en común no afecta a los demás cotitulares, que recibirán su lote libre de las mismas⁶³⁵. Cosa distinta es que el gravamen recaiga sobre la cosa común, supuesto para el que el art. 405 Cc consagra la regla de intangibilidad del gravamen respecto de los terceros (que confirma el régimen de los artículos 1082 y 1083 Cc para la partición hereditaria), de modo que en este caso el gravamen no se modifica ni se perjudica como consecuencia de la división, sino que sigue teniendo el mismo objeto y, a menos que se pacte otra cosa, afectará a los copartícipes tras la división, como también les afectaba antes.

La regla por lo tanto es que el gravamen sobre la cuota queda concretado sobre la porción que se adjudique como resultado de la división al coheredero gravado, y no hay razón para arrastrarlo en las inscripciones de todos los lotes. Esta trayectoria jurídica —la circunscripción del gravamen— es la que confirma, de forma específica para la comunidad hereditaria el artículo 216-10º de la Ley Hipotecaria que, para el caso de haberse anotado el embargo sobre las fincas de una herencia en la cuota correspondiente al derecho hereditario del deudor, dispone la cancelación de la anotación en cuanto a las fincas no adjudicadas a éste en la partición, por lo que quedará aquella concretada a las que se le hayan adjudicado en pago de su cuota.

La carga por lo tanto se arrastrará sólo en el folio o folios de la finca o fincas adjudicadas al coheredero gravado y no en general. Y este es el criterio que, en relación con la anotación preventiva del derecho hereditario sostiene el artículo 206-10 del Reglamento Hipotecario cuando afirma, realizando una aplicación del artículo 399 Cc, que los bienes adjudicados a un heredero no embargado quedan libres de la anotación, cancelándose ésta en cuanto a esos bienes.

Lo señalado no obsta para que los coherederos puedan en el momento de la partición, constituir nuevos derechos o gravámenes sobre los bienes, como si deciden crear una servidumbre entre fincas adjudicadas a dos de ellos, caso en el cual la partición no podrá considerarse totalmente determinativa o especificativa, sino, en parte, también constitutiva. El artículo 154.1º RH se refiere a las hipotecas que, conforme a los artículos 88, 89 y 90 de la LH han de constituir el heredero o legatario gravado con rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador a favor del pensionista, estableciendo que dicha hipoteca “*deberá constituirse en la escritura de partición en que se*

⁶³⁵En nuestro ordenamiento no hay norma que reclame la intervención en la partición de los titulares de cargas o gravámenes sobre las cuotas de los coherederos, En este sentido se expresaron las RRDGRN de 24 y 27 de diciembre de 1934 y 31 de julio de 1987.

adjudique el inmueble gravado por la pensión y, a falta de ella, en la escritura pública otorgada por el heredero o legatario gravado y el pensionista, o por sentencia, si no se avinieren en la manera de constituir dicha hipoteca”.

9.4. Efectos de la división de la comunidad hereditaria por medio de la partición

9.4.1. Efectos de la división

El efecto principal de la división del caudal es la cesación de la comunidad hereditaria por medio de la individualización o concreción del derecho, ideal y abstracto que cada uno de los coherederos ostentaba sobre el caudal, que se convierte en uno concreto y exclusivo de carácter dominical sobre los bienes y derechos que le sean adjudicados. A este efecto se refiere la STS de 28 de mayo de 2004 (FJ 4º), al declarar que *“La partición, pues, sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se le adjudican; la partición específica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero”.*

La partición *“legalmente hecha”* produce, conforme al art. 1068 Cc el efecto de atribuir a cada coheredero *“la titularidad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”*. Una titularidad que hasta entonces no ostentaban, puesto que hasta el momento de la partición ningún coheredero puede considerarse titular dominical de ningún bien concreto, sino solamente colitular de un derecho ideal o abstracto sobre el conjunto de los bienes que integran la masa hereditaria. Así la STS de 6 de febrero de 2007⁶³⁶ señala que *«en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria»* y en el mismo sentido que *«todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición».*

Esta es también la línea seguida recientemente por la STS de 28 de febrero de 2013⁶³⁷ que, citando la de 16 de septiembre de 2010 (también relativa a la viabili-

⁶³⁶Vid— SSTS de 25 de mayo de 1992 y 6 de octubre de 1997, 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007, todas las cuales contienen la afirmación de hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario.

⁶³⁷La sentencia resuelve un recurso de casación en un juicio verbal de desahucio por precario, interpuesto por varios hermanos, actuando en su nombre y en nombre de la comunidad hereditaria de sus padres, contra otro de los hermanos y su esposa, por la que tras poner de manifiesto que la herencia de sus progenitores no se había dividido, solicitaban se acordara el desahucio por precario del demandado en relación con varias fincas que, formando parte de la comunidad hereditaria, estaban siendo usadas en exclusividad por los demandados, sin pagar renta o merced alguna. El Tribunal declaró que concurrían los presupuestos para declarar el desahucio, puesto que *“el demandado está usando la finca objeto del desahucio de manera excluyente, frente al resto de los coherederos; la finca forma parte de una he-*

dad del precario durante la vigencia de la comunidad hereditaria y a la posibilidad de ejercicio de la acción de desahucio contra el coheredero poseedor exclusivo de un bien perteneciente a aquella) afirma sobre el señalado efecto de atribución dominical declarado por el art. 1068 Cc que “*la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (artículo 392 del Código Civil), (SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008)*”, recordando la doctrina de la Sala de que “*Hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario*” (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007”.

En efecto, como sabemos en el período de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza. Y hasta que las adjudicaciones no sean realizadas y adecuadamente aprobadas en su caso, no puede reconocerse dominio concreto sobre bienes pertenecientes a la herencia y comunidad hereditaria (STS 27 de Mayo de 1982). Una de las consecuencias directas de este razonamiento es que, mientras dure este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria. La partición tiene la consideración de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (STS de 4 de mayo de 2005).

El testamento, o la declaración de herederos *abintestato* no son por lo tanto títulos suficientes para justificar la adquisición de bienes concretos de la herencia mientras no se lleve a cabo su liquidación y, por consecuencia de ella, la participación y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente (Sentencia de 7 de junio de 1958), ni hasta tanto pueden prosperar acciones que presuponen la cualidad de propietario de tales bienes, como las reivindicatorias o las tercerías de dominio, como declaró la STS de 5 de noviembre de 1992⁶³⁸, porque aquellos títulos no son por sí solos suficientes para fundarlas, ya que sólo confieren un derecho abstracto, recayente sobre el patri-

renencia no dividida, y la demanda pretende recuperar la finca objeto de desahucio para la comunidad hereditaria”.

⁶³⁸La sentencia desestimó la tercería de dominio, toda vez que en el momento en que se trabó el embargo del piso sobre cuya propiedad se discutía, tan sólo existía en favor de los terceristas el testamento de su madre que, según jurisprudencia del TS no comporta la transmisión a los mismos del dominio del piso, dominio que sólo se les transmitió cuando años después de trabado el embargo sobre el mismo por la demandada, se procedió a otorgar la escritura de partición hereditaria. En consecuencia, los terceristas no ostentaban título suficiente sobre el bien objeto de reivindicación en el momento de su embargo, por lo que el Tribunal no accedió a la tercería de dominio, que requiere, para prosperar, los mismos requisitos que para el éxito de la acción reivindicatoria, señalando que “*la justificación dominical del tercerista ha de ser referida a la fecha en que se realizó el embargo causante de la privación posesoria y de la propiedad del bien embargado, por ser en tal momento cuando se produjo la decisión perturbadora,*

monio relicto que permanece en indivisión. Ahora bien, practicada la partición, cada uno de los coherederos se hace dueño de los bienes adjudicados porque, como declaró la citada sentencia *”aquel derecho abstracto se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le hayan adjudicado, ostentando, a partir de dicha adjudicación, una titularidad ordinaria (Sentencia de 21 de julio de 1986).* “ La partición del caudal, como acto dispositivo, lleva también aparejada la obligación recíproca de saneamiento que establece el artículo 1069, que en una aplicación concreta de la norma del art. 1475 Cc impone a los coherederos, una vez hecha la partición, la obligación recíproca de evicción y saneamiento de los bienes adjudicados. Una norma similar puede encontrarse en el derecho civil de Cataluña, donde el artículo 464-11.1º CCCat establece la regla general⁶³⁹ de que *“Una vez hecha la partición, los coherederos están obligados, recíprocamente y en proporción a su haber, al saneamiento por vicios ocultos y evicción de los bienes adjudicados [...]”*

El artículo 464-11 CCCat, excepciona el caso de que la partición haya sido hecha por el causante y el testamento no disponga lo contrario o permita presumirlo de manera clara, o los coherederos hayan eliminado expresamente esta obligación o renuncien a la misma. En caso de evicción la acción prescribe a los tres años de la privación del bien y si el saneamiento es por vicios ocultos, la acción sólo puede ejercitarse, salvo pacto en contrario, si el vicio aparece dentro de los seis meses siguientes a la adjudicación del bien, y prescribe a los tres años contados desde la aparición

Del caudal hereditario se detraerán los gastos necesarios para realizar la partición, siempre que, conforme a la norma del artículo 1064 Cc se hayan hecho *“en interés*

por lo que es irrelevante la adquisición del dominio en tiempo posterior (Sentencia de 30 de octubre de 1983)”.

⁶³⁹El precepto del 464-11.1º en términos similares a los del artículo 1070 Cc exceptúa de esta regla los casos en que:

- a) *La partición haya sido hecha por el causante y el testamento no disponga lo contrario o permita presumirlo de forma clara.*
- b) *Los coherederos lo excluyan expresamente o renuncien a ello.*
- c) *La evicción proceda de una causa posterior a la partición o la sufra el coheredero adjudicatario por culpa propia.*

En el caso de evicción por vicios ocultos, el CCCat opta por el reconocimiento a favor de coheredero perjudicado de un crédito en los términos del art. 464-11.2º:

- 2. *En caso de saneamiento por vicios ocultos, el adjudicatario tiene derecho a ser compensado en dinero por la diferencia entre el valor de adjudicación del bien y el valor que efectivamente tenía debido al vicio.*

Finalmente, el precepto establece en su pfo. 3º los plazos de prescripción de la acción de saneamiento, señalando plazos distintos para cada modalidad:

- 3. *La acción de saneamiento por evicción prescribe a los tres años de la privación del bien al adjudicatario por sentencia firme. La acción de saneamiento por vicios ocultos solo puede ejercerse, salvo pacto en contrario, si el vicio aparece en los seis meses siguientes a la adjudicación del bien, y prescribe a los tres años de su aparición.*

común de todos los coherederos”, en tanto que los realizados en interés particular de alguno de ellos, serán a cargo del mismo.

9.4.2. La adjudicación de los lotes y la entrega de los títulos

La atribución particular de los bienes que integran la comunidad hereditaria se hace efectiva por medio de la adjudicación a los coherederos de los lotes correspondientes, formados según las indicaciones del testador, por el contador-partidor, o por convenio entre los propios coherederos. La falta de acuerdo en la distribución de los lotes obliga, si concurre el acuerdo unánime de los coherederos, a acudir al sorteo⁶⁴⁰ de los mismos, antes de llegar al remedio último de la partición arbitral o judicial.

En cualquier caso, producida la adjudicación de los lotes, cada coheredero tiene derecho a la entrega de los títulos que justificaban la titularidad del causante. Con referencia a las fincas, aunque aplicable a los demás bienes considerados como inmuebles, y también a los muebles, lo establece así el art. 1065 Cc: *“Los títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refieran”*.

Desde el punto de vista procesal, el art. 788 LECiv prevé también la entrega de los “títulos de propiedad”, sin diferenciar entre las clases de bienes. Si en el título están incluidas varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o a una sola que se haya dividido entre dos o más, establece el art. 1066 Cc: *«El título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes, a costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda. Siendo original, aquél en cuyo poder quede deberá también exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren»*.

9.4.3. Supuestos en que la partición no supone la extinción de la comunidad

El efecto más característico de la partición es, por lo tanto, el de conferir a cada heredero *“la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”*, conforme al art. 1068 Cc.

Sin embargo, no siempre la partición implica la extinción de la comunidad hereditaria. En algunos supuestos, como el de la partición parcial o la partición provisional, porque la partición no evitará que la comunidad hereditaria subsista sobre los bienes que no hubieran sido objeto de división; en otros como el de la partición provisional, porque ésta no puede extinguir la comunidad hereditaria hasta tanto se convierta en definitiva, como ocurre en el caso de la partición practicada estando alguno de los coherederos sujeto a condición suspensiva, caso en el que, conforme al artículo 1054 Cc, éste no podrá pedir la partición hasta que la condición se cumpla, pero los otros

⁶⁴⁰El sorteo como mecanismo de adjudicación aparece previsto para los bienes indivisibles en el art. 464-8.2 CCCat, que remite al 552-11.5 del mismo texto legal.

coherederos podrán solicitarla asegurando competentemente el derecho del primero para el caso de cumplirse la condición; y hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición.

En otros casos, como ha apuntado VALLET⁶⁴¹, la partición no provoca la cesación de la comunidad, ni hace a cada uno de los coherederos dueño exclusivo de bienes que integraban el caudal, sino que da lugar a su transformación en una comunidad indivisa sobre la totalidad o parte de los bienes hereditarios, Ese es el sentido de la distinción que el artículo 46 LH establece entre el derecho hereditario que corresponde a los coherederos en la herencia y el que se les atribuye como consecuencia de la partición, consistente en la *“especial adjudicación a los mismos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos”*. No obstante, debe observarse con ESPEJO LERDO DE TEJADA⁶⁴² que en el caso de conversión o transformación de la comunidad que subsiste no es la misma que la anterior a la partición, *“sino una comunidad normal por cuotas (SSTS de 24 de enero de 1963 y 17 de marzo de 1966), de que la partición opera una transformación de la cuota abstracta que recae sobre el patrimonio en titulares normales sobre bienes ordinarios. Así, STS de 28 de junio de 2001”*.

Sobre los supuestos de transformación y sustitución de la comunidad hereditaria en otra figura trataremos en el Capítulo XI.

9.5. Tributación de las adjudicaciones realizadas en virtud de la partición

La adjudicación de bienes en la partición que extingue la comunidad hereditaria es un acto de concreción o individualización de los derechos que cada coheredero ostentaba sobre la comunidad, que se transforman ahora en titularidades exclusivas sobre bienes concretos y determinados, por lo que no se produce transmisión del dominio que constituya base imponible al ITP y AJD siempre y cuando dicha adjudicación sea proporcional a los derechos que cada uno tenía sobre la masa.

A la misma conclusión debe llegarse cuando, por haberse instado judicialmente, la adjudicación se realiza en subasta judicial. El TSJ de Valladolid, en S. de 3 de septiembre de 2010 resolvió un caso en el que, habiéndose adjudicado a los coherederos varias fincas en virtud de sentencia, el Servicio de Economía y Hacienda de la Delegación Territorial competente formuló liquidación complementaria en concepto de ITP y AJD, modalidad TPO. El recurrente solicitaba la anulación de la liquidación, entendiendo que la titularidad de las fincas se derivaba de los derechos preexistentes que les correspondían y que han sido transformados adjudicándosele el dominio de alguna de

⁶⁴¹ VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. 2, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, cit. pág. 445.

⁶⁴² ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. “Comentario al artículo 1068 Cc”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 7801.

las fincas una vez realizada la disolución, mediante sentencia judicial, de la comunidad hereditaria existente.

El TSJ tomó en consideración la doctrina jurisprudencial que declara que la división de la cosa común, con extinción de condominio, implica la concreción de las cuotas que ostentan los copropietarios a través de la distribución y adjudicación de las proporciones que le corresponden, sin variar ni los titulares, ni el número ni la proporción de las participaciones. Por tanto, se trata de actos internos de la comunidad de bienes en los que no existe traslación del dominio, por lo que no puede entenderse que exista una transmisión patrimonial propiamente dicha que pueda constituir hecho imponible del ITP y AJD.

En consecuencia, como la adjudicación de las fincas se había realizado entre los propios condueños a los que pertenecían previamente estas fincas en régimen de copropiedad, no interviniendo terceros, lo único que se produjo fue la transformación de los derechos de los comuneros en la propiedad exclusiva sobre alguna de las fincas, por lo que no existe operación sujeta a la modalidad TPO del ITP y AJD. El hecho de que la adjudicación de las fincas se haya realizado mediante subasta pública no altera este razonamiento.

El Derecho civil de Cataluña recoge un criterio inequívoco en este punto: la del artículo 552.11 del Libro Quinto del CCCat, relativo a Derechos Reales, (y aplicable en la partición de herencia según el artículo 464.8 del Libro Cuarto) disponiendo que en los casos de adjudicación de una cosa indivisible, el valor pericial que pague el adjudicatario a los de más coparticipes “*en ningún caso tendrá la consideración de precio ni de exceso de adjudicación*”.

9.6. Supuestos en que no es necesaria la división del caudal. La situación del heredero único. La situación de existencia de un solo bien en la herencia

Existen supuestos en los que se hace innecesario salir de la situación de indivisión. En todos los casos se trata en realidad de situaciones en que está ausente alguno de los elementos esenciales, objetivos o subjetivos, de la comunidad hereditaria. La doctrina distingue los tres siguientes: la situación del heredero único, la reunión en una sola mano de la totalidad de las cuotas y la partición hecha por el propio testador.

No obstante ser habitual la agrupación sistemática de estos supuestos, en realidad mantienen entre sí diferencias importantes. Así, la reunión de la totalidad de las cuotas hereditarias en manos de uno sólo de los coherederos, o de un extraño, a título oneroso o gratuito, presupone la existencia de una comunidad hereditaria en la que, de manera sobrevenida, falta la pluralidad de sujetos sin la cual no puede mantenerse. Sin embargo, la existencia de un heredero único excluye *ab initio* la posibilidad misma de surgimiento de la comunidad, como ocurre con la herencia con un solo objeto, que se organiza como una comunidad ordinaria, o con los supuestos en que la partición ha

sido ya realizada por el propio testador, en uso del derecho que le atribuye el artículo 1056 Cc y de su soberanía para disponer *mortis causa* de sus bienes.

En consecuencia, es más apropiado hablar de supuestos en que no es precisa la partición.

9.6.1. Situación del heredero único

El art. 1051 Cc⁶⁴³ presupone, al regular la facultad de pedir la división hereditaria, la existencia de una situación de comunidad de la que se desea salir, normalmente tras haber intentado infructuosamente acordar con los restantes coherederos la partición del caudal. Ahora bien, si existe un solo heredero, no será necesario realizar partición alguna, puesto que los bienes pasarán automáticamente al patrimonio del sucesor, y faltará el elemento subjetivo de la comunidad: una pluralidad de sucesores llamados simultáneamente a los bienes y que hayan aceptado la herencia.

El Tribunal Supremo ha declarado la innecesariedad de las operaciones particionales en estos supuestos, *“pues estas solo resultan obligadas cuando es preciso poner término a una comunidad de cuotas indivisas en las que hay más de un partícipe, pero no cuando por pertenecer todo a uno solo no hay que individualizar la propiedad de bienes, hasta entonces indivisa, siendo para ello bastante el testamento como título justificativo del dominio del único heredero”* (S. de 30 de junio de 1959), destacando el argumento del valor traslativo del testamento⁶⁴⁴: *«en la hipótesis de heredero único, huelga la partición hereditaria en cuanto el testamento es, por sí solo, título traslativo del dominio de los bienes relictos al confundirse en tal supuesto el derecho abstracto sobre el conjunto patrimonial hereditario con el derecho concreto sobre cada uno de los bienes individualizados»* (STS de 16 de febrero de 1987)⁶⁴⁵.

El fundamento de la innecesariedad de la partición es para la jurisprudencia del Tribunal Supremo que jurídicamente nada procede partir cuando no existe una pluralidad de personas entre las que legalmente habría de hacerse la distribución, al precisarse al respecto de la existencia de una comunidad hereditaria, y no de una mera transmisión concretada legalmente a favor de una sola persona, ya que, *“la escritura de partición, según evidencian los artículos 1501 y 1068 del Cc, tan solo es necesaria para poner término a la comunidad inherente a la indivisión cuando hay más de un partícipe, por constituir, en otro caso, por sí solo título traslativo de la herencia”* (SS. de 20 de febrero de 1930 y 1 de enero de 1903), a causa de que, como proclama la S. de 31 de mayo

⁶⁴³Otro tanto resulta del art. 1052 Cc y del art. 464-1 CCCat, que se refieren a “todo coheredero”. El artículo 196.4º Cc se refiere al heredero único para el caso particular de la declaración de fallecimiento, señalando la obligación de los sucesores *“aunque por tratarse de uno sólo no fuese necesaria la partición”* de inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles.

⁶⁴⁴Y si bien es cierto, que el título genérico de dominio (testamento) debe convenientemente ser completado por el título específico (partición), como señaló la STS de 24 de febrero de 1966 *“ello no es necesario cuando está clara la institución de bienes determinados a una sola persona individual o jurídica llamada a ellos”*.

⁶⁴⁵En similar sentido, la STS de 29 de diciembre de 1988 y, anteriormente, SSTS de 20 de junio de 1930; 24 de febrero de 1966, 27 de abril de 1978; 29 de diciembre de 1988 y 9 de mayo de 1997.

de 1913, “cuando no hay más que un heredero único, le sirve de título justificativo de su dominio en la herencia, que se le transmitió desde la muerte del causante”.

Señala ROBLES LATORRE⁶⁴⁶ que los problemas pueden surgir cuando existiendo un único heredero, existan más sucesores del causante (p. e, que se nombre heredero único al hijo del matrimonio, pero muriendo uno solo de los cónyuges, caso en el cual el otro cónyuge es heredero forzoso y, por lo tanto, sucesor legal del causante, pero existe un solo heredero universal. Parece que en estos supuestos, sería necesaria la partición, como han sostenido las SSTs de 12 de junio de 1930, 22 de febrero de 1997, si bien podría entenderse que se trata de una concreción del usufructo

No obstante, que no proceda la partición no significa que no deban realizarse por el heredero único las actuaciones necesarias para la liquidación de la herencia⁶⁴⁷, como señaló la Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 1992.

Por último, la situación del heredero único es también relevante en cuanto a la inscripción de los bienes hereditarios, pues con arreglo al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, cuando haya heredero único no será necesaria la escritura de partición.

El precepto establece que “*el título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la LEC. Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero. Cuando se tratase de heredero único y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco Comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el artículo 16 de esta Ley, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante*”.

En este punto cobra importancia la diferencia entre los legitimarios según su derecho sea *pars valoris*, o *pars bonorum*, pues según posean una u otra consideración su intervención será necesaria para que la partición sea eficaz.

En el Derecho civil de Cataluña, la existencia de legitimarios no herederos no puede evitar la aplicación del artículo 14, pues los mismos poseen un mero derecho de crédito, que el heredero, salvo que el causante haya establecido otra cosa, puede pagar en bienes de la herencia o en dinero (artículo 451-11, número 1).

⁶⁴⁶ROBLES LATORRE, Pedro, “Comentario al art. 1067 Cc”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por M. PASQUAU, ob. cit., pág. 1728.

⁶⁴⁷Para la responsabilidad que corresponde al heredero único por las deudas del causante puede verse VÁZQUEZ ORGAZ, Jorge, “Responsabilidad del sucesor único o heredero en comunidad hereditaria”, *La Ley*, 1999-1, D—38, pág. 1769.

9.6.2. Situación en la que existe un solo bien en la herencia

La existencia de un solo bien en la herencia, concurriendo varios herederos, evita la partición, procediendo la atribución automática las cuotas a los coherederos, los cuales se consideran condueños del mismo en proindiviso.

La STS de 25 de junio de 2008 considera el supuesto como una excepción a la regla⁶⁴⁸, guiada por exigencias de justicia en supuestos en los que, como el que dio lugar a la Sentencia de 27 de diciembre de 1957⁶⁴⁹, se trataba de la existencia de un único bien en la masa hereditaria, por lo que entiende la sentencia que han de ser considerados condueños del mismo todos y cada uno de los herederos, aún antes de la partición.

También la STS de 29 de noviembre de 1995 señaló que “cuando solo hay un bien y dos herederos, no es necesario hacer la partición derivada de las operaciones testamentarias, en las que queda clara la proporción en la que los herederos suceden”

En parecidos términos se expresó la STS de 13 de diciembre de 1986, al declarar que *“la partición de herencia es precisa para poder disponer alguno de los herederos de determinados bienes concretos pertenecientes a la masa hereditaria; pero no lo es en cambio cuando concurren todos los herederos para disponer de alguno de los bienes que integran el caudal hereditario, en cuyo caso se entienden efectivamente adjudicados a los mismos proindiviso, pudiendo disponer los coherederos actuando conjuntamente”*. En este caso, entiende la sentencia, *“la aceptación pura y simple de los herederos que reciben la herencia en común y pro indiviso, transforma la comunidad hereditaria en otra ordinaria de bienes sobre el único que, al parecer existía, el inmueble del que se trata”*.

Para el caso de que el único bien de la herencia sea indivisible, cualquiera de los herederos podrá pedir su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, sin que, como señaló la Sentencia del tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997, quepa la atribución del bien a uno de los herederos con pago en dinero de los demás.

9.7. Supuestos en los que la partición no da lugar a la extinción de la comunidad hereditaria

Se ha planteado la cuestión de si es imprescindible que cuando se realice el negocio particional, este abarque a todos los bienes de la herencia, o si, por el contrario, es posible realizar particiones parciales. La posibilidad de dividir tan solo determinados bienes hereditarios es admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo, en las SS. de 4 de julio de 1902 y 21 de agosto de 1966, admite

⁶⁴⁸Las otras excepciones a la necesidad de la partición para que los herederos adquieran la propiedad sobre los bienes integrantes de la masa hereditaria serían los casos de heredero único y aquellos en los que tiene lugar la actuación de todos los coherederos respecto de la disposición de un bien, caso en el que se les reconoce el poder de disposición propio de un derecho concreto.

⁶⁴⁹Citando como precedente la STS de 12 de febrero de 1904.

esta posibilidad señalando, además, que dicha partición no tiene por qué guardar una forma determinada, en consonancia con el principio de libertad de forma del art. 1278 Cc, si bien la realización de una partición parcial no impide una posterior división de los bienes no incluidos en el primer negocio.

Es admitida asimismo en el derecho civil catalán, en el aragonés y en el gallego. Los artículos 464-4.1º CCCat, 365.2º CDF Arag y 273 LDCG autorizan que las disposiciones o pactos de indivisión se refieran a toda la herencia, a una parte del caudal o solamente a bienes concretos de la misma, (de una partición que comprenda “*bienes concretos y determinados*” habla el artículo 464-4.1º CCCat con referencia a la partición hecha por el propio causante) y en estos casos nos encontraríamos ante una partición parcial, que deberá completarse en un momento posterior.

En ocasiones, este tipo de partición tiene origen en la voluntad del testador, quien puede establecer en la partición testamentaria que determinado bien se incluya en el lote correspondiente a alguno de los coherederos. Esta adjudicación de bienes, a la que se refiere por ejemplo el art. 273 LDCG que tendrá carácter de una partición parcial, siempre que se trate de un acto verdaderamente particional, y no de un legado.

La partición parcial puede referirse no solamente a los bienes, sino también a los derechos reales integrantes del haber hereditario, como ocurre con el usufructo. La Resolución de la DGRN de 30 de diciembre de 2005 plantea la cuestión de si es posible proceder en la partición a la adjudicación del usufructo sin adjudicar la nuda propiedad entre los herederos. En el caso, mediante escritura de herencia, la viuda usufructuaria vitalicia con facultad de disponer, de acuerdo con el testamento, y la totalidad de los herederos, adjudicaban a la primera el indicado usufructo, sin que se proceda a la adjudicación de la nuda propiedad entre los coherederos, lo que motivo la suspensión de la inscripción. La DG admitió dicha adjudicación parcial al amparo de la libertad de dividir reconocida a los coherederos por el art. 1058 Cc.

La facultad de proceder a una partición parcial no es atribución exclusiva del testador. También el contador-partidor o los propios herederos pueden llevarla a cabo, acordando adjudicar el lote que corresponda a alguno o algunos de ellos y manteniendo indiviso el resto, o distribuyendo entre todos ellos una parte del caudal (por ejemplo el metálico) y dejando para un momento posterior la formación y adjudicación de lotes con el resto de los bienes. Lo que puede ocurrir incluso estando vigente una situación de indivisión, ordenada o convenida, si bien entonces, se somete a un criterio de oportunidad o conveniencia, esto es, a la concurrencia de una “*justa causa*” sobrevenida que ha de ser apreciada judicialmente. Este es el criterio del Derecho civil de Cataluña en relación con las situaciones de indivisión de la comunidad ordenadas por el testador o acordadas por los propios coherederos. A un anticipo parcial de bienes se refiere para este supuesto el artículo 463.2.1º CCCat: “*aunque exista una prohibición o un pacto de indivisión, el juez, a instancia de cualquier coheredero, puede autorizar la partición o un anticipo parcial en bienes de la herencia o en dinero, aunque no haya, si sobreviene causa justa*”.

También en el derecho civil de Cataluña recoge el artículo 464-6.3º un supuesto de partición parcial: “*3. Los coherederos pueden hacer la partición provisional de la he-*

rencia, a todos los efectos legales, adjudicando bienes concretos y dejando pendiente la adjudicación de otros bienes o la compensación en metálico de los excesos. Mientras esta adjudicación o compensación no se produzca, la partición definitiva queda aplazada”.

Aunque el precepto se refiere literalmente a la partición provisional, lo hace erróneamente, puesto que de su redacción resulta que las adjudicaciones realizadas son definitivas “a todos los efectos legales” y no provisionales y es la partición de una parte de los bienes —de otros bienes—, y no la seguridad de la practicada, lo que queda diferido a un momento posterior. Los excesos de adjudicación no dan lugar a la reformulación de la partición realizada, sino a la compensación en metálico, de modo que se tienen por firmes y definitivas las adjudicaciones, y lo que queda aplazada no es en realidad la “*partición definitiva*” sino la “*partición total*” de los bienes que integran el caudal.

La partición parcial no afecta al carácter de la comunidad, que subsiste idéntica en su naturaleza y régimen con relación con el resto de los bienes hasta que se agote el caudal con las adjudicaciones que se practiquen. Así lo ha señalado ALBALADEJO⁶⁵⁰, para quien por el sólo hecho de que se practique una división parcial, que no alcance a la totalidad de los bienes comunes, la comunidad sobre los que no se partieron no pierde su carácter de hereditaria, ni deja de regirse por las reglas de ésta.

El carácter parcial de la partición si afecta, en cambio, a la posibilidad de impugnación de la misma, puesto que, como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2009, respecto de ésta no cabe rescisión por lesión, ya que sólo cuando se conozca el total del *quantum* hereditario se podrá saber si se ha producido tal lesión. Así lo expresó también la sentencia 21 de enero de 1985, reiterando doctrina anterior, en estos términos: “*Que la rescisión de las operaciones particionales por lesión, siempre que su entidad económica sea superior a la cuarta parte atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, según dispone el artículo mil setenta y cuatro del Código Civil, descansa sobre la base de que el agravio en tal cuantía se haya efectivamente originado, lo que obviamente exigirá la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real referido a la época que el precepto señala, ponderado el cual si lo adjudicado al coheredero para el pago de su cuota no alcanza a cubrir el quantum de las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir con arreglo al efectivo valor de los bienes que componen la herencia, es claro que la lesión supera el cuarto del valor de la totalidad del lote, que es el que importa —sentencias de dieciséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco y veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta, regla de proporción respecto de la total masa partible que ha de ser referida al tiempo de la adjudicación y no al de la apertura de la sucesión o al de la demanda impugnativa”.*

⁶⁵⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M, *Curso de derecho Civil*, T. V, cit, pág. 123

Capítulo 10

Examen especial de las formas de partición atendiendo a quien la realiza

Índice del capítulo:

10.1. Formas de llevar a cabo la partición en atención a la persona o personas que la practican	382
10.2. La partición practicada por el propio testador	382
10.2.1. La facultad reconocida al testador por el art. 1056 Cc	382
10.2.2. Las disposiciones o normas de carácter particional y su eficacia	386
10.2.3. La ordenación sucesoria general del patrimonio familiar	390
10.3. La partición por el contador-partidor o albacea designado por el testador	392
10.3.1. Régimen legal y designación	392
10.3.2. Función y obligaciones del contador-partidor. Límites a su función	393
10.3.3. El supuesto de extralimitación en sus funciones por el contador-partidor	396
10.3.4. La partición por contador partidor dativo	398
10.4. La partición arbitral	399
10.5. La partición realizada por los coherederos	401
10.5.1. Facultad de los herederos de realizar por sí mismos la partición	401
10.5.2. Facultad de los coherederos de designar contador-partidor	403
10.5.3. Cuestión de si pueden los coherederos partir contra la institución de heredero ordenada por el testador	403
10.5.4. ¿Pueden los coherederos partir prescindiendo del contador-partidor o albacea?	405
10.5.5. Partición realizada en parte por los coherederos y en parte por el contador partidor	407
10.5.6. Partición conjunta de los patrimonios hereditarios de los cónyuges	408
10.5.7. Derechos civiles territoriales de Cataluña y Galicia	410
10.6. La división judicial de la herencia	411

10.1. Formas de llevar a cabo la partición en atención a la persona o personas que la practican

En atención a la persona o personas que tienen la facultad legal de practicarla o encomendarla, la partición puede llevarse a cabo por distintas vías. Así, la partición puede practicarse por el testador, a través de actos *inter vivos* o *mortis causa*⁶⁵¹ (arts. 1056.1 Cc, 464.4.1º CCCat, 368 CDF Arag. 274 LDCG y ley 338 CDF Nav.), por los propios herederos (arts. 1058 Cc, 344 y 345 CDFN y 294 LDCG y 464-6.1º y 2º CC-Cat), por partidor o albacea (art. 1057.1º Cc, 464-5 CCCat, 270 y 283 LDCG y leyes 340 a 344 CDF Nav.), por el partidor dativo (art. 1057.2º Cc y ley 344.2º CDF Nav.), por medio de árbitros (art. 464-7º CCat y 10 de la Ley de Arbitraje), o judicialmente (arts. 1059 Cc, 464-7.2º CCat, 270.4 LDCG, ley 345.3º CDF Nav. y arts. 782 a 805 LECiv).

Cualquiera que sea la forma, no puede llevarse a cabo la partición si no concurren una serie de presupuestos:

- (a) que la herencia corresponda a una pluralidad de herederos llamados a suceder;
- (b) que se encuentre en situación de indivisión; y
- (c) que no exista una partición previamente realizada⁶⁵².

Concurriendo éstos, la partición puede tener lugar por alguna de las vías legalmente reconocidas para alcanzar este resultado, las cuales se hallan sujetas a distintas reglas y presupuestos.

10.2. La partición practicada por el propio testador

10.2.1. La facultad reconocida al testador por el art. 1056 Cc

La partición practicada por el propio testador es un acto unilateral que tiene como base la indiscutible soberanía del mismo en la disposición *mortis causa*⁶⁵³ de su

⁶⁵¹En el Derecho civil de Galicia se admite la partición conjunta y unitaria realizada por ambos cónyuges equiparados a las parejas de hecho que conviven con vocación de permanencia), denominada “partija” (arts. 276 a 282 LDCG), tanto de los bienes privativos como de los comunes, aunque hayan testado por separado y con independencia del origen de los bienes.

⁶⁵²Para ROBLES LATORRE el problema de que, ante el ejercicio de la acción de división por parte de uno de los interesados, algún otro alegue la existencia de una partición previa radica en la dificultad de probar la existencia de una partición previa, e, incluso probada la existencia de un negocio jurídico previo, si este puede ser calificado de partición. (SSTS de 23 de junio de 1950 y de 8 de febrero de 1996). Lo que sí es doctrina asentada —afirma el autor— es que la existencia o no de un negocio particional previo es una cuestión de hecho, sujeta a la libre apreciación del Juez de instancia (STS de 1 de febrero de 1949). Cfr. ROBLES LATORRE, Pedro, *Comentarios al Código Civil. Comentario al artículo 1067*, coord. por M. PASQUAU.

⁶⁵³El testador puede realizar también la partición por acto *inter vivos*, en un acto separado, no testamentario, como admiten el art. 1056 Cc y los arts. 464-4.1º CCCat. Y 368.1 CDF Arag. En este caso,

patrimonio, (aunque puede también realizarse por un acto inter vivos) que es también fundamento de la sucesión testada, basada en el principio de la propiedad privada en cuanto transmisible *mortis causa*, y en el principio de la autonomía de la voluntad, reconocidos en el artículo 33.1 de la CE y deducidos del artículo 658.1º, del Cc.

Esta modalidad particional es considerada generalmente como un medio⁶⁵⁴, no solamente de asegurar el cumplimiento de su voluntad en la división y adjudicación de los bienes sino también de evitar la intervención en el proceso particional de otras personas, ahorrando el tiempo y los costes que otras modalidades de partición necesariamente conllevan.

Esta facultad de disponer *mortis causa* tiene, no obstante, el límite del respeto a la legítima⁶⁵⁵, establecida en el artículo 808 Cc y a su intangibilidad, cuantitativa y cualitativa, como añade el artículo 813 Cc.. En el derecho civil de Cataluña, la figura de la partición por el causante la regula el artículo 464-4, estableciendo que “1. La partición puede hacerla el propio causante, mediante un acto entre vivos o de última voluntad y puede comprender toda la herencia, o solo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados...”.

El testador puede realizar la partición de sus bienes conforme al artículo 1056.1º Cc, que contempla esta modalidad de división de la herencia y se refiere también a a su eficacia⁶⁵⁶: “Cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o de última voluntad,

la partición puede tener carácter unilateral o bilateral o plurilateral, tratándose entonces de un acto de naturaleza contractual (de contrato lo califica el artículo 1271 Cc). En cualquier caso, la partición realizada por acto *inter vivos* ha de referirse a un acto de disposición *mortis causa* separado, que puede ser anterior o posterior.

⁶⁵⁴Véase, por ejemplo, entre las aportaciones más recientes la de ROMERO COLOMA, “Problemática de la partición por el causante”, *RCDI*, núm. 737, mayo 2013, págs. 1569-1582

⁶⁵⁵La reforma de las disposiciones reguladoras de las legítimas constituye en opinión de un amplio sector de la doctrina civilista una de las más urgentes reformas del Derecho sucesorio español, tanto por la limitación que representa a la libertad del testador, como por su difícil ajuste a los nuevos modelos familiares. DELGADO ECHEVARRÍA ha justificado con distintos argumentos la necesidad de esta reforma. Véase DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, “Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, págs. 85 y sigs. Los cambios sociales y, sobre todo, las nuevas formas de organización familiar se encuentran también en la base de de la reforma del derecho de Sucesiones en distintas legislaciones europeas. En la operada en el derecho alemán (Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción), en vigor desde el 1 de enero de 2010, el camino fue señalado por la Sentencia del *BVerfG* de 19 de abril de 2005, que considera la legítima de los descendientes como un derecho constitucionalmente protegido, por lo que, como regla general, el testador no puede excluirla, ni tampoco hacerla depender de una situación de necesidad del legitimario. La reforma sucesoria del derecho alemán ha sido estudiada con detalle por ARROYO I AMAYUELAS, no solamente respecto de las legítimas, sino también en relación con otras modificaciones, como las de la colación, la sucesión del estado o la prescripción de las pretensiones familiares y sucesorias. Vid. ARROYO I AMAYUELAS, ether, “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *Rev. InDret*. Facultad de Derecho de Barcelona. Enero, 2010.

⁶⁵⁶El límite del respeto a las legítimas se contiene también en el art. 273 LDCG. No obstante, téngase en cuenta que otros ordenamientos civiles, como el catalán, admiten el pago de la legítima con dinero

la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”.

El artículo 1056 Cc⁶⁵⁷ habla del “testador”, y doctrina y jurisprudencia entienden que la partición debe referirse a bienes propios del disponente y encontrar siempre fundamento o apoyo en un testamento (o en otro acto de disposición hereditaria, como el pacto sucesorio), como condición de su eficacia. (asi, las SSTs 13 de junio de 1903, 6 de marzo de 1945 y 26 de octubre de 1960, entre otras), lo que implica también que la partición realizada por el propio disponente es revocable a través de un nuevo testamento⁶⁵⁸.

La doctrina ha advertido reiteradamente cierto carácter paradójico en esta forma de división, hasta el punto de haberle negado incluso en ocasiones carácter propiamente particional, por entender que no es en realidad una forma de provocar la extinción de la comunidad hereditaria, sino de evitarla, al impedir que sobre los bienes que integran la masa surja la situación de indivisión, provocando la adquisición directa de los mismos por parte de los herederos. Así, señala COLINA GAREA⁶⁵⁹ que, al adjudicar en el testamento o por acto *inter vivos* complementario de éste, bienes y derechos concretos, cuando se abra su sucesión cada uno de sus sucesores no tendrá, ni habrá tenido nunca, una participación alícuota en una única titularidad que se proyecta sobre la herencia globalmente considerada, sino que tendrán ya, desde ese momento, una titularidad exclusiva sobre la parte que se les haya adjudicado, lo que significa que no habrá lugar a constitución de comunidad hereditaria alguna. Si el causante hubiese adjudicado una misma cosa *pro indiviso* a varios sucesores, no habrá comunidad hereditaria, sino comunidad de bienes ordinaria.

Entendemos, en cambio, con LACRUZ, que estamos ante una verdadera partición puesto que cumple su misma finalidad distributiva y, además, sólo evita el nacimiento de la comunidad hereditaria en relación con ciertos efectos, subsistiendo en dos aspectos esenciales. En primer lugar, en cuanto al pasivo de la herencia, la comunidad hereditaria permanece como mecanismo de protección de los acreedores. Por tanto, a pesar de lo ordenado por el testador, sus acreedores tendrán acción para impedir que sus disposiciones se lleven a cabo. Y en segundo lugar, en cuanto al activo de la herencia, la comunidad subsiste en potencia para los bienes que no se hayan incluido en la partición, o para cualquier caso en que la partición resultare ineficaz. En estos casos

extrahereditario, por lo que, de optarse por esta modalidad de satisfacción, la partición hecha por el testador no podría perjudicarles.

⁶⁵⁷También los ordenamientos civiles de Aragón (art. 368 CDF Arag), Cataluña (art. 464-4.1º CCCat), Galicia (art. 274 LDCG) y Navarra (ley 338 CDF Nav) reconocen esta facultad. El Derecho civil de Cataluña admite de forma expresa que la partición realizada por el testador alcance solamente una parte de los bienes: “1. La partición puede hacerla el propio causante, mediante un acto entre vivos o de última voluntad y puede comprender toda la herencia, o solo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados”.

⁶⁵⁸Y puede darse el caso de que exista una partición no testamentaria divergente del propio testamento, lo que plantea la cuestión de qué eficacia ha de reconocerse a aquella, especialmente cuando el testamento es posterior.

⁶⁵⁹COLINA GAREA, Rafael, “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, cit., pág. 260.

las cláusulas dispositivas del testador serán las que vincularán la forma de partir entre los herederos.

En la partición realizada por el testador, éste no ha de realizar necesariamente todas y cada una de las operaciones particionales, aunque sí todas las esenciales, y no está sujeto en la formación y valoración de lotes, salvo en el respeto al valor de las legítimas, a los criterios de igualdad del art. 1061 Cc y a la adjudicación a cada heredero de “cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”. Así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1994, según la cual la partición testamentaria atribuye a los herederos los bienes adjudicados “*con independencia de que se diera homogeneidad en los lotes que refiere el artículo 1061 Cc. En este caso, los herederos han de conformarse y admitir los bienes que les fueron designados, aunque los mismos no presenten condiciones igualitarias plenas, al tener que acatar y pasar por la partición que les venía impuesta*”.

Por lo tanto, respetadas las legítimas, los herederos han de acatar la valoración subjetiva del testador y la consiguiente adjudicación de bienes realizada por el mismo, aunque objetivamente no se ajuste a las cuotas en que fueron instituidos.

Ahora bien, la partición que realiza el propio testador solamente puede tener en consideración los bienes que integran su patrimonio en el momento en que la efectúa. Se desconoce entonces con exactitud cual será la composición de su herencia futura, en la que pueden faltar bienes que forman parte de la misma en el momento de realizarse la partición o haberse incorporado otros, adquiridos o recibidos por el propio testador. Esta es la razón de que se estime⁶⁶⁰ que esta partición está abocada, en muchas ocasiones, a ser completada con otra adicional, a cargo de los propios herederos o de un partidor que se realice sobre la composición definitiva del patrimonio hereditario.

En cuanto a su eficacia, la partición hecha por el testador, cuando se refiere a la totalidad de la herencia —pues en caso contrario será necesario un acto divisorio posterior— se impone a los herederos, puesto que se ha de “pasar por ella”, como señala el artículo 1056 Cc, y por lo tanto, tiene la eficacia atributiva de la propiedad de los bienes que corresponde a toda partición y no precisa, en principio de ningún acto particional entre los coherederos; sin embargo, no es cierto que los herederos carezcan de toda posibilidad de actuación ante la partición realizada por el causante, si actúan de forma unánime y no encuentran la expresa prohibición del testador.

El derecho civil de Cataluña introduce de forma expresa, una norma que, hace prevalecer la autonomía de los coherederos. Así, establece el art. 464-6.1º: “*los herederos pueden hacer la partición de común acuerdo, del modo que crean conveniente, incluso prescindiendo de las disposiciones particionales establecidas por el causante. A tal efecto, si el causante no lo ha prohibido, pueden acordar por unanimidad considerar la atribución de prelegados como operación particional del causante y prescindir de la misma*”.

Por lo tanto, conforme a la regulación del Código de Sucesiones catalán, las condiciones para poder prescindir de la partición realizada por el testador en lo referente

⁶⁶⁰Véase. DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en *División de la comunidad de bienes*, cit., pág. 182.

a los prelegados (que con frecuencia cumplen una función particional) son dos: por un lado, que el testador no haya prohibido de forma expresa la modificación o alteración de sus disposiciones, en cuyo caso prevalecería su voluntad; por otro, que el acuerdo de dividir de otro modo sea unánime entre los coherederos.

La misma facultad, también a salvo la disposición expresa en contrario del causante, les corresponde en relación con el supuesto de partición realizada por el contador partidador designado por el causante. Establece el artículo 464-6.2º CCCat: “*en el caso de que el causante haya designado contadores partidadores, los herederos pueden acordar unánimemente hacer la partición prescindiendo de ellos, salvo que el causante haya dispuesto expresamente lo contrario*”.

Desde el punto de vista de la eficacia registral, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado reiteradamente que la partición realizada por el testador, como la que practique el contador partidador, es inscribible directamente, aunque no conste la aceptación de la herencia. La razón radica en que siendo la partición del testador un título traslativo del dominio, la aceptación opera como condición suspensiva de esta transmisión, y el artículo 23 de la Ley Hipotecaria admite la inscripción de los títulos sujetos a condición, sea suspensiva o resolutoria. El título inscribible de estas particiones será el testamento dispositivo, (acompañado de los certificados de defunción del causante y del Registro General de Actos de Última Voluntad), junto con el testamento o acto entre vivos particional.

Por otra parte, no se trata de la única vía a disposición del testador para excluir temporalmente el surgimiento de la comunidad hereditaria y la subsiguiente partición. El testador puede también evitar la partición como indica VALLET DE GOYTISOLO⁶⁶¹, a través de distintas instituciones por las que, sin practicarla, puede eludir la situación de comunidad hereditaria, como la distribución de la herencia en legados, o en instituciones *ex re certa*. En estos casos no hay partición, puesto que falta la fijación de cuotas, y no pueden aplicarse las normas sobre evicción y saneamiento o sobre rescisión de las particiones.

10.2.2. Las disposiciones o normas de carácter particional y su eficacia

La partición hecha por el propio testador es cosa distinta del señalamiento por el mismo en el testamento de normas particionales, esto es, de adjudicaciones de bienes o reglas o indicaciones acerca de cómo ha de realizarse la división de los bienes hereditarios, como cuando ordena que determinados bienes se adjudiquen a unos u otros de sus herederos, incluyéndose en la porción que deba recibir cada uno de ellos⁶⁶². Estas disposiciones no evitan la comunidad hereditaria, ni tampoco excluyen la partición, al no verificarla el testador en sus distintas fases. A estas normas se refiere el artículo 464.4.1º *in fine* del Código Civil de Cataluña, al disponer que “*el causante también puede establecer reglas vinculantes para la partición*”. También los artículos

⁶⁶¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Panorama de derecho de Sucesiones*, vol II, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág 867.

⁶⁶² Este es, por ejemplo, el supuesto resuelto por la STS de 7 de septiembre de 1998.

368.1 CDF Arag y 275 LDCG recogen normas relativas a la posibilidad del testador de establecer estas reglas.

Para que la disposición de la herencia por el testador produzca el efecto de apartar la comunidad, éste ha de realizar la división y adjudicación de los bienes hereditarios entre los coherederos y, atribuyéndoles la propiedad exclusiva de los bienes que les hayan sido adjudicados como establece el art. 1068 Cc y ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de mayo de 2004, 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007).

La delimitación entre los conceptos de la participación propiamente dicha realizada por el testador y las llamadas “normas de la partición” fue abordada por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998 que declaró: “[. . .] Pero, ahora bien, no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una «regla de oro», consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—, pero cuando así no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione”.

La mera adjudicación de los bienes en el testamento que se realiza sin ir precedida de las operaciones particionales convierte a éstas en normas generales o indicaciones a tener en cuenta en la verdadera y efectiva partición testamentaria, si bien la jurisprudencia ha admitido la realización por el testador de las operaciones esenciales, sin perjuicio de la práctica de las operaciones complementarias de las adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad.

Esta doctrina ha seguido la STS de 26 de enero de 2012⁶⁶³ (FJ 2º), al declarar que para entender realizada la partición no basta solamente con haber fijado la cuota que

⁶⁶³La cuestión fue ya resuelta por una STS de 21 de julio de 1986, (citada por la RDGRN de 1 de agosto de 2012) en un supuesto en que se realizó la partición por el testador, pero faltando algunas operaciones particionales, pues no se practicó «la liquidación formal de la herencia que implica el inventario de los bienes, derechos y deudas» y se alegaba que el artículo 1068 del Código Civil exige que se trate de «partición legalmente hecha». La sentencia afirmó que esta alegación no puede prosperar «pues si el artículo 1056 admite como una de las posibles formas de hacer la partición la que de sus propios bienes realice el testador y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ella» dice el precepto—, es indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, es decir, sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presume que fue otra la voluntad del testador y sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador». Se observa que la sentencia considera que la partición de testador puede omitir alguna de las clásicas operaciones de otras clases de particiones, pero al propio tiempo advierte que ello es «sin perjuicio de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad».

se determina para cada heredero, aparte de los legados, sino que han de señalarse los bienes que integran tal cuota. Así realizada, entiende la sentencia que esta partición no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita: es un acto *mortis causa* que tiene eficacia a la muerte del causante; y éste criterio expresan las sentencias de 4 de febrero de 1994, y 21 de diciembre de 1998, destacando la de 7 de septiembre de 1998 que se da “*cuando el testador ha hecho todas las operaciones objeto de la partición, haciendo innecesario que se practique ésta por otros medios*”⁶⁶⁴.

Se observa que la sentencia considera que la partición de testador puede omitir alguna de las clásicas operaciones de otras clases de particiones, pero al propio tiempo advierte que ello es «*sin perjuicio de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad*».

La DGRN ha destacado la importancia de determinar si las asignaciones del testador constituyen una verdadera partición del testador, o si éste se limita a establecer normas particionales en el testamento para que luego sean tenidas en cuenta en la partición que habrían de realizar los herederos una vez fallecido el causante, lo que resulta trascendente a los efectos de determinar el título de adjudicación. La Resolución de 1 de agosto de 2012, en un caso de partición parcial de la herencia señalaba: “[...] *La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues en el primer caso, se trata de una partición que no sólo se pasará por ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056 del Código Civil, sino que confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, conforme a lo dispuesto en el artículo 1068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador*”.

El Centro Directivo se plantea la interesante cuestión de si, a efectos de la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad se exige para que la partición tenga plena virtualidad como título inscribible, que se completen por todos los interesados las operaciones particionales omitidas por el testador, entendiendo que, en el caso concreto, no constituía a a efectos registrales ningún problema en relación con el inventario de bienes, “*puesto que el propio testador expresa con toda claridad y con datos registrales los bienes objeto de la partición. Tampoco es obstáculo que falte el avalúo, pues el propio testador prescinde del mismo considerando que aunque los lotes tengan distinto valor, debe mantenerse la partición realizada. En cambio, la operación de liquidación en caso de que existieran deudas plantea especiales problemas registrales, pues tratándose de varios herederos ha de quedar clarificada la posición de cada uno de ellos antes de proceder a las adjudicaciones*”, señalando que “*al menos ha de aclararse qué sucede con las deudas y concretamente si existen o no, y caso de*

⁶⁶⁴En el caso de la sentencia, sin embargo, se descarta que se haya realizado la partición por el propio testador, por cuanto tanto el padre como la madre, en sus respectivos testamentos, otorgan a determinados hijos la legítima estricta, o la mejora, y establecen legados de parte alícuota e instituye herederos “por partes iguales” a algunos de los hijos, habiendo sido necesario acudir a la partición judicial.

existir, quiénes han aceptado la herencia y si lo han hecho pura y simplemente o a beneficio de inventario, pues según un conocido aforismo «antes es pagar que heredar», por lo que exigió la intervención de todos los herederos para manifestar lo procedente respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, “como operación complementaria de las realizadas por el causante, que es necesaria para la plena virtualidad de la partición a efectos registrales”. Ya que sólo si se acreditara que no existen deudas o las asumiera exclusivamente uno de los herederos, podría decirse que no hay perjuicio para los demás herederos cuando unos pretenden adjudicarse los bienes distribuidos por el causante.

Lo señalado no significa que las normas o disposiciones particionales carezcan de eficacia. Como ha advertido la jurisprudencia, estas disposiciones son normas vinculantes, de obligatorio cumplimiento, que deberán respetarse cuando se lleve a cabo la verdadera partición, a salvo en todo caso el respeto a las legítimas: Así lo entendió la STS de 25 de enero de 1971, reiterada por la de 8 de marzo de 1989, que afirma que *“las adjudicaciones deben respetarse dentro de los límites legales”*, aunque no puedan calificarse como partición, reservando la práctica de las operaciones particionales, si lo hay, al contador-partidor nombrado de forma expresa, o, en otro caso, a los propios coherederos, convencionalmente⁶⁶⁵. La misma doctrina establece la STS de 22 de mayo de 2009, que no consideró perjudicada la legítima del coheredero recurrente⁶⁶⁶ en un supuesto en el que el testador había ordenado en su testamento que se respetarían las adjudicaciones que realizó en el mismo, una vez pagada a cada heredero su legítima estricta, y si alguno de ellos salía beneficiado ello se imputara al tercio de libre disposición o al de mejora.

En otras ocasiones, el testador se limita a disponer de su herencia entre sus descendientes asignando partes proporcionales, de modo que en lugar de evitar la comunidad hereditaria, la provoca, haciendo necesaria la posterior práctica de la partición entre los coherederos.

Cuando la partición se realiza por el causante al tiempo que dispone de la herencia, pueden surgir conflictos entre unas y otras cláusulas. El Código Civil de Cataluña trata de facilitar su interpretación con la norma específica del art. 464—º, º2: *“Si el causante hace la partición en el mismo acto en que dispone de la herencia y existe contradicción entre las cláusulas de partición y las de disposición, prevalecen las primeras. Si la partición se hace en acto separado, prevalecen las cláusulas dispositivas, salvo que sean revocables y puedan ser revocadas efectivamente por el acto que contiene las cláusulas particionales”*.

⁶⁶⁵El carácter vinculante de las normas o disposiciones particionales establecidas por el testador, en tanto en cuanto no perjudiquen la legítima, había sido ya declarado por la STS de 9 de marzo de 1961 y, reiterando aquella doctrina, por la de 15 de febrero de 1988.

⁶⁶⁶El recurrente alegaba, entre otros motivos, la infracción del artículo 808 Cc, en cuanto establece la legítima de los hijos y descendientes en dos tercios, en relación con el artículo 823 que contempla la mejora, en un tercio, entendiéndose que la atribución del tercio de mejora ha de ser expresa. Sin embargo, la Sala entendió que, además de que cabe, en ciertos casos, la mejora tácita, el supuesto en litigio, se había hecho atribución de la misma en forma expresa por el testador, al prever expresamente la imputación a ésta si la desigualdad que estableció sobrepasaba los límites del tercio de disposición.

Para acomodarlo al texto introducido en el art. 1056 Cc⁶⁶⁷ por la Ley 7/2003, de 1 de abril de la sociedad limitada Nueva Empresa, se ha dado nueva redacción al art. 1271.2º Cc, que establece que sobre la herencia futura no podrán celebrarse otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal “y otras disposiciones particionales”, conforme a lo dispuesto en el art. 1056 Cc.

La impugnación de la partición realizada por el testador sigue reglas especiales. El principio general de respeto a la voluntad manifestada por el testador expresada en el testamento se concreta en una especial protección de sus disposiciones frente a la impugnación. Así, la partición practicada por el testador no puede, como regla general, rescindirse por lesión, conforme a la disposición del art. 1075 Cc: “*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*”. Éste es también el sentido de la norma del art. 464-13.2º CCCat⁶⁶⁸: “*2. La partición hecha por el causante no puede rescindirse por lesión, salvo que haya manifestado o sea presumible de forma clara la voluntad contraria*”.

Las excepciones son, como resulta de los preceptos señalados, de una parte, que parezca que fue otra la voluntad del testador (lo que nos mantiene en el ámbito del respeto a la voluntad del causante), ya sea por haberla manifestado así, o porque pueda presumirse, esto es, que pueda concluirse que la voluntad del testador fue la de ajustar el valor de los bienes a la cuota de institución, pues de no manifestarse o deducirse esta voluntad, habría que entender que éste quiso atribuir los bienes con independencia de dicha proporción; de otra parte, la rescisión es posible cuando existe el perjuicio a la legítima de los herederos forzosos, como consecuencia del principio general de intangibilidad de la misma que rige en nuestro Derecho.

10.2.3. La ordenación sucesoria general del patrimonio familiar

La partición por el propio testador constituye una realidad que merece actualmente una lectura más acorde con las transformaciones jurídicas y sociales en el Derecho de familia y su importancia para el Derecho de sucesiones. Estas transformaciones, que plantean cuestiones como las surgidas de los nuevos modelos de convivencia, o los vínculos y relaciones paterno-filiales, demandan soluciones jurídicas —en parte

⁶⁶⁷El art. 1056.2º ha sido modificado por la Ley 7/2003 de 1 de abril de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada. La Disposición final Primera modifica, entre otros, el art. 1056.2º, ampliando el ámbito del precepto en su primer inciso, que se refiere ahora a “*preservar indivisa*” una explotación económica o “*mantener el control*” de una sociedad de capital o grupo de estas. En su inciso segundo, este pfo. regula más detenidamente el pago en metálico de la legítima de los demás interesados.

⁶⁶⁸La regla general, contenida en el núm. primero del propio art. 464-13 CCCat es la siguiente: “*1. La partición puede rescindirse por causa de lesión en más de la mitad del valor del conjunto de los bienes adjudicados al coheredero, con relación al de su cuota hereditaria, dado el valor de los bienes en el momento en que se adjudican*”.

abordadas ya por la legislación civil de algunos territorios con Derecho Civil propio— que alcanzan de lleno a la regulación sucesoria.

En coherencia con esta realidad de estas transformaciones es como creemos que debe interpretarse hoy la facultad que el artículo 1056 Cc concede al testador. No tanto como un poder individual de ordenación sucesoria de los bienes que se ejerce de forma aislada y soberana, sin consideración a otros intereses o deseos que los del disponente, sino como parte de un planeamiento general —familiar— de la sucesión de los bienes cuya motivación va más allá de la mera transmisión *mortis causa* de los mismos y responde a necesidades como las de la protección de menores, incapacitados o discapacitados o la sucesión de empresa.

Así, en el caso de disponentes casados es normal que la partición se practique por el testador pero de forma coordinada con las disposiciones del cónyuge, testando en instrumentos separados pero de manera que ordenan la sucesión de los bienes familiares, sobre todo de los gananciales, conforme a su propósito común. La frecuencia de esta práctica ha quedado constatada en el estudio realizado por REBOLLEDO VARELA⁶⁶⁹ que toma como base una encuesta realizada entre notarios de todas las Comunidades Autónomas y que muestra que en un noventa y nueve por ciento de los casos, los cónyuges acuden juntos a la Notaría y disponen de ese modo de los bienes.

La misma investigación consigna que en opinión del ochenta y uno por ciento de los notarios consultados, aunque con diferencias significativas entre Comunidades Autónomas⁶⁷⁰, un número relevante de matrimonios desearía ordenar de forma conjunta la sucesión entre los hijos y, en su caso, distribuir entre ellos todos sus bienes de manera unitaria, sin distinción entre bienes comunes y privativos, ni legítima en el patrimonio de uno u otro ascendiente.

El derecho civil de Galicia autoriza, como hemos visto, la partición o “partija” conjunta y unitaria de los bienes, privativos o comunes, realizada por ambos cónyuges (arts. 276 a 282 LDCCG), aunque aquellos hayan testado por separado, y con independencia del origen de los bienes adjudicados siempre que coincidan exactamente las instituciones hereditarias de cada uno de los testamentos.

⁶⁶⁹REBOLLEDO VARELA, Ángel Luís, “La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia. Conclusiones de una investigación”, en *La familia en el Derecho de sucesiones. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, págs 40 y 41. El volumen recoge los resultados de la investigación desarrollada en el marco de un proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2006-04391/JURI), del que el autor fue investigador principal.

⁶⁷⁰Entre el setenta y uno por ciento de Canarias y el cien por ciento de La Rioja.

10.3. La partición por el contador-partidor o albacea designado por el testador

10.3.1. Régimen legal y designación

El testador puede, conforme al artículo 1057 Cc⁶⁷¹ “*encomendar por actos inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de realizar la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos*”.

Esta es la modalidad particional conocida como partición realizada por el contador partidor, que puede desempeñar, como resulta del precepto, cualquier persona que no sea un coheredero⁶⁷², lo que no excluye por lo tanto a otros copartícipes en la comunidad que no ostenten esa condición. De hecho, el art. 831.1º Cc admite que lo sea el cónyuge viudo que no haya contraído nuevas nupcias, quien puede estar facultado por el testamento o las capitulaciones matrimoniales para “distribuir”, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Al contador-partidor corresponden la valoración previa de los bienes y la formación de los lotes, decidiendo los bienes que han de integrarlos. Sus funciones terminan, como ha señalado la jurisprudencia (STS de 14 de diciembre de 2005), en el momento de formular el cuaderno particional, si bien puede también tener señalado un plazo por el causante, prorrogable o no, de modo que el cumplimiento de su función puede considerarse un plazo máximo⁶⁷³.

⁶⁷¹En este punto, la regulación de algunos derechos civiles territoriales es más completa que la del Cc, en particular en el Derecho civil navarro y en el gallego. En Cataluña, el artículo 464-5º CCCat se limita a recoger también la facultad del testador de encomendar la partición, estableciendo que el contador o albacea “*debe actuar de acuerdo con las reglas que el causante haya establecido y, en lo no previsto, de acuerdo con la ley*”. El artículo 368.1 CDF Arag no alude a la figura del partidor, pero se refiere al fiduciario, al que legitima para realizar la partición: “*1. El causante o su fiduciario pueden hacer la partición de la herencia o parte de ella, así como establecer normas vinculantes para su realización, en acto de última voluntad o de ejecución de la fiducia. También podrán hacerlo en acto entre vivos sin sujeción a forma determinada salvo que se refieran a la herencia deferida por sucesión legal*”. La escasez de regulación, tanto en el Código Civil como en los derechos civiles territoriales mencionados se suple acudiendo, con las debidas adaptaciones, al régimen del albaceazgo.

Las leyes 340 a 344 de la CDFNav contienen sin embargo una detallada regulación de la figura y funciones del contador, y otro tanto puede decirse del derecho gallego, que dedica a esta materia los arts. 283 a 293 de la LDCG.

⁶⁷²Véanse art. 283 LDCG y ley 341 CDFNav, que excluye al legatario de parte alícuota, que tiene la consideración de heredero en Navarra. El artículo 464-5º CCCat no establece restricciones a la legitimación: “*El causante puede también encomendar la partición a un albacea o un contador partidor, que debe actuar de acuerdo con las reglas que el causante haya establecido y, en lo no previsto, de acuerdo con la ley*”.

⁶⁷³El CCCat establece plazos legales al albacea, para el caso de no haberlos establecido el testador (arts. 429-13.2º y 3º).

10.3.2. Función y obligaciones del contador-partidor. Límites a su función

El contador-partidor puede tener encomendada exclusivamente la función particional, o tenerla como parte de un encargo más amplio en relación con la herencia, siendo en este caso frecuente que se acumulen las funciones del cargo de contador y de albacea. En ambos casos ha de seguir, como cualquiera de los legitimados para practicar la partición, el principio general de igualdad cuantitativa y al de homogeneidad o igualdad cualitativa que expresa el artículo 1061 Cc⁶⁷⁴: “*En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie*”⁶⁷⁵.

La sujeción del contador-partidor a este principio, que actúa como presupuesto de la partición y como límite, cuantitativo y cualitativo, a su actuación⁶⁷⁶, fue ya mantenida por nuestra doctrina clásica, sobre la idea de que, si en la indivisión a todos los coherederos les corresponde un derecho proporcional a su cuota sobre todas y cada una de las cosas de la herencia, la división no debe ser razón para que dicha igualdad proporcional se altere, y de ahí que cada coheredero tenga derecho a recibir, en la partición, bienes de la misma naturaleza, calidad o especie que los demás, o al menos no dispares. Es cierto, que la regla no impone al contador-partidor una igualdad matemática absoluta, ni la participación de cada heredero en todos y cada uno de los bienes de la herencia⁶⁷⁷, y también que el precepto es generalmente considerado como facultativo en el caso de particiones practicadas por el propio testador, o por los herederos mayo-

⁶⁷⁴A salvo las excepciones que establecen los artículos 841 y 1062 del propio Código, en las que se considera válida la adjudicación desigual realizada por el contador-partidor. El primero, para permitir que, en caso de que el testador o el contador-partidor expresamente autorizado por aquel, pueda adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a algunos de los hijos o descendientes, ordenando el pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios. El segundo, autoriza la adjudicación a uno de los herederos, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, de las cosas indivisibles o que desmerezcan mucho por su división. No obstante, la norma tiene carácter excepcional, como manifiesta el hecho de que el precepto autorice a cualquiera de los coherederos a pedir la venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños de los bienes adjudicados.

En estos casos, la actuación del contador-partidor, aún no guardando el principio proporcional igualitario del artículo 1061 Cc, se puede considerar propiamente particional y no excedida de ese carácter. Puede en consecuencia adjudicar los bienes a alguno o algunos de los herederos y metálico a los restantes sin que puedan considerarse rebasadas sus facultades.

⁶⁷⁵El art. 464-8.1º CCCat se refiere también a este principio al regular las reglas de adjudicación de los bienes en la partición: “*1. En la partición debe guardarse igualdad en la medida en que sea posible, tanto si se hacen lotes como si se adjudican bienes concretos*”. Obsérvese que, al igual que el art. 1061 Cc, la medida de la exigencia del principio se cifra legalmente en lo “*posible*”.

⁶⁷⁶Y no, en cambio, a la actuación del testador cuando realiza él mismo la partición, ni tampoco a la de los coherederos, que en la partición realizada convencionalmente y de forma unánime pueden partir y adjudicar los bienes de la manera que tengan por conveniente (arts. 1058 Cc, 464-6 CCCat ley 345.1 CDFNav).

⁶⁷⁷En efecto, el precepto habla de guardar “la posible igualdad”, y se dan supuestos en los que no es posible guardarla, a veces por la propia composición de la herencia que puede hacer imposible que las cuotas correspondientes a los coherederos se integren, en igual proporción, de bienes de cada clase (muebles, inmuebles, valores, créditos, etc.). Vid. Resolución de la DGRN de 2 de diciembre de 1964.

res de edad, pero no puede considerarse de ese carácter cuando se trata de partición efectuada por el contador-partidor sin estar expresamente facultado, como demuestra el propio tenor del artículo 1062 Cc⁶⁷⁸.

En efecto, el principio de igualdad o proporcionalidad en la formación de los lotes, ha sido muy matizado por la jurisprudencia, que lo ha supeditado a las circunstancias del caso, pues en función de cual sea la composición de la herencia, pueden resultar lotes que no sean idénticos en su composición. Así, el Tribunal Supremo ha declarado que lo dispuesto en el artículo 1061 del Código Civil tiene el carácter de «*recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla*» (STS 23 de junio de 1998) o que es más bien «*facultativo y orientativo que de imperativa observancia*» (SSTS 7 de enero de 1991 y 15 de marzo de 1995 además de las que estas mismas citan), y que el pago de lotes iguales con bienes de distinta naturaleza no supone el quebranto de la igualdad (STS 17 de junio de 1980) debiendo estarse en cada supuesto a las circunstancias del caso. Se ha señalado asimismo por la jurisprudencia que no cabe aplicación del art. 1061 Cc cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de Abril de 1966 y 7 de enero de 1991).

En este sentido, entiende RIVAS MARTÍNEZ⁶⁷⁹ que cuando el contador-partidor no cumpla, en lo que le sea posible, el artículo 1061 Cc, no realiza un acto particional, sino un acto de enajenación para los que no está ni facultado ni legitimado⁶⁸⁰, y por lo tanto requiere, para su validez, el consentimiento de todos los herederos, puesto que excede del ámbito de lo meramente particional⁶⁸¹.

Ahora bien, la igualdad a la que se refiere el artículo 1061 Cc, al que se atribuye un carácter sobre todo orientativo para la práctica de la división, debe entenderse como una igualdad “cualitativa”, y no matemática o absoluta, que se resuelve en un criterio

A lo que sí esta sujeto el contador partidor, por mandato del art. 766 LECiv la LEC, es a evitar, en lo posible, la indivisión.

⁶⁷⁸En este sentido, STS de 14 de junio de 1957, y RR. de la DGRN de 28 de enero de 1988 y 10 de diciembre de 2004, entre otras.

⁶⁷⁹RIVAS MARTÍNEZ; Juan José, “Contador-Partidor. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de la DGRN”. *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, Boletín del Colegio de Registradores de España, N.º. 115, 2005. Cita el autor como representativa de esta doctrina la Resolución del a DGRN de 10 de enero de 2003, en un caso en que el contador-partidor adjudicó todos los bienes de la herencia a un heredero con la obligación de éste de abonar en dinero la porción de los demás.

⁶⁸⁰Puesto que la mera designación por el testador de un contador-partidos no atribuye a éste la facultad de realizar dichos actos, sino solamente “la simple facultad de hacer la partición” (art. 1057-1º Cc).

⁶⁸¹Como señaló la Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1903, cuya doctrina reiteran otras muchas, entre ellas las de 23 de junio de 1925, 6 de abril de 1962 o, más recientemente, la de 13 de mayo de 2003 “... que el adjudicar a unos herederos todos los bienes que constituyen la herencia, imponiéndoles la obligación de satisfacer en metálico la parte proporcional correspondiente a su coheredero, no es acto de partición, sino de enajenación, y, por tanto, no debe surtir efecto sin el consentimiento de dichos herederos”. Vid. también la Resolución de la DGRN de 10 de diciembre de 2004 que, señala RIVAS MARTÍNEZ, debe interpretarse en el mismo sentido. Se trata de un caso en el que, existiendo diecinueve fincas en la herencia y siendo posible, por lo tanto, formar los correspondientes lotes, el contador-partidor optó por adjudicarlas todas a ellas a solo dos de los hijos, atribuyendo dinero en metálico a los dos nietos que heredaban por su stirpe.

de equitativa ponderación. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en STS de 12 de julio de 2011, que cita la de 16 de enero de 2008, y establece que:

La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951; 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998).

Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977/197, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991; está dotada de un grado de imperatividad sólo relativa (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto SSTS de 21 de Abril de 1966 y 7 de enero de 1991....

También en el Derecho civil de Cataluña se regula la partición hereditaria encomendada por el testador. El artículo 55 del CS prevé que la partición pueda también realizarse por un albacea o contador partidador. No existiendo contador partidador, si el albacea nombrado es particular debe habersele encomendado expresamente la función particional.

Por el contrario, como señala VALLE LÓPEZ⁶⁸², el albacea universal nombrado sí podrá realizar la partición, pues el artículo 316.3 del CS le permite la entrega directa de bienes hereditarios si no hay contador partidador. El nuevo artículo 464-5 señala que el causante puede también encomendar la partición a un albacea o a un contador partidador que ha de actuar de acuerdo con las reglas que ésta haya establecido y, en lo no previsto, de acuerdo con la Ley. Esto supone que el albacea particular solo puede realizar las funciones particionales si las tiene expresamente encomendadas por el causante (artículo 429-12) y que el albacea universal lo debe ser de “entrega directa del remanente de bienes” y no “de realización de herencia”, pues es al primero al que corresponden, con arreglo al artículo 429-10, letra f), practicar la partición de la herencia en defecto de contador partidador.

Con referencia de nuevo al Derecho común, presenta interés en el examen de sus funciones, la cuestión de si el contador partidador puede proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales del causante, siendo ésta necesaria para llevar a cabo la partición de los bienes hereditarios. Esta es en principio una facultad ajena a las funciones del contador partidador, puesto que tal liquidación debería realizarse entre el viudo o viuda y los coherederos. Sin embargo, tanto la doctrina de la Dirección General de los

⁶⁸²VALLE LÓPEZ, José Luís, “Comunidad hereditaria y partición”, *XV Jornadas de Derecho Catalán a Tossa*, ob. cit, págs. 21 y 22.

Registros y del Notariado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han admitido, con el fin de simplificar la partición de la herencia, que la liquidación de la sociedad la gananciales pueda realizarse por el contador-partidor en unión del viudo o viuda y en la misma escritura en que se hace la partición de la herencia, prescindiendo de los herederos. Esta doctrina jurisprudencial se ha reiterado en las sentencias de 8 de marzo de 1995 y 17 de octubre de 2002, y, más recientemente, en la SAP de Madrid de 8 de septiembre de 2011⁶⁸³.

10.3.3. El supuesto de extralimitación en sus funciones por el contador-partidor

El contador-partidor debe ajustarse a su encargo, y éste, creemos, es el sentido que debe atribuirse a la expresión “*la simple facultad de realizar la partición*” del artículo 1057 Cc, puesto que, a pesar de la literalidad del precepto, el testador puede encomendar otras funciones al contador sin que por ello pierda su cargo o se considere ineficaz su designación, y de hecho, con frecuencia no es posible realizar la partición sin llevar a cabo previamente o de forma simultánea otras funciones complementarias o instrumentales, como, por ejemplo, la interpretación del testamento⁶⁸⁴.

La extralimitación en las funciones del contador-partidor ha preocupado a la doctrina registral desde el punto de vista de la inscribibilidad de los actos realizados en el Registro de la Propiedad.

La Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 2012⁶⁸⁵ recuerda la doctrina del Centro Directivo, establecida a partir de la Resolución de 24 de marzo de 2001, y reiterada posteriormente, que en interpretación del artículo 1057 del Código Civil afirma que las particiones realizadas por el contador partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por si solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios⁶⁸⁶, por lo que en principio causan un estado de derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas; esta partición realizada

⁶⁸³Ésta última cita abundantes precedentes para esta doctrina: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 1893, 12 de noviembre de 1895; 28 de enero de 1898; 26 de febrero de 1906; 25 de mayo de 1906; 22 de agosto de 1914; 6 de marzo de 1923; y sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 164/2000, de 25 de febrero; 2 de abril de 1996, 17 de abril de 1943, 10 de enero de 1934, 22 de agosto de 1914, 31 de enero de 1912 o 29 de febrero de 1906).

⁶⁸⁴Siquiera esta facultad interpretativa, que debe entenderse concedida con la función particional, encuentre el límite de que “racionalmente” se presuma que fue otra la voluntad del testador (art. 1075 Cc, en sede de rescisión por lesión) o se aparte “de manera clara” de la que presumiblemente es voluntad del causante (art. 464-13.2º CCCat).

⁶⁸⁵Se discutía si era o no inscribible una escritura de manifestación, partición y adjudicación de herencias en la que concurrían las circunstancias siguientes: Estaba realizada por el contador partidor testamentario, si bien a la partición concurren además, seis de los siete herederos porque se realizaron actos de permuta de bienes ajenos a la partición en compensación al menor valor de los bienes adjudicados a una heredera —que concurría— y que fueron realizados por alguno de los herederos —que concurrían—; la partición había sido impugnada judicialmente antes del otorgamiento de la escritura, impugnación que no prosperó.

⁶⁸⁶Vid. Resolución de 21 de junio de 2003 y posteriores.

por el contador partidor, es inscribible por sí sola sin necesidad de la concurrencia de los herederos, siempre que no resulte del título particional extralimitación en sus funciones, sin perjuicio de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas. En consecuencia, señala la Resolución, no puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador partidor designado por el testador; y esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente; de forma que solo los Tribunales de Justicia son competentes para, en su caso, declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición por ellos realizada.

Ahora bien, esto no significa que el contador-partidor carezca de límites en el cumplimiento de las funciones de su cargo, puesto que, como también ha señalado reiteradamente el Centro Directivo, la partición es inscribible siempre dentro de los límites de las funciones del contador partidor, esto es, que del título particional no resulte extralimitación en esas funciones, aunque pueda ser impugnada judicialmente por los herederos o los legitimarios. De hecho, debe tenerse en cuenta que el contador no solo está sujeto a la voluntad del testador, sino también a las normas legales de carácter imperativo, como son las relativas al respeto de las legítimas. En consecuencia, no puede sostenerse, sin más, la afirmación de que la partición por el contador ha de reputarse válida mientras no sea impugnada; si bien, como señala la Resolución de 18 de mayo de 2012, y sin perjuicio del respeto a aquellas normas, *“una cosa es que no pueda llevarse hasta el extremo, el reconocer registralmente la eficacia de una partición que claramente incumple las normas legales sobre las legítimas, y otra es presuponer que cualquier partición en la que los legitimarios no intervengan contraviene y lesiona manifiestamente sus derechos legitimarios”*.

El otro límite se encuentra en la discriminación entre el acto meramente particional y el actos de administración hereditaria (que corresponde a los coherederos o, en su caso, a los albaceas) o de carácter dispositivo. Así, la Resolución de 16 de septiembre de 2008 declara que las funciones del contador-partidor se concretan en la «simple facultad de hacer la partición» (cfr. artículo 1057 del Código Civil), pero admite que la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida; y es presupuesto básico de la partición hereditaria que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente, como resulta de los artículos 1061, 1062, 1056 y 841 y siguientes del Código Civil.

En efecto, la casuística es en ésta materia muy amplia. La Resolución de 18 de mayo de 2012 recuerda, por ejemplo, la doctrina de la Dirección General que afirma que la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás, por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria, no implica enajenación⁶⁸⁷; y que esa regla legal de la posible

⁶⁸⁷Por lo que en el caso resuelto se estimó que el menor valor de algunas adjudicaciones, que sería objeto de compensación, no constituía extralimitación de las funciones del contador-partidor. La Resolución debatía también la interesante cuestión de si la partición había dejado de constituir un acto unilateral del contador-partidor y se había convertido, a consecuencia de los negocios de permuta realizados entre los coherederos, en un acto contractual que, por lo tanto, requeriría el consentimiento de

igualdad es respetada cuando, por ser de carácter indivisible, el único inmueble relicto es adjudicado por el contador partidor a uno de los herederos abonando en exceso a los demás en dinero, sin perjuicio de la posible impugnación por los interesados, de modo que ha de pasarse entretanto por dicha partición mientras no sea contraria a las legítimas o a lo dispuesto por el testador⁶⁸⁸.

10.3.4. La partición por contador partidor dativo

Introducida por la reforma del Cc de 13 de mayo de 1981, la figura del contador partidor dativo, designado por la autoridad judicial, se prevé como subsidiaria de las demás formas de designación, situándose a medio camino entre la partición que realizan los propios herederos y la judicial, de modo que al tiempo que se evita un juicio, se arbitra una partición con garantías suficientes a través de la necesidad de aprobación judicial y de confirmación unánime por parte de los herederos y legatarios.

El art. 1057.2^o⁶⁸⁹ Cc prevé en efecto que el Juez puede nombrar contador partidor, a instancia de ciertos herederos y legatarios: *“No habiendo testamento, contador partidor en él designado o vacante en el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”*⁶⁹⁰.

todos los herederos. El Centro Directivo delimitó al respecto dos actos jurídicos diferenciados: uno de ellos de carácter unilateral, esto es la partición de las herencias realizada por el contador partidor; el otro u otros, de carácter bilateral, constituido por los negocios jurídicos de permuta en virtud de los cuales tres de los herederos —que habían prestado su consentimiento en la escritura— transmitían el dominio que ostentaban, sobre dos inmuebles y la mitad indivisa de otro, de su exclusiva propiedad por otros títulos distintos de los de las herencias mencionadas, a favor de otra de las herederas —que también otorgaba la escritura objeto del expediente—, en concepto de permuta como compensación por el menor valor de los bienes adjudicados a dicha heredera. Pero, señala la Resolución, *“todos estos actos bilaterales, en nada afectan al heredero que no ha concurrido al otorgamiento, por lo que pueden considerarse separadamente del acto de la partición de la herencia, aunque sea para compensar el menor valor que haya percibido alguno de los herederos que concede, con su consentimiento, renuncia a cualquier acto de impugnación por rescisión en lo que se refiere a su adjudicación”*. (cfr. también Resoluciones de 22 de febrero de 1943, 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004, 14 de abril de 2005 y 16 de septiembre de 2008, entre otras.)

⁶⁸⁸Cfr. Resoluciones de 21 de junio y 20 de septiembre de 2003.

⁶⁸⁹La del art. 1057.2^oCc es la posibilidad de participación que el Código Civil da al legatario para intervenir, a través de su ratificación, en la partición realizada por el contador-partidor dativo, ya que para el mismo no es indiferente quien sea el heredero gravado con el legado y, por lo tanto, a quien se adjudiquen los lotes. En los demás supuestos, el Código no les reconoce participación en la formación de los lotes.

⁶⁹⁰La confirmación a la partición verificada por el contador-partidor dativo le confiere carácter contractual, en una partición asimilable a la practicada por los propios herederos. Véase GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, “Aspectos procesales y civiles del proceso de partición de herencia”, en *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, vol I, Ed. Universidad de Murcia, 2004, pág. 1997.

El derecho civil navarro regula la figura en la ley 344.2º CDFNav, aunque eleva a dos tercios la mayoría del Código civil: “*En defecto de partición hecha por el causante, si tampoco éste hubiera nombrado contador-partidor o si el cargo hubiese quedado vacante, los herederos y legatarios que sumen al menos dos tercios del caudal hereditario líquido podrán acudir al Juez para que designe contador que practique la partición, la cual requerirá aprobación judicial, salvo que fuere ratificada por todos los herederos y legatarios*”.

También en el derecho civil de Cataluña, el contador partidor puede ser designado judicialmente, con arreglo al artículo 56 del CS, en aquellos supuestos en que el causante no haya hecho la partición ni haya designado contador partidor o el cargo haya quedado vacante, siempre que los herederos y legatarios que representen la mitad del caudal hereditario lo soliciten. Esta partición requiere la aprobación judicial, salvo que sea ratificada por todos los herederos y legatarios. No prevé esta posibilidad la nueva regulación que, de manera más sencilla, se limita a señalar en el artículo 464-7, número 2, que si los coherederos no llegan a un acuerdo para hacer la partición ni procede hacerla de otra forma, cualquiera de ellos puede instar la partición judicial.

10.4. La partición arbitral

La partición puede también llevarse a cabo por medio del procedimiento arbitral previsto en la Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje. En este caso, será siempre necesario un negocio jurídico previo que legitime la intervención arbitral y establezca su ámbito de intervención o competencia⁶⁹¹, que se encuentra limitado, conforme al artículo 2.1 de la Ley a las cuestiones que son susceptibles de arbitraje, esto es, a las «*controversias sobre las materias de libre disposición conforme a derecho*». El negocio será un negocio *inter vivos*, cuando los coherederos, de común acuerdo, celebran el correspondiente convenio arbitral (artículo 9 de la Ley), o un negocio *mortis causa*, porque así lo haya previsto el testador.

Para el supuesto de arbitraje establecido por el testador y con el fin de evitar el juicio relativo a la partición regula el artículo 10 de la Ley 60/2003⁶⁹², el llamado “arbitraje testamentario”⁶⁹³: “*También será válido el arbitraje instituido por disposición*

⁶⁹¹Véase GARCÍA PÉREZ, Carmen, “Impugnación de la decisión injusta realizada por el contador-partidos testamentario”. en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, cit, vol 1, pág. 1917. Por la misma autora y con referencia a la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1998, puede consultarse su trabajo sobre *El arbitraje testamentario*, Valencia, Ed. Bosch, 1999.

⁶⁹²La norma procede, con ligeras variaciones, de la Ley de Arbitraje Privado de 1953.

⁶⁹³Partiendo de la diferencia entre el arbitraje testamentario y la partición arbitral, señala ALBALADEJO la limitada utilidad de la figura del arbitraje testamentario y la conveniencia para el testador de instituir, directamente, la partición arbitral para prevenir las discordias. Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “El arbitraje testamentario”, *Actualidad Civil*, 1990, págs 90-91. El autor argumenta sobre el antiguo art. 7 de la Ley de Arbitraje en el que a su juicio no cabía esta última posibilidad, pues el precepto no la preveía y, a lo sumo, la instituida podría considerarse obligatoria como partición de contador, obligando incluso a los legitimarios en tanto no fuera impugnada.

testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.

Como resulta del precepto, la partición arbitral resulta aplicable siempre y cuando no intervengan en la controversia herederos forzosos y la partición se realizará en este caso en virtud del laudo arbitral (artículos 9 y 10 en relación con el art. 43 de la Ley 60/2003).

Se ha afirmado, sin embargo, que el precepto está dictado pensando exclusivamente en el Derecho común, y sin tener en cuenta otros Derechos sucesorios territoriales. En particular, la limitación contenida en el art. 10, que restringe la aplicación de la norma a las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios, debe ser interpretada a la luz del Derecho sustantivo sobre legítimas de Aragón, por lo que dicha limitación no se aplica cuando los únicos favorecidos por el testador son descendientes⁶⁹⁴; y en caso de contravenirse la limitación su tratamiento será el propio de la lesión en la intangibilidad cualitativa de la legítima, como un gravamen establecido sobre ella, lo que facultará a los legitimarios a tener el gravamen por no puesto y por lo tanto, oponerse al arbitraje instituido.

Por otra parte, la exclusión del arbitraje testamentario en caso de concurrencia de herederos forzosos ha sido considerado doctrinalmente como un supuesto de sobreprotección de la legítima, proponiéndose su supresión⁶⁹⁵ sobre el argumento de que los legitimarios pueden proteger su derecho simplemente instando la anulación del laudo en el que quedasen conculcados, al amparo del art. 41.1. f) de la Ley de Arbitraje, puesto que sería contrario al orden público.

En similares términos, a los del art. 10 de la Ley de Arbitraje, aunque sin excluir las controversias que tengan por objeto las legítimas, regula esta figura el artículo 464-7.1^o CCCat: “1. *El causante, en previsión de que los herederos no lleguen a un acuerdo para hacer la partición, puede instituir un arbitraje testamentario a tal efecto. Los*

⁶⁹⁴Véase CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “El arbitraje testamentario desde el Derecho aragonés”, *RCDA*, 2012—XVIII, págs. 163 y sigs. El autor destaca la importancia del arbitraje testamentario en el Derecho sucesorio aragonés, en el que, a diferencia del Derecho común, para el que el art. 10 de la Ley 60/2003 prevé solo el instrumento testamentario, puede constituirse además de en el testamento unipersonal, en otros vehículos de disposición *mortis causa*: en el testamento mancomunado (arts. 420 y siguientes CDF Arag.), en el pacto sucesorio (art. 377 CDF Arag.) y, habiendo fiducia sucesoria, el documento a través del cual el fiduciario ordena la sucesión del comitente (vid. art. 456 CDF Arag.).

Para CALATAYUD, la mayoría de las sucesiones en Aragón admitirán arbitraje testamentario, como consecuencia de la especial configuración de las legítimas en este Derecho: “...centrándonos en Aragón, tenemos que sólo son legitimarios los descendientes y que, además, la legítima (una mitad del caudal computable) es colectiva, lo cual quiere decir que el causante puede distribuirla, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirla a uno solo (art. 486 CDF A). Esto significa que en Aragón entre legitimarios no puede haber reclamaciones por razón de legítima; entre ellos es como si no hubiera legítima. En consecuencia, cuando los únicos favorecidos por el testador son descendientes, no existe ningún obstáculo a que el testador instituya arbitraje testamentario, y no será de aplicación ninguna limitación al mismo, porque entre ellos, en realidad, no hay legítimas”. Ob. cit, pág. 174.

⁶⁹⁵O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «El arbitraje en Derecho sucesorio», *La Notaría*, número 47-48, 2007.

herederos también pueden, de común acuerdo, someter a arbitraje la realización de la partición o las controversias que deriven de la misma, incluso las relativas a las legítimas”.

10.5. La partición realizada por los coherederos

10.5.1. Facultad de los herederos de realizar por sí mismos la partición

La partición convencional se encuentra contemplada en el artículo 1058 del Código civil y es la realizada por los propios coherederos que forman la comunidad hereditaria en virtud de un negocio jurídico plurilateral y en uso de su facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente,

Conforme al régimen del Código civil, la partición convencional, practicada por los propios coherederos que forman la comunidad hereditaria tiene un ámbito restringido, pues solo cabrá cuando no la ha realizado el propio testador, soberano de su sucesión (artículo 1056 Cc) ni la ha encomendado a un contador partidor (artículo 1057 Cc) y está contemplada en el artículo 1058 Cc: *“Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente”.* Y se prevé asimismo en las leyes. 344 y 345 CDFNav y 294 LDCG.

Sin embargo, la supletoriedad de esta modalidad particional no se da cuando los coherederos actúan de forma unánime, pues, como veremos, los coherederos pueden practicar la partición a su conveniencia, incluso si el testador la ha realizado el mismo, o si la ha encomendado a un contador-partidor, siempre que lo hagan de forma unánime y no lo hay prohibido el testador de manera expresa. Este es también el criterio legislativo del CCCat, en su art. 464-6.1º y 2º y de la ley 354.1 CDFNav.

La capacidad requerida para realizar la partición es la plena capacidad de obrar. Resulta así de los arts. 1058 y 1059 Cc que exigen que los herederos sean “mayores y que tengan la libre disposición de sus bienes”, actuando por los menores o incapacitados sus representantes legales, no siendo entonces necesaria ni la intervención ni la aprobación judicial (arts. 1060 Cc, 271 LDCG y ley 345.2º CDFNav).

En el derecho civil aragonés el artículo 366.1º CDF Arag recoge una norma especial para los menores de catorce años en virtud de la cual *“no será necesaria la intervención de ambos padres, ni la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez cuando la partición se limite a adjudicar proindiviso a los herederos en la proporción en que lo sean todos los bienes integrantes de la herencia”.* La razón de ser de la norma es que, haciéndose de ese modo la adjudicación, no hay posible perjuicio para el menor, puesto que se asegura el mismo trato a todos los coherederos, resolviéndose la comunidad en una serie de comunidades ordinarias sobre los bienes de la herencia.

La falta de unanimidad, deja a cualquiera de los coherederos el camino expedito para instar la división judicial de la herencia. A esta posibilidad se refiere el art. 1059 Cc, cuando señala que si los coherederos “*no se entendieren sobre el modo de hacer la partición quedará a salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, y la misma exigencia de unanimidad se encuentra en el art. 464-7.2º CCCat y 345.3º CDFNav.

La facultad reconocida a los coherederos para llevar a cabo la partición extrajudicial de la herencia es manifestación de un principio de libertad con base en el artículo 1058 Cc, como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1997 este precepto proclama «*una decidida libertad jurídica en cuanto autoriza a los herederos mayores de edad, que tuvieran la libre administración de sus bienes, a llevar a cabo la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente, sin limitaciones ni condicionamientos, salvo las que hacen ineficaces los negocios jurídicos sucesorios y con los efectos que atribuye el artículo 1068*”.

Ahora bien, la actuación unánime de los coherederos conlleva no solamente el carácter preferente de la partición por ellos practicada sobre la ordenada o encargada por el testador, sino también una notable ampliación de su ámbito material. Así, declaró la STS de 18 de marzo de 2008⁶⁹⁶, añadiendo una importante matización con relación al alcance de la expresión del precepto del artículo 1058, que este tipo de partición “*permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios...*”

Precisamente porque esta facultad divisoria es tan amplia que permite realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, es por lo que se considera que se trata más bien de actos de disposición que de partición. La naturaleza de este hecho (dar ejecución a la distribución del caudal hereditario), es de relación contractual, al surgir el acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona por la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 Cc, al acomodarse a sus intereses (Sentencias de 3 de enero de 1962, 25 de febrero de 1966, 21 de mayo de 1966, 18 de febrero de 1967, 8 de febrero de 1996 y 12 de noviembre de 1996), sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y ésta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 14 de la Ley Hipotecaria. y 80 del Reglamento Hipotecario).

El Derecho civil de Cataluña prevé la partición realizada por los propios herederos de común acuerdo. En este caso, la voluntad de los coherederos es la ley de la partición, pudiendo prescindir incluso de las disposiciones establecidas por el causante. También

⁶⁹⁶En el supuesto de la sentencia, el testador dispuso de su herencia entre sus hijos y nietos en una proporción de cuatro partes, provocando la comunidad hereditaria, no evitándola como hubiera ocurrido en caso de haber realizado la división y adjudicación a los coherederos del activo hereditario, confiriéndoles la propiedad exclusiva de los bienes que les han sido adjudicados, como dice el artículo 1068 del Código civil y reiteran las sentencias de 28 de mayo de 2004, 3 de junio de 2004, 12 de febrero de 2007, 17 de diciembre de 2007.

pueden prescindir del contador-partidor nombrado por el causante, salvo que éste haya dispuesto expresamente lo contrario (artículo 464-6, número 2 CCCat).

Respecto de la forma, la jurisprudencia admite que la partición pueda hacerse en documento público, privado o incluso verbalmente (STSJC de 1 de septiembre de 1997). Es más, el consentimiento de los herederos no ha de ser necesariamente expreso, sino que puede entenderse tácitamente prestado, como ha precisado el TS en su sentencia de 18 febrero 1987, entendiéndose que hay consentimiento cuando se realizan ciertos actos llamados concluyentes, pudiendo incluso serlo el silencio, y no importando la forma, siempre que sean claros e inequívocos. La admisión del consentimiento tácito se entiende también aplicable por esta doctrina jurisprudencial a la partición parcial.

10.5.2. Facultad de los coherederos de designar contador-partidor

El artículo 782.1º de la LECiv se refiere a la posibilidad de que los propios coherederos hayan nombrado entre ellos un contador-partidor, y a pesar de que el Código Civil no se refiere a ella, al menos entre las normas dedicadas a la partición hereditaria, no se puede entender contraria a nuestro sistema, puesto que constituye una manifestación de la facultad concedida a los coherederos para “*distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente*” (art. 1058 Cc) y la admite el art. 402 en sede de comunidad de bienes⁶⁹⁷.

10.5.3. Cuestión de si pueden los coherederos partir contra la institución de heredero ordenada por el testador

Se ha planteado la cuestión de si la facultad concedida en el artículo 1058 Cc faculta a los coherederos para acordar una partición que contradiga la institución de heredero contenida en el testamento, siempre que actúen de forma unánime. El artículo 1058 Cc no establece límites expresos a los coherederos si no son los de ser mayores de edad y tener la libre administración de sus bienes, pudiendo entonces practicar la partición “*de la manera que tengan por conveniente*”.

La jurisprudencia ha optado en ocasiones por la validez de dicha partición. Así, la STS de 7 de noviembre de 1935, que resolvió un supuesto en que los coherederos habían partido de común acuerdo la herencia con sujeción a un primer testamento, otorgado en 1903 y que no estaba vigente en el momento de partir, por haberse otorgado otro posterior en 1915, que revocó y anuló cualquier disposición anterior de su voluntad, siendo éste último testamento conocido por los coherederos cuando practicaron las

⁶⁹⁷Véase GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, “Aspectos procesales y civiles del proceso de partición de herencia”, cit., pág. 1997. La posibilidad de la designación de contador —partidor por los coherederos está también admitida por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado desde antiguo (RDGRN de 10 de septiembre de 1902, SSTS de 22 de diciembre de 1908 y posteriores).

operaciones particionales. El Tribunal Supremo declaró la validez de las operaciones practicadas, entendiendo que *“si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos pueden, sin embargo, de común acuerdo, prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarla”*.

El problema de la contravención de la voluntad expresada por el testador lo resuelve el Tribunal Supremo declarando que *“la voluntad del testador, si bien obliga a los herederos, no les impide formalizar y suscribir, con plena trascendencia jurídica los convenios que estimen convenientes a los efectos de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios”*.

En esta misma línea entiende la sentencia del TS de 20 de Octubre de 1992 que la partición practicada unánimemente por los coherederos excluye a cualquier otra, pues:

... Los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes, puedan por acuerdo unánime de todos ellos (nemine discrepante) partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (Sentencias de esta sala de 21-1-1907, 7-11-1935, 7-1-1949, 28-1-1964, 25-2-1966.

Son de interés los argumentos en los que fundamenta la Sentencia esta posición:

- (a) Que si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales, como la existencia de algún interesado en la partición, que necesite de una protección especial, el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir) parece evidente que si los herederos (desde luego, todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes), por existir acuerdo unánime entre ellos deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor.
- (b) Que si los herederos mayores de edad y con capacidad civil plena, con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, según reiterada doctrina de la Sala, es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo, se repite, que el testador lo haya prohibido expresamente).
- (c) Que éste es el criterio legislativo que siguen aquellos ordenamientos civiles territoriales que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia. Así, la Ley 344 del Fuero de Navarra, tanto en su redacción originaria, como en la coincidente en ese extremo que luego le ha dado la Ley Foral 5/1987, de 1 abril y el art. 57 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por Ley de la Generalidad 40/1991, de 30 diciembre coincidente, en cuanto al extremo que aquí nos ocupa, con lo que antes establecía el

art. 274.2 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. No parece existir razón histórica, ni jurídica alguna para que en el Derecho civil común no pueda seguirse el mismo criterio, cuando el Código Civil, que tan poca atención normativa presta a la figura del contador-partidor no contiene ningún precepto en que expresamente lo prohíba, aparte de la debida concordancia con el principio de igualdad de los españoles ante la Ley (artículo 14 de la Constitución), manteniéndose un criterio uniforme en esta materia.

10.5.4. ¿Pueden los coherederos partir prescindiendo del contador-partidor o albacea?

La misma consecuencia se señala por la citada sentencia con respecto a la partición practicada por el contador-partidor: “[. . .] *el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime («nemine discrepante»), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor (<http://www.westlaw.es/westlaw/primary/frames.do?posicion=frameBottomRightMiddle&action=verMarginal>) y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente [. . .]*”.

La posición del Tribunal Supremo es, pues, que la partición unánime de los herederos es válida, aunque se haya verificado prescindiendo del contador-partidor. Esta fue también la línea mantenida en la S. de 20 de octubre de 1992⁶⁹⁸, que insiste en la tesis de que los herederos mayores de edad que tengan la libre administración y disposición de sus bienes pueden, por acuerdo unánime (“*nemine discrepante*”), partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento. Esta línea jurisprudencial, que a condición de que los coherederos actúen de forma unánime y no exista prohibición expresa del testador, que hace prevalecer el sentido literal del artículo 1058 Cc sobre la voluntad del disponente expresada en el testamento, incluso prescindiendo de la institución de heredero hecha en el mismo ha merecido, sin embargo, la crítica de un sector de la doctrina. Así, COSTAS RODAL⁶⁹⁹ señala que, sin perjuicio de que los herederos puedan, una vez partido el caudal relicto, celebrar entre ellos cualesquiera negocios jurídicos que sean necesarios para acomodar la situación creada a sus verdaderos intereses, las palabras “*de la manera que tengan por conveniente*” del artículo 1058 Cc no constituyen apoyo suficiente para legitimar a los herederos para no sujetarse a las cuotas establecidas en el testamento. De este

⁶⁹⁸La misma doctrina acepta la STS de 22 de febrero de 1997, si bien no pudo aplicarse al supuesto concreto debatido, pues entre los interesados se encontraba un menor de edad, por lo que al no ser todos los coherederos mayores de edad y plenamente capaces no pudo prescindirse, al hacer la partición, de la intervención del contador-partidor designado por el testador. De lo que puede deducirse *sensu contrario*, que si todos los coherederos son mayores de edad y plenamente capaces (y el testador no lo ha prohibido expresamente en su testamento) pueden los interesados, actuando unánimemente, prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar por sí solos la partición de la herencia

⁶⁹⁹COSTAS RODAL, Lucía, *La ineficacia de la partición de herencia*, Ed, Dyckinson, Madrid, 2005, pág. 61

modo, el ámbito del precepto quedaría reducido al ámbito particional, sin que pueda extenderse a lo dispositivo. La partición convencional tiene un ámbito limitado, restringido a una declaración negocial llevada a cabo entre los coherederos y tendente al reparto y adjudicación del caudal relicto con arreglo a las previsiones testamentarias, sin que puedan menoscabar esa voluntad utilizando para ello la vía de la partición.

No obstante, la unánime voluntad de los coherederos encuentra límite en la del testador en cuanto plasmada en sus disposiciones esenciales. Así lo señaló la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de septiembre de 2001 que declaró la nulidad de la partición por contravenir las previsiones testamentarias, pues aunque el artículo 1058 Cc contemple la posibilidad de que los herederos puedan distribuir la herencia “de la manera que tengan por conveniente”, “*ello no quiere decir que tal facultad pueda traer consigo una alteración o cambio de las esenciales disposiciones del testador, cuya última voluntad en orden al destino de los bienes deben los coherederos respetar*”.

Por otra parte, abonan esta postura algunos preceptos del propio Código civil, entre ellos el artículo 670.2º Cc, al impedir que se deje al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente, o el artículo 738 Cc, que impide que el testamento sea revocado, en todo ni en parte, si no es con las solemnidades necesarias para testar.

Si la partición acordada por los coherederos se aparta de lo dispuesto por el testador en el testamento, llevando a cabo una distribución y adjudicación de los bienes y derechos del caudal diferente, puede verse sujeta fiscalmente al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, por ambas modalidades en cuanto se trata de distintos hechos imposables. Así lo entendió la Consulta de la S.G de Impuestos Patrimoniales, Tasas y precios Públicos, de 15 de junio de 2005⁷⁰⁰, que concluyó que:

La distribución y adjudicación de los bienes y derechos del caudal relicto en proporciones diferentes a las contenidas en las disposiciones testamentarias del causante, de forma que dos herederos recibirán unas cuotas de 7/20 y 4/20, (en lugar de las cuotas de 6/15, cada uno, según el testamento), y los otros tres, sendas cuotas de

⁷⁰⁰El causante instituyó herederos a sus cinco hijos, ordenando mejorar a dos de ellos, a los que atribuyó por mitad el tercio de mejora y el de libre disposición. De este modo, a cada uno de los dos hijos mejorados, les correspondía una cuota de 6/15 y a cada uno de los otros tres, una cuota de 1/15. Los herederos modifican esta distribución, de forma que a los dos mejorados les correspondan unas cuotas de 7/20 y 4/20, respectivamente, y a los otros tres, sendas cuotas de 3/20.

Según la S.G, la adquisición hereditaria estará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por el concepto regulado en la letra a) del 3.1 de su Ley (adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio), siendo sujetos pasivos los cinco hermanos coherederos, en proporción a la porción hereditaria estipulada en el testamento.

Las transmisiones de parte de las porciones hereditarias de los dos hermanos mejorados a favor de los otros tres hermanos también estarán sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al ser gratuitas, pero por el concepto regulado en la letra b) del 3.1 de la Ley del impuesto (adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e intervivos), siendo sujetos pasivos en este caso los tres adquirentes, cada uno de los cuales deberá tributar separadamente por lo que reciba de cada uno de los dos hermanos donantes, que constituirá un hecho imponible independiente.

3/20 (en lugar de 1/15, cada uno) —todo ello, de forma gratuita—, supone la realización de dos hechos imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: en primer lugar, la adquisición hereditaria por los cinco hermanos; a continuación, sendas donaciones de dos de los hermanos de parte de sus respectivas porciones hereditarias a favor de los otros tres.

Al amparo de esta jurisprudencia afirma RIVAS MARTÍNEZ que los coherederos podrían incluso prescindir de la partición del contador partidor una vez verificada ésta, pues aunque ya esté realizada la partición, los coherederos podrán alterarla o repartirse bienes de otro modo, pero, entonces, ya no efectúan una partición (que ya estaba consumada), sino un contrato por el cual modifican sus resultados.

Si los coherederos tienen legalmente reconocida la posibilidad de realizar la partición de la manera que estimen conveniente, incluso excediendo de los actos meramente divisorios, como reconoce la jurisprudencia, e incluso contra la institución de heredero ordenada por el testador, creemos que pueden también prescindir del contador-partidor, a menos que el testador lo haya prohibido de forma expresa, como hemos expuesto respecto de sus propias disposiciones. Ahora bien, si los actos particionales ya realizados por el contador-partidor dentro de los límites de su encargo afectan a terceros, como ocurre, por ejemplo, con el pago de deudas de la herencia a un acreedor, entendemos que debe ser mantenida su eficacia, pues actúa en el ámbito de sus funciones, por una necesidad de seguridad jurídica en las actuaciones derivadas de la división del caudal, y también porque tales actos pueden facilitar la propia partición, evitando, por ejemplo, la amenaza de una oposición a la misma por parte del acreedor, que podría frustrar temporalmente la adjudicación de los lotes correspondientes a cada uno de los coherederos.

10.5.5. Partición realizada en parte por los coherederos y en parte por el contador partidor

Puede plantearse la cuestión de si cabe que la partición se practique en parte por el contador-partidor y en parte por los coherederos. La STS de 14 de octubre de 2008 se ocupó de un supuesto en el que se alegaba la infracción de los arts. 1057 y 1058 Cc por entenderse que existe una absoluta incompatibilidad entre los dos preceptos, dando prioridad a la forma de partición autorizada en el art. 1058. Se cuestionaba si es posible que los herederos se valgan por sí mismos, sin molestar al contador, hasta donde alcance su acuerdo sobre algunos bienes de la herencia, y puedan contar con la oportunidad de remitir, explícita o implícitamente, todo lo que no fuere objeto de concordia entre ellos, a aquel a quien el propio *de cuius* encomendó esa tarea específica.

El Tribunal Supremo señala que no hay precepto legal alguno que impida la validez de una partición contractual (art. 1058 Cc) de parte de la herencia y una partición realizada por el contador-partidor (art. 1057 Cc) de bienes hereditarios que no fueron objeto de partición contractual por no existir sobre ellos aquel acuerdo y que, no habiéndose incluido en la partición un depósito bancario por estar los herederos en desacuerdo con

su reparto, “*es lógico que se acuda al contador-partidor para que ejerza sus funciones y el bien o bienes no queden en indivisión y para evitar un procedimiento judicial a fin de salir de ella. Tampoco existe ningún precepto que prohíba al partidor la partición que le proponen algunos herederos. Si la hace suya, como expresamente dice en la escritura de ratificación de lo hecho por aquéllos, la partición puede calificarse como suya*”. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación de la partición por parte de la actora, que no tomó parte en la enviada al contador para su aprobación, si median vicios que la invaliden.

La cuestión tradicionalmente planteada de si la omisión de bienes pertenecientes al haber hereditario en la partición convencional entre coherederos provoca su nulidad o, por el contrario, puede subsanarse la omisión, ha dado lugar a abundante jurisprudencia. El Tribunal Supremo tiene declarado (STS de 20 de enero de 2012) que si en la partición realizada por los propios coherederos se omiten bienes hereditarios, debe procederse a una partición adicional, que se contempla en el artículo 1079 del Código civil y ha sido objeto de numerosa jurisprudencia (así, Sentencias de 22 de octubre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 13 de marzo de 2003, 18 de julio de 2005, 12 de junio de 2008) y que presupone que los bienes omitidos no sean de importancia, ya que, de serlo, se produciría la nulidad de la partición y la práctica de una nueva (lo que destacan las sentencias 11 de diciembre de 2002 y 19 de octubre de 2009). La regla se considera por el Tribunal Supremo como una aplicación del principio del “*favor partitionis*”, como declaró en sentencias de 13 de marzo de 2003 y 12 de diciembre de 2005.

10.5.6. Partición conjunta de los patrimonios hereditarios de los cónyuges

La práctica frecuente de demorar la partición de la herencia de uno de los cónyuges cuando sobrevive el otro ha planteado la cuestión de si los coherederos pueden realizar de forma conjunta la partición los patrimonios de los cónyuges cuando fallece el último de ellos. El Tribunal Supremo, en reciente jurisprudencia, no encuentra obstáculo jurídico a un acto consagrado por la realidad social y que requiere, lógicamente, identidad de herederos entre ambas sucesiones. La STS de 18 de octubre de 2012 señala, reiterando la doctrina de las SS. de 28 de mayo de 2004 y 19 de enero de 2012, que “*es válida y no contravienen norma alguna, el que se haga la partición conjunta de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre cuando fallece el último de ellos*”.

La finalidad, como señala la segunda de las sentencias citadas es evitar “*que tenga que practicarse la de uno y, después, la del otro o bien, lo que puede ser peor, practicar la del primero que fallece con todos los inconvenientes (que pueden ser graves) para el supérstite (pago de impuestos, atribución de la legítima, etc.)*. Procesalmente, nada se opone a la acumulación de acciones, como ha sido dicho al resolver y rechazar el motivo segundo del recurso por infracción procesal. Materialmente, sólo podría impugnarse si se alegara y probara violación de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima o vulneración del principio de equidad en la correcta

formación de lotes o, incluso, adjudicación indiferenciada de bienes sin concretar los tercios de libre disposición y mejora, como es el caso que contempla la sentencia de 14 de diciembre de 2005”.

La propia resolución fijó los límites a la partición de los bienes de ambos cónyuges causantes, habiendo fallecido uno de ellos en un tiempo anterior: que, como en toda partición “*se satisfagan correctamente las legítimas, se respete la voluntad del testador y se cumpla el principio de igualdad*”.

Ha resultado más problemática la liquidación previa del patrimonio ganancial, en el momento de la partición cuando, sobreviviendo uno de los cónyuges, comparece éste en su propio interés y en el de los hijos menores de edad no emancipados, especialmente en cuanto a la apreciación de los supuestos en que existe conflicto de intereses, que podría provocar la ineficacia de los actos particionales.

La regla del artículo 163.1 del Código Civil es la de que siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, debe nombrarse a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Nombramiento que procede también cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. La norma del art. 163.1 desarrolla lo preceptuado en el artículo 162 que, tras establecer la regla general de representación legal de los hijos menores de edad no emancipados por parte de los padres que ostenten la patria potestad, excepciona el supuesto de los actos «... *en que en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo*». El sentido de la norma es claro: la regla general de representación legal de los menores u otras personas con capacidad limitada es excepcionada cuando existe un conflicto de intereses y que éste se produce cuando hay intereses opuestos entre representante y representado.

La consecuencia es que los actos particionales llevados en contravención de lo en ella previsto son nulos de pleno derecho (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011), por lo que es necesario valorar cuidadosamente en cada caso la actuación representativa. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado, en Resolución de 29 de agosto de 2012, recogiendo la doctrina del Centro Directivo en esta materia, que la excepción a la regla general de representación legal solo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos. El Código Civil exige para excepcionar el régimen general que entre representante y representado exista una oposición de intereses, es decir un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Por lo tanto, entiende la Dirección General, deben quedar excluidos del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto bajo ciertas circunstancias (Resolución de 22 de enero de 1987), pues de lo contrario haríamos de la excepción regla, vaciando de contenido el principio general de representación legal. Cuando no existe conflicto, porque no existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado rige la regla general.

Los supuestos en que el conflicto de intereses aflora con mayor claridad son aquellos en los que el activo está integrado total o parcialmente por bienes cuya ganancia-

lidad no viene predeterminada legalmente, sino que es fruto de una presunción legal susceptible de ser combatida (Resolución de 14 de marzo de 1991) o de una declaración unilateral del fallecido (Resolución de 3 de abril de 1995). En estos casos, el interés directo que tiene el cónyuge viudo en las consecuencias de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal en la propia determinación del inventario ganancial, del mismo modo que su interés directo en la adjudicación de bienes como consecuencia de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal de sus hijos menores de edad si como consecuencia de la liquidación se forman lotes desiguales en evidente conflicto con los intereses de su representado (entre otras, resolución de 27 de noviembre de 1986).

Por los mismos motivos, la DGRN tiene declarado que cesa la representación legal del progenitor en la partición estrictamente hereditaria si esta es parcial (Resolución de 3 de abril de 1995), si se hace con ejercicio de derechos que corresponden a los menores representados (Resolución de 15 de mayo de 2002) o se hace mediante la formación de lotes desiguales o que no respeten las titularidades abstractas derivadas de la comunidad existente como consecuencia del fallecimiento del otro cónyuge (entre otras, Resolución de 6 de febrero de 1995).

10.5.7. Derechos civiles territoriales de Cataluña y Galicia

Los ordenamientos civiles de Cataluña y Galicia recogen también la facultad de los coherederos de verificar convencionalmente la partición y poner fin a la comunidad hereditaria.

En el Derecho civil de Cataluña, establece el artículo 464-6. CCCat:

- 1. Los herederos pueden hacer la partición de común acuerdo, del modo que crean conveniente, incluso prescindiendo de las disposiciones particionales establecidas por el causante. A tal efecto, si el causante no lo ha prohibido, pueden acordar por unanimidad considerar la atribución de prelegados como operación particional del causante y prescindir de la misma.*
- 2. En el caso de que el causante haya designado contadores partidores, los herederos pueden acordar unánimemente hacer la partición prescindiendo de ellos, salvo que el causante haya dispuesto expresamente lo contrario.*
- 3. Los coherederos pueden hacer la partición provisional de la herencia, a todos los efectos legales, adjudicando bienes concretos y dejando pendiente la adjudicación de otros bienes o la compensación en metálico de los excesos. Mientras esta adjudicación o compensación no se produzca, la partición definitiva queda aplazada.*

En el Derecho civil de Galicia, la Ley 2/2006 de 14 de junio regula la partición hecha por los herederos por mayoría y no por unanimidad (art. 295 LDCG). Como señala REBOLLEDO VARELA⁷⁰¹, se pide en la Ley mayoría económica, no de cabezas, ya

⁷⁰¹Véase REBOLLEDO VARELA, Ángel Luís, "Derecho civil de Galicia. Presente y futuro". *Revista Jurídica de Navarra*, Julio-Diciembre 2008, pág. 41, núm. 46. Señala asimismo el autor que cuando en-

que se exige que la realicen los herederos mayores de edad que representen más del cincuenta por ciento del haber hereditario, siempre que sean, al menos, dos, y que, en definitiva, a la vista de la regulación contenida en los arts. 303 y 304 LDCG se trata de una partición efectuada por un contador-partidor dativo designado notarialmente por sorteo, que no va a requerir la aprobación de los herederos si es posible la formación de lotes homogéneos en correspondencia con las cuotas de los partícipes que serán sorteados ante notarios, o, en otro caso, va a necesitar la conformidad de los partícipes que representen, por lo menos, las tres cuartas partes del haber hereditario.

10.6. La división judicial de la herencia

Establece el artículo 1059 Cc que *“Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

Por lo tanto, a falta de partición testamentaria o de existencia de contadores—partidores nombrados por el testador, la partición extrajudicial convenida por los herederos requiere del acuerdo unánime de éstos, sin que pueda suplirse por la autorización judicial. No alcanzándose dicho acuerdo, el artículo 1059 Cc abre a los coherederos en desacuerdo la posibilidad de obtener la liquidación y división del caudal hereditario a través del procedimiento regulado en la LEC⁷⁰², que se presenta, así, como subsidiario de las otras formas de partición.

Aunque el precepto se refiere literalmente a los herederos *“mayores de edad”*, ello no significa que, en caso de existir coherederos menores de edad haya de acudir automáticamente a la división judicial de la herencia, si se encuentran representados legalmente⁷⁰³. El artículo 1060.1º Cc establece que *“Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial”*.

No obstante, en opinión de MARTÍNEZ ESPÍN, todos los supuestos de representación requerirán la aprobación judicial, excepción hecha de los padres, que no la precisan a condición de que el negocio realizado sea exclusivamente una partición hereditaria, puesto que si, junto a ella, realizan otro negocio, será necesario el complemento de su representación, y sin perjuicio de los supuestos en los que proceda en nombramiento de un defensor judicial por existir intereses contrapuestos.

tre los herederos que realizan la partición haya alguno menor o incapacitado—sin perjuicio de las dudas que en la partición judicial presenta el art. 783.4 LEC— el art. 272 Cc (modificado por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor) sigue exigiendo aprobación judicial (antes era preceptiva la autorización previa del juez), requisito del que, sin embargo, dispensa el art. 271 LDCG siempre y cuando el menor esté legalmente representado. La dispensa, a diferencia de lo que sucedía en el art. 165 Ley 4/1995, es ahora extensible incluso a la partición por mayoría.

⁷⁰²La partición judicial está también prevista en los arts. 464-7.2º CCCat, 270.4º LDCG y ley 345.3 CDFNav.

⁷⁰³MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “Comentario al artículo 1060 Cc”, en *Comentarios al Código Civil* dirigidos por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed. La Ley, 2001, pág. 1227.

Con anterioridad a la Ley 1/2000, la LECiv de 1881 regulaba pormenorizadamente este materia. Se preveían en realidad, dentro del libro relativo a la jurisdicción contenciosa, tres procedimientos hereditarios, denominados de *abintestato*, de testamentaría y de adjudicación de bienes a herederos innominados.

Sin embargo, la naturaleza contenciosa de estos procedimientos no era generalmente admitida. Así, DE LA OLIVA⁷⁰⁴ señalaba que “*la naturaleza verdaderamente contenciosa de estos procedimientos es discutida —y afirmado correlativamente su carácter de procedimientos de jurisdicción voluntaria— sobre la base de la ausencia de contradicción que, en general, puede darse y que existe hasta determinados momentos procedimentales, así como por la necesidad legal de que determinadas controversias que surjan hayan de llevarse a procesos ordinarios separados de éstos*”.

La tesis tenía apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la legislación comparada, si bien el citado autor consideraba que no todos los procedimientos merecen la misma calificación y algunos son claramente contenciosos, al tiempo que negaba también que el objeto del proceso sea en todo caso la acción constitutiva de división (*actio familiae erciscundae*), como sostiene PRIETO CASTRO.

La propia Exposición de Motivos de la LECiv de 2000, en su apartado XIX, indica nominalmente la intención de la Ley procesal al regular estos procesos, señalando que «*la Ley establece los procesos especiales imprescindibles [...] en segundo lugar los procesos de división judicial de patrimonios, rúbrica bajo la que se regulan la división judicial de la herencia y el nuevo procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, que permitirán solventar cuestiones de esa índole que no se hayan querido o podido resolver sin contienda judicial. [...] Para la división judicial de la herencia diseña la Ley un procedimiento mucho más simple y menos costoso que el juicio de testamentaría de la Ley de 1881. . .*».

La materia se regula actualmente en la Ley Enjuiciamiento Civil 1/2000, en los arts. 782 y sigs. como un proceso de Jurisdicción Contenciosa, de carácter especial y sumario, dentro del capítulo dedicado a la división judicial de patrimonios, que incluye la división de la herencia. Esta división podrá pedirse por esta vía salvo que deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, se haya efectuado por acuerdo entre los coherederos o resulte ya de resolución judicial (art. 782.1), reconociendo el derecho de los acreedores a oponerse e intervenir en el procedimiento (art. 782.2-5 LECiv). El procedimiento se compone de los siguientes trámites: primero se convoca una Junta para designar contador y peritos (arts. 783 y 784 LEC), posteriormente se entrega la documentación al contador y éste practica las operaciones divisorias (arts. 785 y 786 LECiv); finalmente, se prevé la aprobación u oposición a tales operaciones (art. 787 LECiv), y, si son aprobadas, van seguidas de la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero. (art. 788 LECiv).

Asimismo, se prevé el aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto (art. 790 LECiv), la intervención judicial de la herencia cuando no

⁷⁰⁴DE LA OLIVA, Andrés, *Lecciones de Derecho procesal*, vol. V, Ed. PPU, Barcelona 1997, págs. 150 y 151.

conste la existencia de testamento ni de parientes llamados a la sucesión legítima (art. 791 LECiv) y durante la tramitación de la declaración de herederos o de la división judicial de la herencia (art. 792 LECiv), la formación del inventario (art. 794 LECiv) y la resolución sobre la administración, custodia y conservación del caudal hereditario (arts. 795 LECiv y ss.).

Por otra parte, dentro de la división judicial de patrimonios, se regula también el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 y ss. LECiv), siendo supletorio el procedimiento de división de la herencia, pues de no lograrse acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación de su régimen económico-matrimonial, se procederá en la forma prevista para su división (art. 810 LECiv).

La regulación está guiada por un criterio simplificador, que pretende dotar a los juicios sucesorios de sencillez, claridad y agilidad, j reduciéndose a veinticuatro artículos los ciento setenta que dedicaba a la materia la antigua Ley, señalando que para la división judicial de la herencia diseña un procedimiento mucho más simple y menos costoso que el juicio de testamentaria y junto a aquél regula otro específicamente concebido para servir de cauce a la liquidación judicial del régimen económico matrimonial. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la nueva norma deja vigentes los arts. 977 a 1000 de LECivil, 1881 hasta que se promulgue la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

La partición judicial será llevada a cabo por un contador que, a la postre, ha de contar con el consentimiento o la conformidad de los interesados en la herencia. Si entre ellos no hubiere tal conformidad, las operaciones divisorias serán concluidas recurriendo a los trámites del nuevo juicio verbal (art. 787.5 LEC), dejando a salvo el derecho de los interesados a hacer valer cuantos pudieran *“corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda”*.

Capítulo 11

La extinción no particional de la comunidad hereditaria

Índice del capítulo:

11.1. Consideraciones generales	416
11.1.1. Planteamiento del tema	416
11.1.2. La autonomía privada de los herederos como fundamento de la posibilidad de una extinción no particional	419
11.1.3. Examen de las causas de extinción no particional de la comunidad hereditaria	420
11.1.3.1. Extinción por falta, después de su constitución, de alguno de los presupuestos, subjetivos u objetivos de la comunidad hereditaria	421
11.1.3.2. Extinción por transformación o sustitución de la comunidad hereditaria por otra figura, sin que ello implique división de la masa hereditaria	428
11.2. Examen de los supuestos de transformación y sustitución de la comunidad hereditaria	431
11.2.1. Transformación de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria. Supuestos y requisitos	431
11.2.1.1. Naturaleza del acto de transformación o conversión	431
11.2.1.2. Fuentes o vías de transformación	433
11.2.1.3. Cuestión de si la conversión en comunidad ordinaria contraría el fin normal del proceso particional	437
11.2.1.4. Cuestión de la “perpetuación” de la indivisión. Posición de la jurisprudencia	438
11.2.1.5. Otros pactos asociados al de conversión de la comunidad hereditaria en ordinaria	444
11.2.1.6. Extinción de la comunidad convencional creada por transformación de la comunidad hereditaria	445
11.2.2. Sustitución de la comunidad hereditaria por una sociedad, civil o mercantil, a la que los coherederos aportan sus cuotas	448
11.2.2.1. Planteamiento	448
11.2.2.2. La aportación social. Cuestión de su naturaleza	449
11.2.2.3. Sustitución de la comunidad hereditaria por una sociedad civil	453
11.2.2.4. Sustitución de la comunidad hereditaria por una sociedad mercantil	458
11.2.3. El funcionamiento de una sociedad irregular en el lugar de la comunidad hereditaria	461
11.2.3.1. Sociedad irregular civil y mercantil. Criterios para su diferenciación	461

11.2.3.2. Examen de la sociedad civil irregular. Régimen jurídico	462
11.2.3.3. Sociedad mercantil irregular. Régimen jurídico	467
11.2.3.4. Posibilidad de la Sociedad Cooperativa irregular	470
11.2.3.5. Liquidación de la sociedad irregular	470
11.2.4. Modificación del régimen jurídico de la comunidad hereditaria en virtud del mero pacto de indivisión por tiempo prolongado	471

11.1. Consideraciones generales

11.1.1. Planteamiento del tema

El Código Civil no contiene una enumeración de las causas o fuentes de extinción de la comunidad hereditaria, ni tampoco una ordenación sistemática de las formas de hacerla cesar, fuera de las normas que dedica a la partición en los artículos 1051 a 1081 y de la remisión que el artículo 1051.2º hace a las causas de extinción de la sociedad del artículo 1700. En consecuencia, la única forma que el Código ha previsto explícitamente para la terminación de la comunidad hereditaria es la partición, que implica la división de su objeto y la adjudicación a los coherederos de los bienes que se corresponden con su derecho. La institución se halla regulada con detalle⁷⁰⁵, lo que permite incluso convertirla en forma de referencia para la división de las situaciones comunitarias, de modo que sus preceptos se aplican también a la división de la comunidad ordinaria, por remisión del artículo 406 Cc y, como veremos, a distintas formas societarias.

La partición, en tanto que dirigida a la división material del objeto de la comunidad hereditaria, verifica una transformación que produce la individualización y materialización del derecho de los coherederos mediante la adjudicación de titularidades concretas sobre bienes determinados. De este modo, lo normal es que su práctica ponga fin a la comunidad hereditaria, cuya disolución provoca al faltar el objeto común⁷⁰⁶. En este sentido, puede decirse que en la partición coinciden normalmente la división del caudal y la cesación o extinción de la comunidad.

Pero la partición no es la única forma de poner fin a la comunidad hereditaria que puede tener lugar por otras vías. Es más, aún practicándose, tampoco consigue la partición en todos los casos la cesación de la comunidad, ni, aunque lo consiga lo hace necesariamente por medio de la división del patrimonio hereditario, sino que a

⁷⁰⁵A la partición se refiere también, como sabemos, la LECiv, que regula la División Judicial de Patrimonios en el Tit. II del Lib. IV, cuyo Cap. I, se ocupa de la División de la Herencia (Cap. I), particularmente en los arts. 782 a 789, que regulan el procedimiento para la división.

⁷⁰⁶Y tras la partición, advierte FERRANDIS VILELLA, no puede ya reanudarse la relación de comunidad hereditaria, incluso aunque los herederos reuniesen de nuevo la masa hereditaria como un patrimonio común, pues en tal caso, como observa KIPP, la situación podrá calificarse de sociedad, comunidad convencional o comunidad matrimonial de herederos, pero no será ya comunidad de herederos, ni le serán de aplicación sus normas. *Vid.* FERRANDIS VILELLA, J. *La comunidad hereditaria*, cit. pág. 221.

veces puede mantenerse tras su práctica la indivisión, incluso por ser esa la finalidad perseguida por los coherederos.

En efecto, ha de tenerse en cuenta que la comunidad hereditaria se extingue también por las mismas causas por las que se extingue la propiedad (como la destrucción o pérdida del objeto), y que, como hemos estudiado, puede tener lugar la cesación de la comunidad sin que se realice la partición, lo que ocurre si, una vez constituida la comunidad hereditaria, llega a faltar posteriormente alguno o algunos de los presupuestos que le son esenciales, esto es, la pluralidad de sujetos y de objeto⁷⁰⁷, como cuando se reúnen en una sola mano todas las participaciones, bien porque las haya adquirido, derivativa u originariamente, de un extraño, o bien porque las haya recibido de los restantes partícipes por medio del acrecimiento u otros títulos sucesorios, o en virtud de distintos negocios de transmisión de las cuotas.

La división que la partición opera no siempre produce el cese de la comunidad. No lo hace cuando no alcanza a la totalidad del haber hereditario —partición parcial— o no es todavía definitiva —partición provisional—, casos en los que la comunidad hereditaria subsistirá respecto de los bienes restantes y hasta su íntegra liquidación, o hasta tanto devenga definitiva.

Finalmente, la comunidad hereditaria puede extinguirse manteniéndose indiviso el patrimonio, a través de mecanismos denominados a veces “*sustitutivos de la división*” ya sea a través de su transformación o por producirse su sustitución por otra figura, de manera que la masa indivisa se mantiene en ese estado, pero se sujeta a distinto régimen jurídico, lo que puede ocurrir a través de la partición, que entonces no tiene por objeto hacer a cada uno de los coherederos dueño de bienes concretos y determinados a través de titularidades exclusivas e independientes, sino que nova o modifica la situación comunitaria existente, pero también puede tener lugar por otras vías. En estos supuestos, y a través del acuerdo unánime de los coherederos se puede poner fin a la comunidad hereditaria sin que la partición cumpla su función de liquidación y adjudicación a los coherederos de titularidades exclusivas e independientes sobre bienes concretos que formaban el caudal hereditario. A este planteamiento pertenecen los supuestos de transformación de la comunidad hereditaria en una comunidad ordinaria, en la que se señalan a cada coheredero cuotas en *pro indiviso* sobre cada uno de los bienes del caudal, o su sustitución por otra figura, como la sociedad, civil o mercantil, a la que los coherederos aportan sus cuotas⁷⁰⁸.

A estas hipótesis en las que la situación comunitaria no ha finalizado, pero la que existe ahora difiere de que se originó con el fallecimiento del causante, ya sea porque

⁷⁰⁷ Así, señala COLINA GAREA con referencia a la desaparición del objeto que la extinción sin partición se produce “*cuando la totalidad de los bienes y derechos que la compongan desaparezcan, perezcan, se pierdan o se destruyan, así como cuando todos ellos hubieran sido empleados para satisfacer el pasivo hereditario y, como consecuencia de ello, ya no quedan más cosas en la herencia*”. Vid. COLINA GAREA, Rafael, “*Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria*”, *cit.*, pág. 261.

⁷⁰⁸ Si bien estos supuestos, señala DOMENECH, no son tanto de división cuanto de disolución de la comunidad hereditaria. DOMENECH, A. M., Voz “*Partición de herencia*”, *NEJ*, tomo XIX, F. Seix Editor, Barcelona, 1935, pág. 16. Citado por MINGORANCE GOSALVEZ, C. *El pago de las deudas hereditarias*, Ed. Dyckinson, 2004, pág. 64, nota 115.

se ha transformado, aunque sigue siendo hereditaria, ya sea porque se ha extinguido, dando paso a una comunidad de otro tipo, o a otra figura que la sustituye, vamos a dedicar atención en este Capítulo, ya que, como refiere ALBALADEJO⁷⁰⁹, ambas tienen el interés de determinar si les sigue siendo de aplicación el régimen de la comunidad hereditaria y sus normas ordinarias de funcionamientos, o si, en todo o en parte, se les ha de aplicar uno distinto.

La existencia de formas de cesación de la comunidad hereditaria que no implican división del caudal otorga interés a la distinción entre los conceptos de disolución y división de la comunidad hereditaria, que, aunque con frecuencia unidos en los casos de partición hereditaria, no se exigen mutuamente⁷¹⁰. La división material del objeto puede, como hemos advertido, no producir la disolución de la comunidad hereditaria y

⁷⁰⁹ALBALADEJO, M. *Derecho Civil*, ob. cit, pág. 123.

⁷¹⁰MARTÍN BRICEÑO ha rastreado en la doctrina y en el Codice italiano la distinción entre la disolución (scioglimento) y la división (divisione). El Cc italiano se refiere a la primera en el art. 1111 Cc y a la segunda en el art. 713, e incluso admite expresamente, aunque sin abordar una enumeración completa, otras fuentes de extinción de la comunidad hereditaria distintas de la división. Vid. MARTÍN BRICEÑO, Rosario, La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código Civil, cit, pág. 205, nota 428.

Disolución Art. 1111 Scioglimento della comunione. *Ciascuno dei partecipanti può sempre domandare lo scioglimento della comunione (1506); l'autorità giudiziaria può stabilire una congrua dilazione, in ogni caso non superiore a cinque anni, se l'immediato scioglimento può pregiudicare gli interessi degli altri (717).*

Il patto di rimanere in comunione per un tempo non maggiore di dieci anni è valido e ha effetto anche per gli aventi causa dai partecipanti. Se è stato stipulato per un termine maggiore di questo si riduce a dieci anni.

Se gravi circostanze lo richiedono, l'autorità giudiziaria può ordinare lo scioglimento della comunione prima del tempo convenuto.

División Art. 713 Facoltà di domandare la divisione. *I coeredi possono sempre domandare la divisione (715 e seguenti, 1111 e seguenti, 2646; Cod. Proc. Civ. 784 e seguenti).*

Quando però tutti gli eredi istituiti o alcuni di essi sono minori di età, il testatore può disporre che la divisione non abbia luogo prima che sia trascorso un anno dalla maggiore età dell'ultimo nato.

Egli può anche disporre che la divisione dell'eredità o di alcuni beni di essa non abbia luogo prima che sia trascorso dalla sua morte un termine non eccedente il quinquennio.

Tuttavia in ambedue i casi l'autorità giudiziaria, qualora gravi circostanze lo richiedano, può, su istanza di uno o più coeredi, consentire che la divisione si effettui senza indugio o dopo un termine minore di quello stabilito dal testatore.

Art. 764 Atti diversi dalla divisione. *L'azione di rescissione è anche ammessa contro ogni altro atto che abbia per effetto di far cessare tra i coeredi la comunione dei beni ereditari.*

L'azione non è ammessa contro la transazione (1965 e seguenti) con la quale si è posto fine alle questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima, ancorché non fosse al riguardo incominciata alcuna lite.

Los textos del Códice proceden de la edición de The Cardozo Institute. *Obiter Dictum* Electronic Law Journal. Università Degli Studi Di Trento. Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. Chiaves – dott. sa V. Virzì, bajo la supervisión del prof. P. G. Monateri, <http://www.jus.unitn.it>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2013.

ésta, a su vez, puede extinguirse por causas o medios distintos de la división, algunos dependientes de la voluntad de los copartícipes y otros ajenos a la misma.

Los supuestos de cesación no particional de la comunidad hereditaria son, no obstante, de difícil categorización, y no constituyen un elenco cerrado, pero en su mayoría pueden reconducirse al elemento común de la ausencia sobrevenida de uno o varios sus elementos esenciales. Esta idea sostiene ALBALADEJO, para quien son en general causas de extinción de la comunidad hereditaria “*cualesquiera hechos o actos que pongan fin a los bienes comunes o a la pluralidad de sus titulares, como la destrucción de todos ellos, la reunión de los bienes en una sola persona (sea un condueño o un extraño) por cualquier motivo, como la compra de todas las participaciones o la usucapión de todos los bienes por poseerlos como dueño exclusivo*”.

Al margen del examen de este Capítulo se encuentran aquellos supuestos, ya estudiados en éste trabajo, en los que la comunidad hereditaria no llega a nacer, por faltar desde la apertura de la sucesión, la pluralidad de sujetos (caso del heredero único) o de objeto (caso de la herencia con bien único), que son esenciales a su constitución y a su supervivencia. De modo que si, en éste segundo supuesto, se entiende constituida una comunidad ordinaria por cuotas sobre el mismo, ello no se debe a la voluntad de los coherederos ni a una novación de la comunidad hereditaria que provoca su transformación en otra figura, sino, simplemente, a la ausencia de un presupuesto para el nacimiento de ésta que, automáticamente, hace que el derecho de los coherederos se configure de este modo.

11.1.2. La autonomía privada de los herederos como fundamento de la posibilidad de una extinción no particional

Antes de abordar el estudio de los distintos supuestos, conviene poner de relieve que en los casos en que la extinción no particional tiene lugar en virtud de un medio negocial, su fundamento se encuentra básicamente en la autonomía que en nuestro derecho tienen reconocida los coherederos a la hora de hacer cesar, por cualquier medio, con o sin división del caudal hereditario, la comunidad hereditaria.

Como hemos señalado, la jurisprudencia tiene dibujado el ámbito de la libertad jurídica de los coherederos al momento de partir con perfiles muy amplios, al punto que la facultad de realizar la partición de la manera que tengan por conveniente es prevalente (SS. TS de 2 de marzo de 1934, 7 de noviembre de 1935, 30 de abril de 1944, 21 de octubre de 1958, entre otras muchas) sobre la ordenada por el testador o por el contador-partidor salvo prohibición expresa, admitiéndose, tanto en el propio acto como previamente, actos negociales que la modelen.

En esta dirección se expresa la STS de 7 de noviembre de 1935 (Considerando 3º) al declarar que “*la voluntad del testador, si bien obliga a los coherederos, no les impide formalizar y suscribir con plena trascendencia jurídica los convenios que estimen convenientes a los efectos de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios y... no se infringen los artículos 665, 670, 737, 738 y 739 del Código Civil*”. Y esta autonomía

autoriza, según el Tribunal Supremo a prescindir del testamento y crear “*una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarlas*”⁷¹¹.

Resulta tan amplia esta libertad y tan nítida su ordenación a proteger el desenvolvimiento de los intereses individuales y colectivos de los copartícipes, que no ha de limitarse a los actos puramente particionales, ni tan siquiera divisorios, y es capaz, desde luego, de amparar una actuación particional que no se encamine a la plena individualización e independización de los derechos abstractos sobre el caudal hereditario, sino simplemente a su concreción o materialización en cuotas, pero ahora cuotas concretas, sobre los bienes concretos, o a la utilización de estas cuotas como aportación a una figura jurídica como la de la sociedad.

Esta libertad se defiende incluso si, en ambos casos, se frustra en algún sentido la finalidad propia de la división o liquidación del caudal hereditario, prolongando la indivisión del caudal por otros medios admitidos por el ordenamiento. Ello obedece a menudo a que éstos resultan más acordes a los fines de los coherederos que, hay que suponer, no pueden conseguirse con la permanencia en la comunidad hereditaria, ni siquiera con la estabilidad que pueden proporcionarles los pactos de indivisión, sus prórrogas, y la libertad de establecer el régimen de administración y explotación de los bienes, facultades que ofrecen amplias oportunidades de satisfacción de las necesidades e intereses, tanto individuales como comunes a la pluralidad de interesados en la herencia.

11.1.3. Examen de las causas de extinción no particional de la comunidad hereditaria

El estudio de los supuestos en los que cesa la comunidad hereditaria sin que exista partición o sin que ésta cumpla su función habitual de hacer a cada uno de los partícipes dueño de bienes concretos y determinados permite distinguir una serie de situaciones que, con distintas características, tienen en común que la comunidad cesa sin que se produzca división del caudal, o al menos sin que ésta atribuya titularidades individuales y exclusivas sobre los bienes.

Dejando a un lado los supuestos, ya estudiados, en los que la comunidad hereditaria no llega a surgir por no concurrir inicialmente alguno de sus presupuestos, y aquellos en los que la partición se verifica directamente por el propio testador, podemos distinguir las siguientes fuentes o causas de cesación no particional de la comunidad hereditaria:

⁷¹¹Aunque, según la misma resolución, una vez consentida y autorizada la situación que se crea por medio del convenio particional, no obstante conocer la existencia del testamento, ello “*les impide [a los coherederos] obtener, sin contradecir sus propios actos, el reconocimiento de un estado de derecho que anule y desvirtúe el que ellos, libre y conscientemente, crearon*”. (Considerando 3º).

11.1.3.1. Extinción por falta, después de su constitución, de alguno de los presupuestos, subjetivos u objetivos de la comunidad hereditaria

A. Por faltar la pluralidad de sujetos

Es de esencia a la comunidad hereditaria la concurrencia de una pluralidad de sujetos llamados simultáneamente a la herencia en virtud del título sucesorio y aceptantes de la misma. Cuando falta desde el principio la pluralidad de sujetos, por existir un heredero único, la comunidad hereditaria no llega a nacer.

Pero dicha pluralidad puede faltar durante la vigencia de la comunidad hereditaria ya constituida por distintas causas, como ocurre cuando los coherederos fallecen sin sucesores o de otro modo salen de la comunidad hereditaria o se concentran en manos de uno solo de los coherederos todos los derechos hereditarios abstractos, o se transmiten globalmente a un tercero. En estos casos, la comunidad cesará haciendo innecesaria la partición, pues faltará el sujeto plural.

La extinción por ésta causa pueda plantearse en distintas situaciones. En particular así ocurrirá si se reúnen todos los derechos sobre el patrimonio hereditario en una sola mano.

La reunión de las cuotas en manos de una sola persona provoca la extinción de la comunidad hereditaria por faltar, sobrevenidamente, la pluralidad de los partícipes. Esta situación, a veces denominada “consolidación”⁷¹², constituye una forma de extinción específica de los derechos reales distintos del de propiedad, en la que la cotitularidad sobre los bienes es sustituida por una situación en la que éstos se encuentran en manos de un solo titular, lo que hace desaparecer un elemento esencial de la comunidad, cual es la pluralidad de sujetos titulares de los bienes.

La reunión de las cuotas puede tener lugar tanto en manos de uno de los copartícipes en la comunidad hereditaria, que deviene ahora titular único de todas ellas, como en manos de un tercero, y tanto en virtud de un negocio jurídico oneroso como gratuito.

Entre las causas que pueden dar lugar a esta concentración de los derechos hereditarios pueden señalarse las siguientes⁷¹³:

1. Por acrecimiento de las cuotas en favor de un solo partícipe en caso de que los demás renuncien a ellas en su favor o sean incapaces para recibirlas.

⁷¹²Se habla también de consolidación con referencia a los supuestos en que se reúnen en una sola cabeza las titularidades relativas a distintos derechos reales cuando uno de ellos grava al otro. En opinión de GETE ALONSO, técnicamente, tampoco puede entenderse que la reunión en uno sólo de los comuneros de la totalidad de los derechos (cuotas) de los cotitulares, sea consolidación, puesto que al tratarse de derechos iguales (y no de distintos derechos reales que se reúnen) y del mismo rango (de modo que ninguno grava a otro), es la concurrencia de todos los derechos de los cotitulares en uno solo lo que hace desaparecer una comunidad, debiendo considerarse el supuesto como una causa propia de extinción. Vid. GETE ALONSO, M. Carmen, *División de la comunidad de bienes*, ob. cit., pág. 83.

⁷¹³Vid. MARTÍNEZ DIE, Rafael, “Anotaciones sobre la partición contractual”, *Rev. La Notaría*, núm. 4/1998, págs. 76-133.

2. Por derecho de transmisión, cuando uno de los llamados a la herencia resulta ser, al mismo tiempo, heredero de sus copartícipes, que han fallecido con posterioridad al causante sin haber aceptado ni repudiado la herencia.
3. En virtud de las sustituciones hereditarias, cuando alguno de los copartícipes es, además, sustituto vulgar o fideicomisario de los restantes.
4. En virtud de un acto de disposición por el que los coherederos disponen por actos *inter vivos* o *mortis causa* de sus cuotas sobre el caudal relicto en favor de una sola persona, sea uno de ellos o un extraño, en virtud de la facultad de disposición de la propia cuota que ampara el art. 1067 Cc.

Esta última posibilidad de concentración de los derechos se fundamenta en la plena titularidad que cada uno de los coherederos ostenta sobre su propia cuota, que le faculta para enajenarla, cederla o gravarla (arts. 1531, 1000 y 1067 Cc), tanto a favor de un extraño, ajeno a la comunidad hereditaria, como de uno de los coherederos.

Ahora bien, es necesario distinguir entre la disposición de cuota hereditaria realizada por alguno o algunos de los coherederos y el acto transmisivo que opera la disposición de la totalidad de las que recaen sobre el patrimonio hereditario:

- (a) En el primer caso, se produce un cambio de titularidad en la cuota que se enajena, a través de la disposición de los derechos patrimoniales transmisibles que correspondían al transmitente o cedente, pero no tiene lugar la disolución ni liquidación de la comunidad que continúa con los restantes titulares, y por lo tanto, se conserva la indivisión. El adquirente o cesionario no toma el carácter o condición de heredero, ni adquiere derechos que no tengan contenido económico, ni asume las deudas, pero queda facultado para ejercer las acciones y derechos que la ley confiere al cedente en lo que se refiere a la custodia, aprovechamiento, distribución y adjudicación de los bienes, en cuya gestión puede intervenir, así como para pedir la partición e intervenir en ella como cotitular del patrimonio en liquidación (SSTS de 24 de febrero de 1909, 27 de noviembre de 1961, entre otras). Los demás coherederos podrán hacer uso del derecho de retracto que reconoce el art. 1067 Cc.
- (b) En el segundo caso, esto es, cuando la totalidad de los coherederos acuerda la venta de sus cuotas respectivas⁷¹⁴ a favor de un tercero, o todos disponen de las que les corresponden a favor de uno de ellos, que adquiere el conjunto de las que recaen

⁷¹⁴Desde luego, una vez producido el fallecimiento del causante, puesto que el art. 1271 Cc prohíbe los contratos sobre la herencia futura. La cuestión es si es necesario también que haya tenido lugar la delación. Entiende ALBALADEJO que pueden celebrarse contratos sobre la herencia una vez causada ésta, porque ya no es futura, aún antes de la delación. La transmisión de la cuota comprendería, si otra cosa no se ha pactado, los incrementos experimentados por acrecimiento de cuotas vacantes o legados absorbidos, o por colación, puesto que forman parte de la cuota que se transmite Véase ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, vol. V, Derecho de Sucesiones*. Ed. Edisofer, 2004, págs. 193, 194 y 196. Otra cosa es lo que el coheredero transmitente haya podido recibir en virtud de sustitución vulgar o fideicomiso, que corresponde a una delación distinta y no a un incremento de la propia cuota, por lo que, si no existe pacto expreso al respecto, no deberá beneficiar al comprador.

sobre el patrimonio hereditario, la herencia queda concentrada en una sola mano, y como resultado de esta novación subjetiva, la comunidad no puede subsistir⁷¹⁵.

MARTÍN BRICEÑO⁷¹⁶ ha abordado también la sistematización de los distintos supuestos susceptibles de incluirse bajo esta modalidad de concentración de los derechos hereditarios⁷¹⁷, distinguiendo en función de si dicha concentración se produce en manos de uno de los copartícipes en la comunidad hereditaria o en manos de un tercero:

(a) El caso de que todas las cuotas hereditarias concurren en un heredero o legatario de parte alícuota puede darse por varios procedimientos:

- 1º A través de una disposición *mortis causa* que provoque que quien sobreviva a todos los partícipes reciba el conjunto de las cuotas hereditarias de éstos últimos, con lo que, al final, el heredero sobreviviente recibiría la totalidad de las mismas.
- 2º En virtud de una disposición *inter vivos*, mediante la cual un heredero o legatario de parte alícuota adquiriría las participaciones de los demás, ya sea de forma sucesiva o de forma simultánea.
- 3º Por renuncia de todos los partícipes menos uno a las cuotas que les corresponden en la comunidad.

(b) En el caso de que todas las cuotas hereditarias se reúnan en manos de un tercero⁷¹⁸ por alguna de las siguientes vías:

- 1º Por disposición *mortis causa* de las cuotas realizada a favor de persona ajena a la comunidad hereditaria, que las adquiere de forma simultánea.

⁷¹⁵En este caso, entiende ALBALADEJO que el adquirente recibe a título singular cada uno de los bienes de la herencia que se le transmite, pero no formando una unidad, porque el fundamento del acto transmissivo no se encuentra, a diferencia de la que se produce del causante al sucesor, en un título universal, como el de heredero, sino en la compraventa.

⁷¹⁶MARTÍN BRICEÑO, María Rosario, *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código Civil*. Ed. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, págs. 206 y 207.

⁷¹⁷También FERRANDIS VILELLA ha enumerado los supuestos de cesación de la comunidad hereditaria por coincidir en una misma persona todos los derechos sobre la herencia. Señala que a esta situación se puede llegar por varios caminos: “*Puede ocurrir que fallecidos los otros coherederos, hubiera heredado sus cuotas este último superviviente; o que, fallecidos todos ellos, les hubiera heredado una misma persona por testamento, por sucesión legítima, o por sustitución fideicomisaria ordenada por el causante de la herencia que dio lugar a la comunidad. Puede igualmente suceder que, dada la facultad de disposición de los coherederos respecto a sus cuotas, hayan sido enajenadas todas a un extraño, o cedidas a uno de los coherederos...*”. En todos los supuestos, señala el autor, se hace innecesaria toda partición, extinguiéndose la comunidad. Véase. FERRANDIS VILELLA, J. *La comunidad hereditaria*, cit, págs. 222 y 223.

⁷¹⁸Si bien en este caso no se produce propiamente la reunión de los derechos de los coherederos en manos de uno sólo, sino una nueva adquisición por un tercero, que aunque produce también la cesación de la comunidad, no es un supuesto equiparable a aquel.

2º Por disposición *inter vivos* que provoca en el tercero la adquisición simultánea de las cuotas.

La comunidad hereditaria se extingue también en los casos anteriores en virtud de un acto de adquisición originaria cuando se produce la prescripción adquisitiva, adquiriendo el usucapiente las cuotas de todos los partícipes y desapareciendo el soporte material de la comunidad, lo que resulta posible, si se dan los requisitos de la usucapión, a pesar del carácter imprescriptible de la acción para solicitar la división (artículo 1965 Cc), ya que la imprescriptibilidad actúa dentro del círculo de los condueños o coherederos que han poseído los bienes de consuno, pero no cuando uno de ellos o un extraño los ha poseído de modo exclusivo, quieta, pacíficamente y en concepto de dueño por tiempo suficiente para adquirirlos por prescripción, ya que en este caso, la usucapión ganada cierra el paso al ejercicio de la acción⁷¹⁹.

Presenta interés la concentración de las cuotas hereditarias que se verifica en virtud de un acto unilateral por el que los coherederos renuncian⁷²⁰ a sus cuotas en la comunidad, la cual puede plantear tres situaciones, con efectos diferentes:

- (a) Si la renuncia se realiza unánimemente por todos los miembros de la comunidad, haciendo dejación o abandono de su derecho, la comunidad hereditaria se extinguirá, siempre que la renuncia cumpla los requisitos legales, es decir, que no contrarie una norma de carácter imperativo ni se realice en perjuicio de tercero, como exige el artículo 6.2º Cc.
- (b) Si, por el contrario, la renuncia la formula solamente alguno o algunos de los coherederos, la comunidad no se extinguirá, sino que, a no mediar pacto en contrario, las participaciones renunciadas acrecerán al coheredero o coherederos no renunciantes⁷²¹, cuyas cuotas se expanden, entendiéndose que son beneficiarios de dicha renuncia quienes permanecen en la comunidad, y no que quedan abandonadas o vacantes, puesto que se trata de cuotas abstractas o ideales.
- (c) Si renuncian a su derecho todos los coherederos menos uno, nos encontraremos ante un supuesto de reunión de todas las cuotas o participaciones en manos de uno sólo de los coherederos y la comunidad se extinguirá por falta de pluralidad subjetiva.

⁷¹⁹En este sentido se expresa la STS de 8 de junio de 1945,

⁷²⁰Nos referimos aquí a la llamada “renuncia pura”, esto es, a una manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, pero sin transmitirlo a otra persona. Este es el sentido que acoge la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2001, al declarar que “Según reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias, entre otras de 26 Sep. 1983, 16 Oct. 1987 y 5 May. 1989), la renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en que se produzca), dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica”.

⁷²¹El artículo 395 Cc recoge la posibilidad de la renuncia del copropietario a la parte que le pertenece en el dominio como medio para eximirse de la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común.

La renuncia no requiere sólo de la declaración de voluntad unilateral y expresa del titular de la cuota que le corresponde sino que debe ir acompañada de la desposesión efectiva de la cosa cuando la comunidad recae sobre el derecho de propiedad.

Aunque el artículo 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, la renuncia a la propia cuota será normalmente expresa, pero nada impide que tenga lugar de forma tácita o implícita. En éste caso, como corresponde a las renunciaciones de derechos, para que se tenga por hecha ha de manifestarse, de manera clara, definitiva y concluyente⁷²², “*por actos que demuestren, fuera de toda duda, la voluntad de renunciar de quien tiene capacidad para ello sin posibilidad de presumirla*” (STS de 30 de marzo de 2000, que cita las de 25 de mayo de 1974, 26 de septiembre de 1983 y 4 de marzo de 1988).

La exigencia deriva de la propia norma del artículo 6.2 Cc, que actúa como delimitador de su alcance y que como señala la STS de 11 de octubre de 2001, siguiendo una doctrina constante “*exige, para su eficacia jurídica, que ha de ser expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (SS 5 Mar., 3 Jun., 28 y 31 Oct. y 5 Dic. 1991, 14 Feb. 1992, 31 Oct. 1996 y 19 Dic. 1997)*”.

B. Por la pérdida o destrucción de los bienes que integran el caudal hereditario, o por quedar éstos fuera del comercio

Cuando desaparece, por pérdida o destrucción⁷²³, o por quedar fuera del comercio, la masa patrimonial que constituye el objeto de la comunidad hereditaria, ésta se extingue también. El artículo 1122.2 pfo. 2º Cc⁷²⁴ ofrece, dentro del régimen de las obligaciones condicionales, una norma interpretativa a este respecto al disponer que se entiende que la cosa se pierde “*cuando perece, queda fuera del comercio, o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar*”.

Si la pérdida o destrucción afecta a todos los bienes menos a uno, falta de forma sobrevenida el presupuesto objetivo para que se continúe la comunidad hereditaria, de modo que se produce de forma automática la atribución de cuotas concretas sobre el

⁷²²Sin que por ejemplo la falta de ejercicio de los derechos que corresponden al copartícipe en la comunidad o su ejercicio tardío pueda entenderse como renuncia tácita a los mismos o a la propia cuota en la comunidad. Vid. STS de 18 de octubre de 2001 para un supuesto general de renuncia de derechos contractuales.

⁷²³Se entiende que la pérdida o destrucción han de ser fortuitas, pues si se deben a la actuación de alguno o algunos de los coherederos, aunque la comunidad se extinguirá igualmente sobre la masa, surgirá en su lugar un derecho de crédito a favor de los copartícipes que no tuvieron parte en dichos actos. Cuando los bienes admiten reparación, podríamos entender que éstos tendrán derecho solamente a que se lleve a cabo la reparación de los daños a costa de quienes los causaron y la comunidad no se extinguiría.

⁷²⁴Véase para la interpretación del 1122 Cc, y particularmente para la cuestión de la atribución del riesgo de pérdida de la cosa en las obligaciones contractuales CARRASCO PERERA, Francisco, “Comentario al artículo 1122 Cc”, en *Comentarios al Código Civil* coord. por Rodrigo BERCOVITZ, vol VI. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 8207-8209.

bien a los coherederos (SSTS de 20 de noviembre de 1995 y 13 de diciembre de 1986), pero no como consecuencia de la transformación de la comunidad hereditaria, sino porque, faltando la pluralidad de bienes, la comunidad ya no mantiene su fisonomía, y en tales casos se entiende constituida entre los coherederos una comunidad ordinaria sobre el único bien existente en la herencia, ya que la comunidad hereditaria requiere no sólo pluralidad de sujetos llamados simultáneamente a la herencia, sino también pluralidad de bienes o derechos integrantes de su objeto.

A la destrucción del objeto se equipara el consumo íntegro por los copartícipes de la comunidad de los bienes que integran la masa hereditaria, que determinaría la extinción de aquella, por constituir uno de los modos tradicionales de extinción del dominio y de los demás derechos reales.

C. Por agotarse el caudal hereditario en el pago de deudas

Similar al supuesto de la pérdida o destrucción del objeto es aquel en que la totalidad de la herencia se ha agotado en el pago de deudas y legados. En este caso, no queda nada que partir, y por lo tanto, la comunidad hereditaria pierde su fundamento objetivo.

Ahora bien, la extinción de la comunidad por esta causa presupone que los bienes hereditarios hayan sido suficientes para cubrir por entero y en su totalidad las deudas de la herencia⁷²⁵, porque si no es así, es decir, si los bienes de la herencia no han sido suficientes para el pago de la totalidad de las deudas, y ésta ha sido aceptada pura y simplemente, entonces subsiste una comunidad hereditaria que podemos calificar “*de pasivo*”, esto es, una comunidad recayente, como señala FERRANDIS VILELLA, sobre una “*hereditas damnosa*”⁷²⁶. La comunidad hereditaria deberá entonces permanecer respecto de la parte pasiva que no pudo ser cubierta con la activa. La responsabilidad “*ultra vires hereditatis*” de los coherederos en este caso hace necesaria la continuidad de la comunidad para que éstos respondan, conjuntamente, de las deudas no satisfechas con sus propios bienes.

Sobre el bien único de la herencia no puede existir comunidad hereditaria, por eso si una vez satisfechas las deudas el activo hereditario fuese superior al pasivo, pero restase en dicho activo un solo bien, la comunidad cesará automáticamente, convertida en comunidad de bienes ordinaria, con atribución a cada coheredero de una cuota sobre dicho bien, proporcional al derecho que le corresponde sobre la herencia.

⁷²⁵Véase COLINA GAREA, Rafael, “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, *cit.*, pág. 261. Véase también FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, *cit.*, pág. 222. Como afirma este autor “*incluso podrá tener lugar después una partición en la que deba repartirse en proporción a cada cuota no el provecho, sino el perjuicio causado por la herencia*”.

⁷²⁶Véase. FERRANDIS VILELLA, J. *La comunidad hereditaria*, *cit.*, pág. 222. Señala el autor que en éste caso incluso será posible una partición posterior, la cual tendría por objeto la distribución entre los coherederos, no del provecho sino del perjuicio causado por la herencia.

D. Por el acuerdo de extinción de la comunidad

La comunidad hereditaria puede también extinguirse por un acto de disposición, consistente en el acuerdo unánimemente adoptado por los copartícipes y específicamente dirigido a producir su extinción. Señala GETE ALONSO⁷²⁷ que esta situación se distingue de la del ejercicio de la acción de división, principalmente porque el acuerdo de los copartícipes no tiene por qué afectar al objeto, lo que sí sucede cuando se procede a la división. Es decir, el acuerdo de extinción no comporta necesariamente la división de la cosa, sea o no posible ésta, y el acuerdo puede consistir en extinguir la comunidad y que uno de los copartícipes adquiera los derechos de los demás.

E. Inviabilidad de lotes

Cesa también la comunidad en los casos en que, por resultar las cosas que la integran indivisibles, o desmerecer mucho por su división, es inviable la formación de lotes⁷²⁸, y se acuerda adjudicarlas a uno sólo de los coherederos, abonando éste el exceso en dinero (art. 1062.1º).

Como hemos estudiado, la indivisibilidad o desmerecimiento, pueden proceder de las propias circunstancias físicas de los bienes, del uso económico al que están destinadas, o del hecho de venir impuesta su indivisibilidad por la propia ley⁷²⁹ (como ocurre con la legislación sobre unidades mínimas de cultivo o con los solares declarados indivisibles), y, en tanto que conceptos valorativos deducibles de hechos, su apreciación corresponde a los Tribunales de instancia, y no es revisable en casación (SSTS de 9 de febrero de 1983, 21 de marzo de 1988, y 23 de marzo de 1999, entre otras).

La jurisprudencia ha sostenido que el metálico a que alude el art. 1062.1º Cc ha de existir en la herencia, pues de lo contrario nos encontraríamos en realidad ante un supuesto de venta de la porción hereditaria, si bien la afirmación es criticable⁷³⁰, puesto que aboca a la indivisión de los bienes, o a su venta en pública subasta simplemente por el hecho de no existir dinero en el caudal, siendo el dinero un elemento fungible en el patrimonio.

⁷²⁷GETE ALONSO, M. Carmen, en *División de la comunidad de bienes*, ob. cit., págs 86 a 88. La autora refiere el acuerdo voluntario de extinción a la comunidad ordinaria, pero la argumentación nos parece de interés en su aplicación a la comunidad hereditaria.

⁷²⁸Piénsese por ejemplo en una herencia integrada por un conjunto de elementos que forman parte de una explotación, o por parcelas rústicas cuya división daría lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, caso para el que el artículo 24 LMEA impone la no división, aun en contra de lo dispuesto por el testador. En parecidos términos puede citarse el art. 17.2 TRLS que declara que la división de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial urbanística.

⁷²⁹A la indivisibilidad jurídica se refiere, por ejemplo, la STS de 11 de abril de 2011 que, a pesar de la posibilidad de división física declaró que los obstáculos de índole urbanística, o la necesidad de consentimiento de un colindante a la vivienda para poder realizar las actuaciones dirigidas a su fraccionamiento impedían la división, puesto que ésta exige también su posibilidad jurídica.

⁷³⁰La tesis se sostiene entre otras en la STS de 10 de febrero de 1997 y en la Res. DGRN de 13 de mayo de 2003. Entre las posiciones críticas, puede consultarse ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, "Comentario al artículo 1062 Cc", en *Comentarios al Código Civil* dirigidos por rodrigo BERCOVITZ, vol VI, cit. págs 7760 y sigs. El autor se suma a la postura de DOMÍNGUEZ LUELMO en este punto.

No obstante, a falta de acuerdo, el artículo 1062.2º Cc admite la venta de los bienes en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños a petición de cualquiera de los coherederos⁷³¹.

11.1.3.2. Extinción por transformación o sustitución de la comunidad hereditaria por otra figura, sin que ello implique división de la masa hereditaria

A. Consideraciones generales

Bajo las categorías de la transformación y sustitución de la comunidad hereditaria se incluyen habitualmente dos supuestos que tienen en común, de un lado, que la extinción de esta situación se produce a través de la modificación o novación de las relaciones jurídicas entre los coherederos, frecuentemente por medio de una partición que no implica la adjudicación de titularidades exclusivas e independientes sobre los bienes que integraban el caudal hereditario y, de otro, la permanencia de la situación de indivisión entre los copartícipes, a través de otras figuras y con sujeción a distinto régimen. Estos supuestos son los de adjudicación *pro indiviso* de los bienes hereditarios remanentes por los herederos, que convierte la comunidad hereditaria en convencional, y la constitución por los herederos de una sociedad, a la que aportan sus cuotas, desapareciendo la comunidad hereditaria por sustitución, lo que no resulta infrecuente cuando la comunidad hereditaria tiene por objeto una empresa o explotación que es preferible gestionar por ésta vía⁷³².

A ambos supuestos se refiere ALBALADEJO⁷³³ como casos en los que tiene lugar la extinción de la comunidad hereditaria y el nacimiento de una figura nueva a la que se aplicarán sus reglas propias. Para este autor, la cuestión más relevante es, precisamente, la de la determinación de las normas que han de ser aplicadas a la nueva figura, entendiendo que si los comuneros constituyen entre ellos una sociedad a la que aportan sus participaciones serán de aplicación en adelante las normas que regulan la sociedad,

⁷³¹ Como la norma parece presuponer que la cosa ha de adjudicarse a uno sólo de los coherederos, las Res. DGRN de 10 de enero de 1903 entendió que el precepto no era de aplicación a un caso en que se adjudicaban cuatro fincas proindiviso a cuatro herederos, porque lo mismo pudieran haberse adjudicado a los cinco instituidos.

⁷³² Incluso por ser la de la proindivisión ordinaria una forma más adecuada para satisfacer las deudas que pesan sobre la misma, como puso de relieve la STS de 21 de abril de 1951 en un caso en el que la masa hereditaria estaba integrada, fundamentalmente por una explotación ganadera, y en la que existía pasivo: “*dados los términos en los que los contratantes se expresan al referirse entre ellos existente, no puede menos de entenderse que, después de practicadas las operaciones divisorias del caudal relicto, los herederos decidieron continuar, respecto de los bienes heredados en la misma situación de hecho en que se hallaban antes de la partición por estimar que poniendo en común los bienes y rentas de todos, podrán reunir más fácilmente los fondos precisos para hacer frente a sus deudas, situación de hecho que en nada pugna con las normas legales vigentes y que al ser reconocida en la sentencia no puede significar una aplicación indebida del art. 392 Cc; aunque advirtiendo que esta transformación en nada alteraba la responsabilidad solidaria que por otra parte— reconocían ambos explotantes de la ganadería*”.

⁷³³ ALBALADEJO, Manuel *Curso de Derecho Civil*, vol. V, Derecho de Sucesiones, ed. Edisofer, 2013, pág. 127

y si acuerdan que las participaciones globales en la masa comunitaria se conviertan en comunidades singulares sobre cada bien o derecho componente de ésta, sustituyendo la comunidad hereditaria por una pluralidad de comunidades, tantas como bienes o derechos haya, se aplicarán en adelante para cada comunidad singular, que funcionará de forma independiente, las normas propias de la comunidad ordinaria.

B. Fundamento

En los supuestos que estudiamos, la admisibilidad del pacto extintivo de la comunidad hereditaria y su conversión o sustitución por otra figura encuentra su fundamento, no sólo en la libertad negocial que proclama el artículo 1255 Cc, que sin dificultad alcanza los pactos o cláusulas relativos al modo en que los coherederos realizan la partición de los bienes, incluso sin llevar a cabo su división material, sino también en la libertad jurídica que en particular reconoce el Código Civil a los herederos para dividir la comunidad como tengan por conveniente⁷³⁴. Y es esta libertad la que ampara el tránsito a otra forma jurídica, más acorde con los intereses de los coherederos, fundamentalmente a una forma estable y reconocida por el Derecho con un régimen jurídico propio y completo que permita, sobre todo, mantener unido el patrimonio para su mejor explotación, aunque también pueden darse otras motivaciones, como la de hacer más fácilmente frente a las deudas (STS de 21 de abril de 1951).

Puede plantearse si esta libertad ampararía también —porque ello puede responder a los intereses en juego— una partición parcial, en la que solo una parte del patrimonio quede transformado en comunidad ordinaria o sociedad, y el resto, no partido, siga bajo el régimen de la comunidad hereditaria, quedando los copartícipes simultáneamente como coherederos de la comunidad hereditaria y como comuneros respecto de la ordinaria creada a través de la partición parcial del caudal. A nuestro juicio, nada parece impedirlo, puesto que doctrina y jurisprudencia admiten, como hemos estudiado que la partición de los coherederos, por acuerdo unánime de éstos se refiera solamente a ciertos bienes, sin que sea necesario que afecte a todos ellos, proyectándose sobre parte de los mismos y subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes hasta que se lleve a cabo su completa extinción, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y esta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme al artículo 14 de la LH y 80 de su Reglamento. En esa posibilidad de partición parcial no queda restringida la libertad que les corresponde para resolver la partición, por ejemplo, en la constitución de una comunidad ordinaria con cuotas sobre cada uno de los bienes, ni es extraña la subsistencia de la comunidad hereditaria sólo sobre una parte del caudal mientras otra sigue otro cauce jurídico (como la disposición a favor de un tercero, o la individualización de titularidades plenas y exclusivas de los coherederos sobre ellos).

⁷³⁴También en el *Code français*, artículo 819: “*Si todos los coherederos están presentes y tienen capacidad, la partición podrá hacerse en la forma y por el acto que las partes juzguen conveniente*”. Trad. Álvaro NUÑEZ IGLESIAS, *Código Civil Francés*, cit, pág. 422.

C. Posición de los acreedores ante la transformación o sustitución de la comunidad hereditaria

Cuando la partición tiene por objeto la transformación de las cuotas hereditarias en cuotas de una comunidad ordinaria o la aportación de aquellas a una sociedad, los acreedores pueden, como en cualquier partición, oponerse a la misma (esto es a su culminación mediante las adjudicaciones de cuotas) hasta tanto no se satisfagan o afiancen sus créditos. La transformación de la comunidad afecta a la responsabilidad de los coherederos y, por ende, a la garantía de sus créditos, especialmente si se entiende que en virtud de la misma desaparece la responsabilidad solidaria en las deudas de la herencia que alcanza a los coherederos.

Por una parte⁷³⁵, en la comunidad ordinaria, en sentido estricto, no hay solidaridad en la responsabilidad. Todo copropietario, pues, “*tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común*”, lo que, habida cuenta de lo establecido en los arts. 387 y 398 del Cc, lleva a la conclusión de que cada uno de los comuneros queda obligado exclusivamente por aquello que acepta, y no queda obligado por los actos de los demás. De hecho, ha de tenerse en cuenta, además, que “*La doctrina legal, que faculta a un solo condueño para actuar, sin acuerdo o autorización de los demás, en beneficio de la comunidad, es excepcional y como tal ha de ser aplicada en sentido restrictivo*” (STS de 8 de abril de 1965).

Para el cobro de las deudas en la comunidad ordinaria es necesario demandar a todos los comuneros, lo que hace pensar en una deuda partible, y la jurisprudencia excluye la posibilidad de apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (por todas, STS de 7 de febrero de 1994).

Cuando lo que se constituye es una sociedad civil regular, el art. 1698 Cc establece: “*Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad; y ninguno puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello*”, lo que permite deducir que responderán de forma subsidiaria, mancomunada y con todo su patrimonio, por aplicación del art. 1911 Cc⁷³⁶.

Finalmente, en la sociedad irregular la responsabilidad de los socios es solidaria, no subsidiaria (STS de 19 de diciembre de 2006), ya que su régimen de responsabilidad frente a terceros hay que equipararlo al de las sociedades personalistas, y al haber confusión de patrimonios, la responsabilidad frente a terceros de la sociedad y los socios es solidaria. El argumento empleado por la jurisprudencia consiste en que “*Aunque el art. 1137 del Código Civil establece en materia de obligaciones como regla general*

⁷³⁵Vid. FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “Comunidades de bienes” y “Sociedades civiles” para empresa. La sociedad irregular”, en *Boletín Jado*, Bilbao, diciembre 2011, núm 22. Versión digital en www.forulege.com, págs 7 y sigs. Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2013.

⁷³⁶Se cita en apoyo de esta interpretación abundante jurisprudencia de las AA.PP: SAP de Baleares, Sec. 5a, de 10-05-2010, 15-04-2010, 05-04-2010, SAP de Cantabria, 7sec. 2a, de 14-05-2008, SAP de Murcia, sec. 5a, de 5-07-2004, SAP de Barcelona, sec. 13a, de 30-04-1998, SAP de Huesca de 14-05-2004, 28-06— 1995, 14-10-1996 y 31-10-1994, SAP de Asturias Sec. 4a de 23-11-1998 y SAP de Girona Sec. 2a de 5-11-1999. Vid. FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “Comunidades de bienes” y “Sociedades civiles” para empresa, cit, pág. 8

el principio de la mancomunidad, como excepción la solidaridad, sin embargo la doctrina jurisprudencial admite la doctrina de la solidaridad, tácita, aplicable cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre ellos, con lo que se trata de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, descartándose únicamente cuando hay una mera casual identidad de bienes o prestaciones” (STS de 26 de julio de 2000).

Por otra parte, en lo referente al concurso de acreedores, éste puede declararse sobre la herencia, pero no sobre la comunidad de bienes, (ni sobre la sociedad civil irregular). Lo que el acreedor puede hacer, conforme a los art. 3.5 y 25.2 de la Ley Concursal es solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos (art. 25.1). Y, específicamente admite la LC (art. 25.2) la acumulación, a solicitud de la Administración Concursal de cualquiera de ellos, de los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta (art. 25.2).

Cuando la comunidad hereditaria ha sido sustituida por una sociedad, como consecuencia de la liquidación, los socios tendrán derecho a percibir la cuota de liquidación. La regla general es la de que recibirán los socios el haber que les corresponda a proporción o prorrata del interés o valor de las cosas aportadas, valorados al tiempo de la resolución, si bien no tendrá lugar la distribución del haber sin haber satisfecho o garantizado el derecho de los acreedores⁷³⁷.

11.2. Examen de los supuestos de transformación y sustitución de la comunidad hereditaria

11.2.1. Transformación de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria. Supuestos y requisitos

11.2.1.1. Naturaleza del acto de transformación o conversión

La conversión de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria envuelve una novación extintiva de aquella situación que es sustituida en base al acuerdo de los coherederos, por una nueva, sujeta a diferente régimen jurídico. En este proceso, que frecuentemente se verifica a través de la partición, surge la cuestión de si se trata simplemente de sustituir una comunidad por otra, de diferente naturaleza, o si se halla implicada, además, una modificación o transformación económica de los derechos de los copartícipes que pudiera alterar la proporción de sus respectivas participaciones globales de la masa hereditaria.

La cuestión tiene trascendencia, entre otros aspectos, en relación con la existencia de un riesgo de lesión patrimonial para los derechos de los menores representados en la

⁷³⁷Vide. STS de 21 de octubre de 2005 para la sociedad irregular.

partición por su padre o madre y por la eventual incidencia de un conflicto de intereses que obligase a designar un defensor conforme al artículo 163 Cc

La jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que la conversión que estudiamos supone, simplemente, la transformación de una comunidad de naturaleza germánica en otra de tipo romano, pero no implica trascendencia económica. La doctrina está formulada con el fin de resolver las cuestiones planteadas en torno a la existencia o no de riesgo de lesión para el patrimonio del menor en el momento de la partición y al hilo de la admisibilidad o no de su representación por el padre o madre superviviente y de la necesidad o no de designarle representante.

En este sentido, la Resolución de 27 de enero de 1987⁷³⁸ estableció la tesis (confirmada por las de 10 de enero de 1994, 6 de febrero de 1995, y, más recientemente, 11 de marzo de 2003) de que la adjudicación pro indiviso, conforme a las cuotas legales o testamentarias, es una operación sin trascendencia económica, que supone desde el punto de vista jurídico una transformación de la comunidad germánica sobre el patrimonio hereditario (o ganancial) en comunidad romana o por cuotas indivisas sobre los singulares bienes, transformación que, en sí misma, no envuelve peligro alguno de lesión o perjuicio para los hijos representados⁷³⁹.

⁷³⁸En el caso, se declaró no ser necesario el nombramiento de defensor judicial ante un caso de aceptación de herencia en régimen de separación de bienes con tres menores de edad en que la adjudicación de cuotas indivisas a los partícipes se correspondía con la proporción fijada por el testador. Destacó la Resolución que la igualdad de las partes eliminaba la contradicción de intereses. Del mismo modo, el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* del heredero es común a madre e hijos, sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de aquella sobre éstos.

Por el contrario, en un supuesto en que el régimen económico-matrimonial era el de gananciales, la Resolución DGRN de 14 de marzo de 1991 entendió que era necesario el nombramiento de defensor judicial, al haber comparecido en la escritura de aceptación de la herencia y liquidación de la sociedad conyugal solamente la madre viuda, por sí y en nombre de sus dos hijas, menores de edad, adjudicándose aquella una mitad indivisa de cada uno de los bienes en pleno dominio en pago de su cuota ganancial y la otra mitad en usufructo, con facultad de disponer durante la minoría de edad de sus hijas, quienes recibían por iguales partes indivisas la nuda propiedad de esa mitad. La Resolución fundamentaba la exigencia de nombramiento del defensor judicial en la oposición de intereses que surgiría en la misma determinación del inventario de los bienes, que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dotales, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible.

La Resolución de 10 de enero de 1994 señala que, con relación a los bienes gananciales, la contradicción de intereses se produce en el momento de las adjudicaciones. Si se adjudicasen bienes concretos, la contradicción de intereses puede producirse como consecuencia de la distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes.

⁷³⁹Si el régimen económico matrimonial que se extingue por el fallecimiento del causante era el de gananciales, la Dirección General ha considerado que existe contradicción de intereses en la determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues la presunción legal puede desvirtuarse (cfr. Resoluciones de 14 de marzo de 1991 y 3 de abril de 1995); mientras que si la presunción no opera porque el carácter ganancial viene dado por los títulos de adquisición de forma expresa, mediante la Resolución de 10 de enero de 1994, entendió que no se da oposición de intereses en la formación de inventario, lo que confirmaron las Resoluciones de 6 de febrero de 1995, y la de 11 de marzo de 2003.

La misma doctrina se contiene en la Res. DGRN de 10 de enero de 1994, también al hilo de la interpretación del art. 163 Cc: la adjudicación de la única finca ganancial por mitad y *pro indiviso* es una operación sin trascendencia económica, supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre el mismo bien, que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo, porque las deudas que hipotéticamente pudieran existir se mantienen si variación —art. 1084 Cc— y la adjudicación realizada ha mantenido la voluntad del causante⁷⁴⁰.

Aparecerán enfrentados los intereses de los comuneros si durante la menor edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, por el peligro de que la madre, prevaleciendo de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo.

En estos supuestos se trata de evitar que se lesionen en la partición los intereses del menor, ya que, por medio de la representación legal, queda sustituido por quien le representa y, como señala DIEZ PICAZO⁷⁴¹, las decisiones de éste le son impuestas a su esfera jurídica y a su patrimonio, con todas sus consecuencias. Sin embargo, la doctrina del Centro Directivo señala que el art. 163 Cc debe ser interpretado con la necesaria amplitud para impedir que quede inaplicado por criterios excesivamente restrictivos, de modo que no ha de verse en todo caso concreto una contradicción de intereses, ni ésta puede apreciarse cuando el perjuicio es meramente hipotético. De hecho, tal conflicto ha de ser, como señala CICU⁷⁴², actual, efectivo y originado por una situación objetiva.

11.2.1.2. Fuentes o vías de transformación

La transformación de la comunidad hereditaria en un conjunto de comunidades ordinarias con adjudicación a cada uno de los coherederos de cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes y aplicación de las normas reguladoras de la comunidad ordinaria es generalmente admitida por doctrina⁷⁴³ y jurisprudencia, además de una práctica frecuente. Y aunque lo más habitual es que esta transformación pertenezca al ámbito negocial, resultando de los pactos entre los coherederos que se materializan en la partición, es lo cierto que esta transformación, que implica generalmente una novación

⁷⁴⁰Pueden existir en este caso, señala PÉREZ DE CASTRO, intereses concurrentes o paralelos, pero, ostentando las partes una misma posición jurídica, ello no implica necesariamente un perjuicio o lesión para el interés del menor. No se daban en este caso adjudicaciones en más o en menos a favor de una de las partes en la fase de gananciales, previa a la adjudicación hereditaria, como ocurrió en el caso resuelto por la Res. DGRN de 14 de marzo de 1991. Véase. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, “Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1994. Defensor judicial en partición hereditaria con menores”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 36, 1994, pág. 832.

⁷⁴¹DIEZ-PICAZO, Luís. *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 289

⁷⁴²CICU, “La Filiazione”, en *Trattato de Vasalli*, 1954, pág. 321.

⁷⁴³Entre otros, VALLET de GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, t. XIV, vol II, págs. 73–74), para quien el acuerdo de los copartícipes de convertir las participaciones globales de la masa hereditaria en comunidades individuales sobre cada uno de los bienes, a las que se aplicarán las normas relativas a la comunidad de bienes, constituye un supuesto de sustitución de la comunidad hereditaria.

extintiva de la comunidad hereditaria puede tener lugar a través de varias vías y en distintos momentos:

a) Por disposición del testador. La transformación de la comunidad hereditaria en ordinaria puede ser ordenada el testador en la partición por él verificada, imponiendo la cotitularidad sobre alguno o algunos de los bienes, si bien en este caso, los coherederos podrán modificar la disposición, a menos que expresamente lo hubiese prohibido, y siempre a salvo las legítimas, como es regla en la partición convencional.

b) Con ocasión de la partición. En el período de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza. El objeto, pues, de la partición hereditaria (art. 1068 Cc) consiste en la materialización o individualización de los derechos de los coherederos por medio de la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados.

Como consecuencia de la partición, pueden darse varias formas de organizar las titularidades individuales sobre el objeto, y aunque lo habitual es que el proceso de materialización o concreción de los derechos tenga lugar a través de la adjudicación de titularidades exclusivas e independientes sobre los bienes que integran el caudal, de modo que el derecho de cada coheredero se individualice sobre bienes adjudicados por entero a aquel a quien tras las operaciones particionales correspondan, nada se opone a que la división tenga lugar por medio de la adjudicación de titularidades compartidas en proindivisión (STS de 29 de diciembre de 1988).

Se asigna entonces a cada coheredero una cuota en cada uno de los bienes remanentes (en lugar de la titularidad única, también compartida, que se ostentaba sobre la totalidad de la herencia, entendida unitariamente), y se crean así un conjunto de comunidades ordinarias. De modo que, aunque la comunidad hereditaria se extingue, los bienes continúan indivisos, pero sujetos ahora al régimen jurídico de la comunidad de bienes. A través de la adjudicación *pro indiviso* de los bienes hereditarios remanentes por los herederos, se modifican las relaciones jurídicas establecidas entre los coherederos y se convierte la comunidad hereditaria en convencional.

c) En el acto de aceptación de la herencia. En ocasiones, la transformación se produce en el acto mismo de la aceptación de la herencia, y en el mismo documento. Y aunque jurídicamente la aceptación y la transformación son actos distintos, lo cierto es que, en la práctica, la comunidad hereditaria no llega a funcionar, ya que los herederos aceptan la herencia yacente, inventarían los bienes y de común acuerdo proceden en ese acto a su partición y división, adjudicándose cada uno de ellos una parte indivisa de los bienes de la misma proporcional a su derecho, razón por la cual la jurisprudencia ha señalado que en estos casos la posición de

comunero deriva “*de una aceptación y adjudicación espiritual de unos bienes hereditarios*” (STS de 8 de marzo de 1999).

Y mientras esas adjudicaciones no sean realizadas y adecuadamente aprobadas en su caso, no puede reconocerse dominio concreto sobre bienes pertenecientes a la herencia y comunidad hereditaria (STS 27 de mayo de 1982). Por eso, el Tribunal Supremo ha considerado que la partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (STS de 4 de mayo de 2005).

d) A través de actos dispositivos (realizados por los coherederos durante la vigencia de la comunidad).

La comunidad hereditaria se entiende también en cierto sentido “transformada”, siquiera conceptualmente, en una comunidad por cuotas proindiviso cuando, durante su vigencia, los coherederos de común acuerdo realizan un acto de disposición sobre alguno de los bienes de la herencia. Así, la STS de 13 de diciembre de 1986 declaró que “*la partición de herencia es precisa para poder disponer alguno de los herederos de alguno de los bienes que integran la masa hereditaria; pero no lo es en cambio cuando concurren todos los herederos para disponer de alguno de los bienes que integran el caudal hereditario, en cuyo caso se entienden adjudicados a los mismos pro indiviso, pudiendo disponer los coherederos actuando conjuntamente*”.

Este puede ser el caso de la venta de la empresa familiar a un tercero⁷⁴⁴, que producirá la extinción cuando la contraprestación obtenida se distribuya entre los coherederos, extinguiendo la comunidad. No la extinguirá en cambio cuando el precio de la venta se mantiene en proindivisión, sustituyendo al objeto transmitido por subrogación real, porque entonces la finalidad de la venta no es extintiva. Pero surge entonces la cuestión de si la comunidad recayente sobre la contraprestación sigue siendo hereditaria o si, al haber sido constituida voluntariamente por los coherederos con la intención de tenerla en común, no se ha verificado su transformación en una comunidad ordinaria.

En este sentido, señala BELTRÁN DE HEREDIA⁷⁴⁵ que en ninguno de los dos supuestos se ha producido en realidad división propiamente dicha, sino mecanismos sustitutivos de la división, y la diferencia estriba solamente en que en un caso existe extinción de la comunidad y en el otro no.

e) Por disposición judicial. La transformación en comunidad ordinaria puede también acordarse judicialmente como consecuencia de la solicitud judicial de di-

⁷⁴⁴Vid. FERNÁNDEZ GIMENO, José Pacual, *Problemas de la transmisión de la herencia familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 220 y ss.

⁷⁴⁵BELTRÁN DE HEREDIA, José, *ob. cit.*, pág. 328.

visión del patrimonio, conforme al procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁴⁶.

Para que pueda tener lugar la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria, se requieren una serie de requisitos, que pueden resumirse en los siguientes:

- (a) La jurisprudencia ha entendido que debe ser acordada unánimemente por los coherederos puesto que se trata, en el ámbito de la libertad que en materia particional se otorga a los coherederos, de un acto dispositivo que afecta a la totalidad del patrimonio hereditario, y requiere por lo tanto del consentimiento de todos ellos.
- (b) Las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos sobre cada uno de los bienes han de señalarse de modo expreso en el acto de la partición. En caso contrario no podríamos hablar de individualización o materialización del derecho abstracto sobre los bienes concretos, aunque sea a través de la adjudicación sobre los mismos de cuotas pro *indiviso*, y la partición no cumpliría su función esencial.
- (c) Las cuotas atribuidas en la comunidad ordinaria han de ser proporcionales a las cuotas hereditarias, a fin de mantener el equilibrio entre las “cuotas de participación” en la herencia y las “cuotas de partición”.
- (d) Con frecuencia se señala que debe afectar no solamente a la totalidad de los sujetos, sino también a la totalidad del patrimonio, pues el patrimonio de la nueva figura está constituido, íntegramente por la suma de las cuotas que a los coherederos correspondían en la comunidad hereditaria, abarcando la totalidad de la masa. Entre ambas existiría, pues, plena identidad de sujetos y de objeto.

⁷⁴⁶La STS de 28 de junio de 2001 resolvió un caso en el que se había pedido la partición del inmueble en el que se hallaba ubicado un establecimiento mercantil donado a dos de los coherederos (donación que no se discutía por los coherederos y que no comprendía el inmueble). Sin embargo, dado que no se solicitaba en la demanda la división, material o económica, de la cosa común, consistente en el citado inmueble, el Tribunal Supremo establece la partición y adjudicación de cuotas partes de la comunidad ordinaria que se constituye tras la partición, sobre aquel inmueble creándose una copropiedad ordinaria (romana, pro indiviso) regulada en los artículos 392 y ss. del Código civil, sin que la partición implique “*ni partición del negocio, ni adjudicación de partes materiales o económicas de la finca, cuya división no se ha instado*”.

La sentencia reitera que “*En el suplico de la demanda, la pretensión se concretó a la partición y adjudicación del patrimonio hereditario, que consiste en un inmueble; no más: ni se reclama la empresa de funeraria que se halla en éste, ni se pide la división material o económica del inmueble*”. La sentencia, como la de instancia, estima ambas cosas: partición y adjudicación, sin entrar en el tema de la empresa ni en el de división de cosa. El causante no había realizado en realidad partición de los bienes sino que, en un documento privado, sin hacer partición entre los coherederos a partes iguales, atribuyó la empresa a dos de ellos con efectos inmediatos, de modo que no hubo partición, sino donación de un establecimiento mercantil. La donación había sido aceptada por los donatarios, y respetada por los demás coherederos, que nunca pretendieron que la partición alcanzase a la empresa.

11.2.1.3. Cuestión de si la conversión en comunidad ordinaria contraría el fin normal del proceso particional

El acuerdo de transformación en comunidad ordinaria deja indiferente en cierto sentido la situación entre los coherederos, que se mantienen en indivisión, igual que antes de la partición, aunque con modificación del contenido de su titularidad, de las relaciones con los demás copartícipes y del régimen jurídico aplicable. Esta identidad subjetiva entre los partícipes de la comunidad hereditaria y los de la comunidad ordinaria permite preguntarse, si, de algún modo, se contraría con la conversión el fin normal y propio del proceso particional, que sería el de transformar el derecho ideal y abstracto que cada uno de los coherederos ostenta sobre la masa hereditaria, materializándolo en titularidades concretas sobre bienes determinados, haciendo a cada uno de ellos dueño exclusivo de una parte de los bienes que hasta entonces tenían en común, y acabando con la indivisión sobre los mismos.

El Código Civil, conforme a nuestra tradición histórica⁷⁴⁷ y dogmática parece presuponer un proceso particional cuya idea rectora es hacer a cada uno dueño exclusivo de los bienes que se le adjudiquen. Así resulta del artículo 1068 Cc, al señalar que *“la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”*. En esta atribución de la propiedad exclusiva sobre los bienes parece radicar la función misma de la partición, y en función de ella tienen sentido, por ejemplo, las obligaciones de evicción y saneamiento de los bienes adjudicados a las que quedan recíprocamente obligados los coherederos una vez hecha la partición (art. 1069 Cc).

Esta parece también la idea prevalente en el Derecho civil de Cataluña, cuyo artículo 464.10 CCCat que recoge bajo el epígrafe de “Efecto de la partición” una norma similar a la del Código Civil: *“Por la partición, cada coheredero adquiere la titularidad exclusiva de los bienes y derechos adjudicados”*.

Sin embargo, creemos que la propiedad o titularidad exclusiva de la que hablan los preceptos mencionados puede predicarse tanto de bienes específicos como de cuotas concretas sobre los mismos, porque en nada se opone a los preceptos que esa titularidad, mientras sea concreta, sea compartida, ya que sobre la cuota o parte que corresponde a cada coheredero, éstos ostentan una titularidad exclusiva. Es la exclusividad del derecho adjudicado (sobre un bien o sobre una cuota del mismo) lo que cumple la finalidad particional, independientemente de si se trata de propiedad o de copropiedad. La proindivisión es una forma de salida de la comunidad hereditaria tan admisible como la de la propiedad exclusiva.

Por otra parte, la constitución de una comunidad indivisa sobre alguno de los objetos de la partición está prevista en los artículos 14.2 de la Ley Hipotecaria y 80.1 del Reglamento Hipotecario que se refieren a la inscripción de bienes hereditarios o cuotas indivisas de los mismos.

⁷⁴⁷Establecen las Partidas (6.15.1): *“Partición es departimiento que fazen los omes entre sí de las cosas que han comunalmente por herencia, o por otra cosa”*.

11.2.1.4. Cuestión de la “perpetuación” de la indivisión. Posición de la jurisprudencia

Una segunda cuestión, directamente relacionada con la anterior, tiene que ver con la naturaleza transitoria de la situación de indivisión que la comunidad hereditaria implica y que la transformación en comunidad ordinaria prolonga en el tiempo, haciendo necesaria una división posterior. Surge la cuestión de si esta forma de salir de la comunidad hereditaria (para entrar en otra forma de indivisión que no altera en muchos aspectos la situación anterior) evitando las adjudicaciones independientes de bienes a cada uno de los coherederos no constituye en realidad una operación más formal que real⁷⁴⁸, esto es, si la prolongación de la situación de indivisión a través de la constitución de una comunidad ordinaria no es en realidad contraria a la finalidad propia de la partición.

Por otra parte, se plantea si las operaciones divisorias no requieren una “unidad de acción”, y si no contraría la naturaleza misma del procedimiento particional el mantenimiento posterior de una situación semejante a la existente con anterioridad a la liquidación⁷⁴⁹, que obliga a repetir las operaciones para adjudicar a cada comunero titularidades plenas, exclusivas e independientes sobre los bienes que pertenecieron a la herencia.

De hecho, la prolongación de la indivisión puede resultar contraria al designio normativo que inspira nuestro ordenamiento y que parte de la naturaleza transitoria e incidental de las situaciones comunitarias. Además de los preceptos del Código civil responde a esta idea la norma del artículo 786.1º de la LECiv, que, referida a la práctica de las operaciones divisorias dispone que el contador “*procurara, en todo caso, evitar la indivisión*”, estableciendo (pfo. 2º) que las operaciones divisorias deben presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, acompañándose de un escrito firmado por el contador en el que, entre otros extremos, ha de expresarse: “*la liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes*”, con lo que se presupone que las operaciones practicadas han de concluir con la división del caudal y su adjudicación a los copartícipes

La jurisprudencia se ha manifestado con frecuencia contraria a la perpetuación de la indivisión por esta vía, entendiendo que desvirtúa la finalidad propia del proceso liquidatorio. Pero lo ha hecho al hilo de una materia específica: la de los supuestos en que la liquidación de los gananciales se resuelve en la constitución de una comunidad ordinaria o por cuotas entre los cónyuges.

La posición de la jurisprudencia contraria a la perpetuación de la indivisión a través de la creación de una comunidad ordinaria en los supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales, se fundamenta en que la finalidad del proceso liquidatorio es la división y adjudicación del haber partible, por lo que la perpetuación de la situación

⁷⁴⁸Una situación cuya disolución, además, habrá de efectuarse conforme a las normas de la propia partición hereditaria, por remisión del art. 406 Cc

⁷⁴⁹Posición mantenida por la SAP de Pontevedra de 29 de julio de 2005 y SAP de Madrid de 4 de junio de 2010.

de indivisión de un bien, creando una comunidad romana sobre el mismo, es contraria a dicha finalidad.

Para el supuesto mencionado, así lo defendió un Auto de la AP de Pontevedra de 22 de octubre de 2010, en cuya virtud se confirma la inadmisión a trámite de una demanda de división de cosa común precedida de previo juicio de liquidación de gananciales, remitiendo a la parte al proceso de ejecución de sentencia de liquidación. Se sostiene en la citada resolución que *“es jurídicamente inasumible la tramitación de diversos y estancos procesos finalizadores de la comunidad, por presentarse conceptualmente el instituto de la liquidación, ya extrajudicial, en convenio regulador, ya judicial... como un acto único e indivisible, comprensivo por disposición legal de las operaciones de inventario, avalúo, formación de lotes y, finalmente, adjudicaciones de los mismos a los ex consortes, operaciones todas ellas entendidas dentro de un proceso, que, aún complejo, requiere unidad de acción”*.

La tendencia es, pues, a afirmar, en aplicación al supuesto particular de la liquidación de los gananciales, pero a menudo realizando consideraciones generales sobre la liquidación de masas patrimoniales, a afirmar la necesidad de no favorecer que la liquidación de los patrimonios conjuntos se resuelva en una comunidad ordinaria de modo que la indivisión “se perpetúe”, obligando a una nueva división diferida e el tiempo.

De actuación “*contra natura*” califica la situación la STS 16 de diciembre de 1995. En un caso de disolución de la sociedad de gananciales en el que el bien, consistente en la vivienda familiar, era considerado indivisible, el Tribunal Supremo entendió que la petición de una de las partes de que se les atribuyese a ambos en proindiviso, “*es una petición “contra natura”, puesto que, por una parte, el procedimiento de liquidación pretende poner fin a la situación resultante de la sociedad de gananciales (comunidad germánica), lo que no puede pasar por crear otro tipo de comunidad (romana) si cualquiera de los cónyuges no está de acuerdo (habida cuenta que, en tal caso, se estaría violando el principio de nadie está obligado a permanecer en la indivisión — arts. 400 y 1051 Cc— sino por repartir el remanente; y, por otra parte, según el art. 1062 Cc, al que remite el art. 1410, tratándose de bienes indivisibles, la facultad que se atribuye al coheredero (cónyuge) consiste en pedir la adjudicación o solicitar su venta en pública subasta, pero no en postular la creación de una comunidad romana”*.

Lo que evidencia la resolución es la paradoja que, al menos en apariencia, representa intentar poner fin a la situación de comunidad mediante la creación de otro tipo de comunidad, pero sobre todo, que tal solución no puede ser impuesta (lo que desde luego no impide que pueda ser unánimemente acordada), y que no es la deseada por nuestro ordenamiento en el que existen, incluso en el supuesto de indivisibilidad de los bienes, previsiones para evitar el mantenimiento de la situación de indivisión, a través de la atribución del bien a uno, a calidad de compensar con otros bienes o en metálico, o bien su venta en pública subasta.

Es interesante en este punto el razonamiento del Auto de la AP de Madrid de 29 de marzo de 2012⁷⁵⁰, en el que se apela al significado y finalidad de la partición. La sentencia, que resolvía un caso de liquidación de la sociedad de gananciales en la que los cónyuges pactaban la constitución de una comunidad ordinaria, dando así continuidad a la indivisión recuerda que *“la finalidad de la liquidación es la división y adjudicación del haber partible, si existiese, transformándose en real e individualizada la cuota de cada interesado, que antes era ideal o potencial. La efectiva partición requiere la formación de lotes que permitan la adjudicación independiente a cada cónyuge, y si ello no fuera posible por ser los bienes indivisibles, y no compensables con otros, su adjudicación a uno de ellos con abono del precio o su mitad, al otro, si así lo convinieren, y en último término su venta y reparto del dinero obtenido, sin que deba favorecerse el que la comunidad consensual se perpetúe después en una comunidad romana por cuotas, pues ello supondría una división más formal que real obligando a una nueva litis, autónoma, de división de la cosa común (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992 y 14 de julio de 1994)”*.

Sin embargo, creemos que la solución ha de ser distinta para el caso de conversión de la comunidad hereditaria en un conjunto de comunidades ordinarias, que es aceptada por doctrina y jurisprudencia como posible resultado de la partición. De hecho, en sede de comunidad hereditaria, la propia jurisprudencia ampara, como hemos señalado, un amplio ámbito a la autonomía de la voluntad en el momento de la partición que a nuestro juicio cubre este tipo de pactos, que, unánimemente adoptados, se encuentran en el terreno de las relaciones contractuales, como actos dispositivos y no estrictamente particionales, y sujetos a los requisitos de los contratos.

Esta libertad para regir la partición *“... es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición. La naturaleza de este hecho —dar ejecución a la distribución del caudal hereditario—, es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Cc, al acomodarse a sus intereses”* (SSTS 3 de enero de 1962, 25 de febrero y 21 de mayo de 1966, 18 de febrero 1967, y 8 de febrero y 12 de noviembre de 1996).

Con referencia expresa al caso de la transformación de la comunidad hereditaria en comunidades ordinarias, la STS de 28 de junio de 2001 admitió que la partición podía llevarse a cabo *“mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos*

⁷⁵⁰También en sentido contrario a la perpetuación de la situación de indivisión en la liquidación de gananciales se expresó la SAP Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de julio de 2005, que declaró que el objeto de tales operaciones es poner fin a la comunidad derivada del régimen de gananciales por medio de la valoración, liquidación y adjudicación de los bienes y deudas previamente inventariados *“sin que pueda admitirse la tramitación plena de la liquidación, para después mantener una situación semejante a la existente con anterioridad, lo que sería contrario a la propia naturaleza del procedimiento, quedando aquella supeditada precisamente al resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales”*.

bienes de la herencia con expresión de las cuotas pro indiviso que en las mismas correspondan a cada heredero”.

Una de las sentencias más clarificadoras en este sentido es la STS de 20 de octubre de 1992⁷⁵¹. La resolución sigue en buena medida una jurisprudencia anterior, como la mostrada por la STS de 20 de febrero de 1984 que reitera la “*inexcusable premisa*” de que los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes pueden, por acuerdo unánime de todos ellos (“*nemine discrepante*”), partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (Sentencias de 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949, 28 de enero de 1964 y 25 de febrero de 1966).

Desde ese punto de partida, la sentencia de 20 de octubre de 1992 admite, que “*la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero, como tiene reconocido esta Sala cuando declara «no pudiendo sostenerse seriamente que, por adjudicarse bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, la partición no se llevará a efecto» (S. de 20 de febrero de 1984)”.*

De hecho, en el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo, la constitución de la comunidad ordinaria por los coherederos no tenía otro fin que el de mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia recibida de los padres, y especialmente del negocio incluido en la misma, cuya explotación, dirección y administración se atribuyó a algunos de los hermanos. La comunidad ordinaria se orientaba en este caso a obtener de los negocios (de Hotel-café) y de los demás bienes ganancias partibles, incluyéndose en los acuerdos entre los coherederos previsiones sobre su distribución⁷⁵².

⁷⁵¹Todos los hermanos acordaron unánimemente en documento privado la partición de las herencias de sus padres y atribuyéndose el condominio ordinario, por séptimas partes iguales e indivisas, de todos los bienes integrantes de dichas herencias, pactando al mismo tiempo mantener la indivisión de los bienes durante diez años, “*pues ése es el único sentido que puede atribuirse a la cláusula primera, en la que convinieron «mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia de sus padres por período de diez años, sucesivamente prorrogable», en íntima relación con la cláusula quinta en la que acordaron que «en el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor, en venta, de los negocios y demás bienes, lo recibirá en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas».*

⁷⁵²Lo que no resulta excluido en la comunidad ordinaria, aunque sea, en principio, característica propia del contrato de sociedad. El documento privado entre los coherederos establecía un régimen específico de gestión y administración de los bienes y de distribución de las ganancias: “*Tercero. Las ganancias que anualmente se obtengan de la explotación de los negocios, serán repartidas de la siguiente forma: la mitad a repartir en siete partes iguales para los hermanos Alfonso, Piño y Tainas; y la otra mitad en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos. Cuarto. Para atender a sus necesidades, que se contabilizarán a final de cada año, Alfonso podrá retirar mensualmente la cantidad de dieciséis mil quinientas pesetas, y Pino y Tainas, doce mil quinientas pesetas cada uno, garantizándose un sueldo anual a Alfonso de doscientas mil pesetas, y ciento cincuenta mil pesetas a Piño y a Tainas, aun cuando la mitad de las ganancias no llegara a esa suma de quinientas mil pesetas, en cuyo caso el exceso de las*

En parecido sentido la STS de 28 de febrero de 2013⁷⁵³, admite citando sobre todo la de 16 de septiembre de 2010, la partición realizada con la finalidad de adjudicar titularidades en proindivisión, quedando sujeta la comunidad resultante a las normas de la comunidad ordinaria: «El artículo 1068 del Código Civil establece que “la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”; la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (artículo 392 del Código Civil), (SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008)».

La cotitularidad no recae ahora sobre una cuota ideal y abstracta de la masa de bienes que compone la herencia, sino que está constituida sobre los bienes concretos y determinados, sobre los que cada copropietario ostenta una cuota indivisa. Podemos entonces decir que al tiempo que se verifica, en virtud de la partición, la transformación del derecho abstracto de cada heredero en un derecho individualizado sobre bienes determinados, éste derecho se materializa sobre una parte o cuota de cada uno de aquellos, sujeto también a las limitaciones del derecho de los restantes cotitulares, pero cuya naturaleza difiere, aunque resuelto también en una cotitularidad, de la cuota que se ostentaba antes de la disolución de la comunidad. Si se considera la herencia en su globalidad como “un bien único”, podríamos entender que la cuota única que competía a cada uno de los coherederos sobre dicho bien se transforma en una pluralidad de cuotas para cada copartícipe, tantas como bienes haya en la herencia⁷⁵⁴.

No cabe duda de que la partición así realizada arroja una titularidad que legitima para accionar. La STS de 30 de abril de 1999, en un supuesto en el que se discutía que la partición realizada mediante conversión de los derechos abstractos en cuotas de titularidad concretas fuera título suficiente para accionar, consideró que dicha partición era base suficiente para ejercitar una acción de desalojo de un bien comunal, sobre el que los actores tenían la suma de cuotas mayoritaria y que estaba ocupada por la demandada.

La SAP de Oviedo de 3 de octubre de 2001: tras afirmar que en el momento de la partición “... si a varios coherederos se atribuyen concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos les correspondan, aquella comu-

quinientas mil pesetas será repartido en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos; y si las ganancias no llegaran a quinientas mil pesetas anuales Alfonso, Piño y Tainas cobrarán sus sueldos garantizados con los productos de los capitales puestos a rendimiento, en lo que faltare, garantía que no alcanzará a los que retiren sus ganancias anuales”.

⁷⁵³La resolución, tras analizar detenidamente las diferentes soluciones ofrecidas por las Audiencias Provinciales, declarara la viabilidad del desahucio por precario instado por los coherederos mayoritarios frente al minoritario, cuando la herencia permanece indivisa.

⁷⁵⁴Así, COLINA GAREA, Rafael, “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria”, *ob. cit.*, pág. 261.

nidad hereditaria se transforma en un condominio ordinario o por cuotas (sentencias, entre otras muchas, de 21 de julio de 1986, 29 de diciembre de 1988, 20 de octubre de 1992 y 5 de noviembre del mismo año)”, se refiere en particular a la acción de retracto, declarando que “En este último caso el coheredero, como titular de una cuota, sí estaría legitimado para el ejercicio del retracto de comuneros si otro copropietario (no coheredero) vendiese su parte a un tercero; también lo estaría la comunidad hereditaria en su conjunto, cuando el bien, como sucede en este caso, perteneciese en proindiviso a la herencia yacente y a un tercero”. Sin embargo, la resolución niega al coheredero legitimación para actuar en su propio nombre cuando la herencia se encuentra aun sin partir, “. . . ya que como se ha visto carece de un derecho concreto sobre el bien en cuestión que permita reconocerle la condición de comunero a estos efectos”.

Desde el punto de vista de la repercusión fiscal de estas operaciones, la disolución de la comunidad hereditaria que se transforma en comunidad de bienes, tributará bajo una u otra modalidad impositiva según que se hayan venido desarrollando sobre los bienes actividades económicas en los últimos tres años, en cuyo caso procede tributar por la modalidad de operaciones societarias del ITPAJD, por el concepto de disolución de sociedad, o no se hayan realizado tales actividades, caso en el que la disolución sólo deberá tributar, en su caso, por la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales⁷⁵⁵, pero no por la de transmisiones patrimoniales onerosas, pues la disolución de la comunidad no supone transmisión patrimonial alguna⁷⁵⁶. Por otra

⁷⁵⁵Y particularmente, tratándose de inmuebles cuya adjudicación se realiza de forma proporcional a las titularidades de los comuneros, estará sujeta a la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por cumplir los requisitos exigidos por el artículo 31.2 del texto refundido de la Ley del impuesto.

⁷⁵⁶Así lo entendió la S.G de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos en resolución de consulta de 22 de marzo de 2012 (Consulta V 0609-12). En el supuesto resuelto se partía de una comunidad hereditaria constituida entre tres hermanos sobre fincas adquiridas por herencia de la madre y actualmente desafectadas de toda actividad empresarial. Uno de ellos deseaba individualizar su participación en unas parcelas determinadas en un tercio de la propiedad total de las mismas, manteniendo sus hermanas la copropiedad, ahora por mitades indivisas, en el resto de las parcelas. Se pretendía, pues, disolver la comunidad hereditaria en proporción a las respectivas cuotas de participación, sin excesos de adjudicación, disolución que produciría, a su vez, la constitución de una nueva comunidad de bienes; en este caso, comunidad de bienes “inter vivos”. Señala la S.G que:

La tributación de la disolución de comunidades de bienes en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se encuentra recogida, en síntesis, en el artículo 61 del Reglamento del impuesto, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (BOE de 22 de junio de 1995), que determina lo siguiente:

- 1. La disolución de comunidades que resulten gravadas en su constitución, se considerará a los efectos del impuesto como disolución de sociedades, girándose la liquidación por el importe de los bienes, derechos o porciones adjudicadas a cada comunero.*
- 2. La disolución de comunidades de bienes que no hayan realizado actividades empresariales, siempre que las adjudicaciones guarden la debida proporción con las cuotas de titularidad, sólo tributarán, en su caso, por actos jurídicos documentados.*

De acuerdo con el precepto anterior, en primer lugar, debe tenerse en cuenta si la comunidad de bienes que se pretende disolver debe tributar por la modalidad de operaciones societarias, como disolución de sociedad. A este respecto, el artículo 19 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 20 de octubre de 1993) dispone en su apartado 1, número 1º que

parte, si las adjudicaciones se realizan en proporción a las cuotas de participación, se evitará la sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, por los posibles excesos de adjudicación. Ahora bien, si la nueva comunidad de bienes resultante de la disolución de la comunidad hereditaria va a realizar actividades económicas, su constitución estará sujeta al concepto de operaciones societarias, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.4^o del TRLITP.

11.2.1.5. Otros pactos asociados al de conversión de la comunidad hereditaria en ordinaria

El acuerdo de los coherederos de constituir sobre los bienes un régimen de copropiedad ordinaria va unido con frecuencia a la intención de mantener, a pesar de la partición, la unidad de una explotación, lo que requiere que se mantenga la situación de indivisión. De este modo, los coherederos se atribuyen el condominio ordinario, por partes iguales e indivisas, de todos los bienes integrantes de la herencia, al tiempo que pactan mantener la indivisión de los bienes durante cierto periodo de tiempo.

Con frecuencia también todo ello obedece al interés de gestionar y explotar un conjunto de bienes o una actividad negocial⁷⁵⁷, por lo que los pactos de constitución del régimen de copropiedad (o, frecuentemente, de constitución de sociedad) y de indivisión de los bienes pueden acompañarse de otros directamente relacionados con ese interés, como las previsiones para el caso de abandono de la comunidad antes de transcurrido el plazo de indivisión pactado⁷⁵⁸, la atribución a alguno o algunos de ellos de

“Son operaciones societarias sujetas: 1. ^o La constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades”. Así mismo, el artículo 22 de la misma disposición determina en su número 5^o que “A los efectos de este impuesto se equiparán a sociedades: 5. ^o La misma comunidad constituida u originada por actos *mortis causa*, cuando continúe en régimen de indivisión la explotación del negocio del causante por un plazo superior a tres años. La liquidación se practicará, desde luego, sin perjuicio del derecho a la devolución que proceda si la comunidad se disuelve antes de transcurrir el referido plazo”.

La Resolución cita la reiterada jurisprudencia del TS, expresada entre otras en la Sentencia de 28 de junio de 1999, en la que se afirma: “*En principio, pues, la división y consiguiente adjudicación de las partes en que se hubieran materializado las cuotas ideales anteriormente existentes no son operaciones susceptibles de realizar el hecho imponible del ITP a tenor de lo establecido en el artículo 7. ^o 1 A) del Texto Refundido y de su Reglamento . . . La división de la cosa común debe ser contemplada como la transformación del derecho de un comunero, reflejado en su cuota de condominio, en la propiedad exclusiva sobre la parte de la cosa que la división hubiera individualizado. Con otras palabras: La división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha —ni a efectos civiles ni a efectos fiscales— sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente”.*

⁷⁵⁷Como señala ALBALADEJO, la continuidad de los bienes o negocios en común después de la partición determina la eventual aplicación de las normas de la sociedad civil; la conversión de la comunidad hereditaria en societaria (S. 16-4-42). Véase ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil*. T. V., cit. pág. 123.

⁷⁵⁸En el supuesto resuelto por la STS de 20 de octubre de 1992 los siete herederos (incluidos tres que habían sido beneficiados con un prelegado sobre un negocio), acordaron llevar a cabo la partición de las herencias de sus padres (refundiéndose en la masa los negocios objeto del prelegado) y se atribuyeron el

la dirección, administración y explotación de los negocios y de los demás bienes que pertenecían la herencia, el establecimiento de un salario a quienes han de encargarse de éstas funciones o el acuerdo sobre la forma de distribuir las ganancias⁷⁵⁹.

11.2.1.6. Extinción de la comunidad convencional creada por transformación de la comunidad hereditaria

La conversión de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria plantea la cuestión de la salida de la situación de indivisión sobre los bienes. Aunque transformadas las cuotas abstractas sobre el conjunto de los bienes hereditarios en cuotas sobre cada uno de los bienes concretos y determinados que componen el patrimonio, y sometidas su organización y funcionamiento a las normas de la comunidad ordinaria, la comunidad sigue haciendo a los cotitulares dueños por partes de bienes y esa situación tiende a resolverse en la situación que nuestro ordenamiento considera normal y hacia la que tiende: la propiedad individual sobre los bienes, esto es, la adjudicación de titularidades únicas, plenas y exclusivas sobre los mismos una vez que la comunidad haya cumplido su función económica o cuando los comuneros, o cualquiera de ellos entienda que resulta más beneficioso a sus intereses ponerle fin.

La adjudicación de los bienes hereditarios en común y proindiviso impide la subsistencia de la herencia como un conjunto o universalidad patrimonial. Así, la STS de 16 de abril de 1930⁷⁶⁰ entendió que la adjudicación produce en este caso la individualización en cuanto al dominio sobre cada uno de los bienes, quedando establecidas tantas comunidades como bienes distribuidos y adquiriendo en ese acto cada uno de los copartícipes el derecho de continuar la comunidad o romperla, conforme a los artículos 1068 y 400 Cc.

Por lo tanto, la división de la comunidad ordinaria así creada puede instarse en cualquier momento por cualquiera de los antiguos coherederos —ahora comuneros—, solicitando el cese de la proindivisión y la división material de los bienes susceptibles de ser divididos y la venta en pública subasta de los que no lo sean, con distribución

condominio ordinario, por séptimas partes iguales e indivisas, de todos los bienes integrantes de dichas herencias. Pactaban los coherederos constituyentes del régimen de copropiedad ordinaria que «*en el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor, en venta, de los negocios y demás bienes, lo recibirá en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas*».

⁷⁵⁹En el supuesto resuelto por la STS de 20 de octubre de 1992, una vez refundido el prelegado en la herencia para posteriormente repartirlos por partes iguales, se convino por los coherederos el reparto igualitario de las ganancias o productos de los negocios que, de haber sido intención de los coherederos mantener la subsistencia del prelegado, habrían correspondiendo exclusivamente a los tres legatarios (art. 882 del Código Civil).

⁷⁶⁰La Sentencia señala (Motivo 2º) que se trataba en el caso “*de la división de un conjunto de bienes, pero no de bienes aislados, teniendo todos el mismo origen en la herencia [...] y son la herencia misma [...] dividida formalmente en la escritura [...] pero no en la realidad, ya que subsistió la indivisión entre los bienes por la adjudicación de partes pro indivisas, y por lo tanto de lo que se trata ahora es de consumir la división de la unidad hereditaria adjudicando a cada heredero partes concretas...*”.

entre ellos del precio obtenido, con arreglo a la porción que a cada uno le corresponde en la comunidad.

Puede plantearse asimismo la cuestión de si la división de la comunidad transformada en ordinaria tiene en realidad por objeto el conjunto de los bienes como una unidad o universalidad, o, por el contrario, cada uno de los bienes que la integran⁷⁶¹. En el caso de la STS de 16 de noviembre de 1930 el Tribunal Supremo acudió para solventarla al argumento de que existe un “principio unitivo” de todas las comunidades ordinarias aisladas, que está constituido por la propia herencia. . . *“de manera que no hay en el caso de autos varias comunidades, sino una sola, a la que es aplicable el artículo 1061 Cc, y por lo tanto al demandante sólo tiene derecho a recibir una parte concreta de los bienes de un valor equivalente a su participación en la totalidad; y la pretensión de que se rompa la unidad de origen y la universalidad de bienes y se partan una a una las cosas y se vendan las no susceptibles de división entre todos es legalmente inaceptable”*.

En cuanto a la cuestión de si la decisión de enajenar los bienes en pública subasta requiere el acuerdo unánime de los copartícipes propio de los actos dispositivos o, por el contrario, puede adoptarse por mayoría, fue resuelta por la misma resolución distinguiendo, por un lado, la fijación de las condiciones y circunstancias de la subasta (sometida al régimen de mayoría) y, por otro, la celebración de la subasta misma.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, por la aplicación del art. 406 Cc son extensivas a la comunidad de bienes las reglas sobre partición de herencia, incluido el criterio del art. 1061 Cc, porque *“una cosa es la celebración de la subasta y otra las circunstancias y condiciones en que ha de efectuarse, pues sobre ellas pueden surgir cuestiones entre los interesados que prácticamente pueden anular la facultad a favor de cualquier partícipe establecida en los artículos 404 y 1062 Cc, y para resolverlas no puede haber otro criterio que el de la mayoría adoptado por el artículo 392 Cc, porque para vender una cosa en pública subasta, es necesario anunciarla, pero en cuanto a dónde y cuándo y con qué anticipación, éstos son ya problemas que deben decidir los propios interesados por procedimiento establecido en el artículo 392, y en cuanto a las condiciones de la subasta, pueden surgir también otras disparidades, como por ejemplo, el local para la subasta, el tipo, las garantías que deban exigirse a los que deban tomar parte en la licitación, y para resolver estos problemas solo cabe igualmente someter los casos a la decisión de la mayoría, para que pueda tener solución adecuada. . .”*

Con independencia del origen hereditario de los bienes, una vez constituida la comunidad ordinaria, la salida de la misma deberá realizarse, a falta de acuerdo entre los comuneros, a través del ejercicio de la *“actio communi dividundo”* recogida en el artículo 400 del Código civil que, como sabemos, permite a todo copropietario pedir la división de la cosa común, como facultad imprescriptible del derecho de propiedad,

⁷⁶¹Con la importante consecuencia, en el caso resuelto por la STS de 16 de noviembre de 1930, de si la demandante tenía derecho a que se le adjudicara una porción de bienes equivalente al valor de los que le correspondía en la totalidad, tras justipreciarlos todos o a que se dividieran una a una las cosas divisibles y se vendieran en subasta, con reparto del precio, las indivisibles.

representando una facultad indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y que es de tal naturaleza “*que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna*” (SSTS de 5 de junio de 1998 y STS de 8 de marzo de 1999⁷⁶² entre otras muchas).

Sin embargo, al margen de la acción que se ejercita, la práctica de las operaciones divisorias no diferirá de las que habrían de llevarse a cabo en el caso de haberse mantenido la comunidad como hereditaria, pues para la división de la comunidad ordinaria, el artículo 406 Cc se remite a las reglas concernientes a la división de la herencia para la división de la cosa común, como recordó la STS de 14 de diciembre de 2007⁷⁶³.

La facultad reconocida a cualquiera de los comuneros y en cualquier tiempo para instar la división es, por otra parte, uno de los elementos que más claramente permite diferenciar la comunidad ordinaria del régimen de las sociedades personalistas del Código Civil, cuya disolución a instancia de uno de los socios sólo es posible si la sociedad esta constituida por tiempo indefinido y, además, es “*hecha de buena fe en tiempo oportuno*”(art. 1705).

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de la acción división no puede afectar a la continuidad del derecho de uso que pueda tenerse sobre los bienes (por ejemplo, derivado del art. 96 Cc, o de un usufructo constituido sobre los bienes), el cual debe mantenerse indemne a pesar de la división, incluso si está se produce a través de la venta en pública subasta⁷⁶⁴, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia⁷⁶⁵.

⁷⁶²Sobre la anterior LECiv, la STS de 8 de marzo de 1999 en un caso de transformación de comunidad hereditaria en comunidad ordinaria en el que las fincas se consideraron absolutamente indivisibles desde el punto de vista material, por imperativos normativos y económicos, considera que la acción de cesación de la comunidad ordinaria debía ejercitarse por el cauce procesal del juicio ordinario declarativo de menor cuantía, y no por el cauce del juicio universal de testamentaría “*pues no se puede olvidar que lo que se ejercita es la ya mencionada “actio comuni dividundo” y no la “actio familia eriscundae” que solo puede ejercerse a través del ya mencionado juicio universal, pero siempre que la herencia no haya sido dividida que, como se ha dicho y visto, no es el actual caso*”.

⁷⁶³Carece sin embargo de sentido una remisión genérica y en bloque al régimen de la división hereditaria realizada desde el que constituye, precisamente el marco general regulador de las comunidades en nuestro Derecho. Las normas particionales deberán adaptarse en cada caso, y sólo cuando resulten de aplicación, a la división de la comunidad ordinaria

⁷⁶⁴Una doctrina elaborada sobre todo en relación con los procesos de separación y divorcio, en los que se ha atribuido el derecho de uso a uno de los cónyuges cuando se trata de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges. El ejercicio por uno de ellos de la acción de división sobre el inmueble plantea el problema de la continuidad del derecho de uso. El TS tiene declarado que debe mantenerse indemne el derecho de uso, que puede oponerse a terceros: “*En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003, 8 mayo 2006, 27 de febrero de 2012, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges*”. (V. STS de 5 de febrero de 2013).

⁷⁶⁵SSTS de 21 de febrero de 2012, 8 de mayo de 2006, 28 de marzo de 2003, 27 de diciembre de 1999, 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999.

11.2.2. Sustitución de la comunidad hereditaria por una sociedad, civil o mercantil, a la que los coherederos aportan sus cuotas

11.2.2.1. Planteamiento

Los coherederos pueden acordar la sustitución de la comunidad hereditaria por una sociedad, a cuya constitución aportan sus respectivas participaciones en la herencia⁷⁶⁶. Se extingue entonces la comunidad hereditaria por sustitución, al surgir en su lugar una nueva persona jurídica, de carácter societario, cuyo patrimonio estará formado por los bienes y derechos que integraban la masa hereditaria indivisa y a la que se incorporan como socios los propios coherederos.

La sociedad puede ser tanto civil como mercantil, y en ambos casos nuestro ordenamiento les atribuye personalidad jurídica. La distinción se realiza en función de la naturaleza de las actividades u operaciones que se desarrollen, es decir, según consistan éstas en el ejercicio de una actividad civil o mercantil. Así, y según ha señalado distinta jurisprudencia, son de carácter civil las constituidas para desarrollar una actividad profesional, o la explotación agropecuaria o artesanal de ciertos bienes, las artísticas y las de fin instructivo o educativo. Las demás, dirigidas a la obtención de un lucro, serían por su actividad mercantiles. No basta entonces la voluntad de los socios de acogerse a uno u otro tipo de sociedad, sino que prevalecerá la calificación del objeto social (arts. 116 CCom. y 1670 Cc): si éste constituye objeto de comercio, la sociedad será mercantil, conforme al art. 2 CCom, y si se trata de una sociedad regular con forma mercantil, lo será con independencia de su objeto (art. 2 TRLSC).

En ambos casos, se trate de constitución de una sociedad civil o mercantil, la cualidad de socio es personalísima, y no cabe transmitir o sustituir a otra persona en el interés y obligaciones de uno de ellos en la compañía sin consentimiento de los demás socios (STS de 16 de junio de 1995).

Reconociendo la dificultad de la distinción entre la figura societaria civil y la mercantil, señala PAZ-ARES⁷⁶⁷ que la razón última de la mercantilidad no está en la forma elegida, sino en la materia practicada”, si bien el criterio de la materia mercantil, que lleva a considerar mercantiles aquellas sociedades que tengan por objeto una actividad comercial o industrial ha de completarse con el criterio formal o tipológico, es decir, el que califica de mercantiles, conforme al art. 119 CCom, las constituidas conforme a una forma o tipo de sociedad recogida en el Código de Comercio. Ambos criterios son, como señala el autor “*complementarios y, además, mutuamente dependientes: la forma o el tipo mercantil exigen una materia mercantil y, viceversa, la materia mercantil exige una forma o un tipo mercantil*”.

⁷⁶⁶Véase FERRANDIS VILELLA, 1. *La comunidad hereditaria*, cit. pág. 223.

⁷⁶⁷Véase PAZ-ARES, Cándido, “Comentario del artículo 1670” en *Comentario del Código Civil*. Cc, cit. págs. 1378 y 1379.

El artículo 1665 Cc ofrece un concepto del contrato⁷⁶⁸ de sociedad: «*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*».

La jurisprudencia ha declarado de forma reiterada en interpretación del precepto⁷⁶⁹, que desde el momento en que dos o más personas se obligan a poner en común determinados bienes, con “*animus societatis*” existe una sociedad, si bien dicha voluntad asociativa no dará lugar a un ente dotado de personalidad jurídica si los pactos se mantienen secretos entre los socios o cada uno de ellos contrata en su propio nombre con terceros (art. 1666 Cc).

La voluntad de los coherederos será por lo tanto esencial en el momento constitutivo tanto de la sociedad civil (art. 1665 del Cc) como de la mercantil, y habrá de ser expresada de forma unánime. Ahora bien, aunque la sociedad constituye una nueva persona jurídica, con personalidad jurídica propia y distinta de la comunidad hereditaria, que queda extinguida, no está completamente desconectada de ésta, ya que, desde el punto de vista subjetivo, se da entre las mismas personas que constituían la comunidad hereditaria y se debe, como señalamos, a su voluntad negocial (que adopta la forma de una novación extintiva), y desde el punto de vista objetivo, el patrimonio social está integrado por el conjunto de bienes y derechos que integraba el patrimonio hereditario.

11.2.2.2. La aportación social. Cuestión de su naturaleza

La identidad entre los sujetos partícipes de la comunidad hereditaria, que aportan su derecho hereditario y los miembros de la sociedad, que reciben dicha aportación así como la identidad del propio patrimonio, pueden suscitar la duda de si la nueva figura tiene la condición de tercero, habida cuenta de que los titulares de unos y otros bienes siguen siendo los mismos, aunque se haya producido la novación extintiva de la comunidad hereditaria.

La cuestión está ligada a la muy debatida de la naturaleza jurídica de la aportación social. Aunque su estudio excede de los límites de este trabajo, no carece de interés práctico, sobre todo tratándose de aportaciones *quoad dominium* o a título de propie-

⁷⁶⁸Las especialidades características de la sociedad civil han dado lugar a la discusión de si se trata de un verdadero contrato, por entenderse a veces que el contrato exige intereses opuestos mientras que en la sociedad se aprecia un acto colectivo o de unión, un concurso de intereses paralelos.

Sin embargo, además de la clara expresión del artículo 1665 c. c, que no sea un contrato sinalagmático y no puedan en consecuencia aplicársele algunas normas propias del régimen de los contratos, como el art. 1124 Cc, no significa que no sea un contrato. Para la distinción entre el contrato y el acto colectivo puede verse ROCA SASTRE, Ramón M^a. “Naturaleza jurídica de la aportación social”, *RGLJ*, 1946, pág. 425 y sigs., quien, con base en esta distinción y apoyándose fundamentalmente en la doctrina de IHERING, niega a la sociedad personificación y patrimonio propio, por entender que éste pertenece en mancomún a los socios.

⁷⁶⁹(STS de 30 de abril de 1983, 21 de junio de 1983, 1 de octubre de 1986, 20 de febrero de 1988, 6 de noviembre de 1991, 8 de julio de 1993, 14 de abril de 1998, 21 de junio de 1998, 4 de noviembre de 2004, 12 de diciembre de 2004, 20 de noviembre de 2006, entre otras muchas)

dad⁷⁷⁰, pues, a través de ella, se debate sobre todo si la aportación implica o no un acto de traslación dominical de los bienes a favor de la sociedad y, ligada a ésta, si puede o no adquirirla como un tercero, por tratarse de una persona jurídica nueva, dotada de personalidad.

Lo que reviste especial interés es saber si los copartícipes en la comunidad hereditaria pierden al constituir la sociedad el dominio sobre los bienes, que pasan a pertenecer a la sociedad, o, por el contrario, y teniendo a la vista el argumento de la identidad subjetiva, puede entenderse realizada una cesión por título distinto, como la del uso de los mismos, manteniendo la titularidad que ostentaban sobre los bienes, aunque ahora como socios.

La mayoría de la doctrina⁷⁷¹ entiende que la aportación en propiedad de bienes a la sociedad tiene la naturaleza de un acto de disposición o enajenación⁷⁷², pero resulta difícil incluir bajo una solución única todos los supuestos, dada la variedad de formas que en la práctica pueden adoptar tales aportaciones⁷⁷³. En síntesis, estaríamos ante un

⁷⁷⁰La aportación a título de propiedad no se presume, sino que habrá de probarse por quien la sostiene. Señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que ha de demostrarse, “*como se demuestra en general una transmisión del dominio y el consiguiente cambio de concepto en el que las cosas son poseídas (art. 36 Cc)*”, como a su juicio ha de probarse la existencia misma de la sociedad, en base al artículo 217-2º LECiv. Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, cit. pág. 485.

⁷⁷¹Véanse, por ejemplo, a favor de la aportación como acto dispositivo CAPILLA RONCERO, F, *La sociedad civil*. Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia (dir Evelio Verdura y Tuells), 1984, núm. XXXIX págs. 164–165 y PAZ ARES, C. *Comentarios al Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 1418. En contra, por ejemplo, ROCA SASTRE para quien el acto de aportación a una sociedad es un acto o negocio jurídico de comunicación de bienes, que tiene más de acto modificativo de derechos que de acto transmisivo, por lo que la sociedad no se hace dueña de los bienes aportados.

ROCA SASTRE parte de que el contrato de sociedad, tanto civil como mercantil, es de tipo consensual. Su celebración produce la obligación de aportación, que constituye el precedente causal u obligacional de la aportación y, de momento, constituye sólo un crédito de la sociedad frente al socio obligado a realizar la aportación. En la comunicación de bienes, que, como denominación abarca los diferentes tipos de comunidad, se produciría una mezcla de titularidades jurídicas, antes exclusivas, naciendo normalmente una situación de comunidad entre los titulares. Los bienes aportados no salen de la titularidad del aportante, quien la conserva o retiene, no como exclusiva, sino como coparticipada con los demás aportantes. No hay por lo tanto transferencia, ni siquiera onerosidad, sino lo que el autor denomina un “juego de equivalencias”, por cuanto la aportación de uno es causa, o presupuesto causal, de la aportación de los otros. Véase ROCA SASTRE, Ramón María, “Naturaleza Jurídica de la aportación social”, cit, págs. 415, 416, 418 y 423-425.

El planteamiento regresaría la posición de los socios, en el caso de nuestro estudio, a una situación muy similar a la que como coherederos tenían en la comunidad hereditaria que se sustituye por la figura societaria, incluso en la naturaleza de su derecho sobre el patrimonio, pues, según ROCA SASTRE “... la comunidad que constituye el fondo de la Sociedad personificada, así como de la no personificada, actuará sobre un corpus universitatis, es decir, sobre un patrimonio, y en éste, cada aportante tendrá su participación proporcional; no sobre cada cosa integrante, sino sobre el patrimonio global, al igual que en el derecho hereditario en indivisión”. Ibidem, pág. 437.

⁷⁷²El acto de aportación no podrá entonces ser realizado por el menor emancipado por sí mismo, puesto que estaría incluido entre los de enajenación o gravamen para los que el art. 323 Cc exige la asistencia de los padres o curador del emancipado.

⁷⁷³Véase. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Inés, *Aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima*. Universidad Pontificia de Comillas. Ed. Aranzadi, 1997, págs. 75 y sigs.

acto de naturaleza traslativa⁷⁷⁴ que da lugar al traspaso de la titularidad de los bienes y derechos objeto de la comunidad hereditaria, los cuales ingresan en el patrimonio de la sociedad, que se hace titular exclusiva —no cotitular— de los mismos (SSTS de 11 de noviembre de 1970, 3 de diciembre de 1981, 9 de octubre de 1982 y 2 de abril de 1990, entre otras) dejando por lo tanto de ser titulares los propios coherederos.

El carácter transmisivo o enajenativo de la aportación⁷⁷⁵ no encuentra fundamento solamente en la afirmación de la personalidad de la sociedad y en su autonomía patrimonial, sino, sobre todo, en la alteración que provoca en el vínculo o relación entre el socio y el objeto de la aportación, que difieren antes y después de verificarla y que puede defenderse también con respecto a situaciones en las que no se da la personificación jurídica de la nueva institución, como ocurre en el caso de aportación de los bienes y derechos a la comunidad ordinaria⁷⁷⁶.

Lo relevante es, pues, que los coherederos pierden la disponibilidad sobre los bienes, y la comunidad hereditaria se extingue, observándose el modo traditorio que corresponda a la naturaleza de los bienes, y ello tanto si la sociedad tiene personalidad jurídica como si no, porque en ambos casos los bienes pasan a constituir su patrimonio. Los coherederos aportantes serán socios en la proporción correspondiente a sus derechos hereditarios y en esa misma medida, en principio, participarán en la gestión del patrimonio social.

Las aportaciones pueden ser de dinero, bienes o derechos o de cualquier tipo de elemento patrimonial que integre el caudal hereditario, siempre que pertenezcan al mismo, aunque, a menudo se entiende que debe abarcar la integridad de dicho patri-

⁷⁷⁴Es decir, estaríamos ante un negocio jurídico transmisivo similar, aunque no estrictamente un negocio equiparable a la venta, con la que se dan diferencias, como señala la STS de 13 de diciembre de 1982, con cita de la de 11 de noviembre de 1970, aunque la semejanza ha permitido la expresión tradicional “*apport en société vaut vente*”. La identificación de la aportación social a título de propiedad con compraventa se fundamenta en el hecho de constituir aquella, como ésta, un acto de enajenación a título oneroso, pero, sin perjuicio de la evidente similitud entre ambas, desconoce entre otras las diferencias existentes en cuanto a la ausencia de precio, la organización de la situación resultante o las relaciones que se establecen entre los transmitentes en el caso de la sociedad y el papel que a estos corresponde en la gestión del patrimonio social.

⁷⁷⁵Para la denominada tesis de la aportación como negocio de destinación, defendida en España sobre todo por LÓPEZ JACOISTE y ARRECHEDERRA ARANZADI, este carácter transmisivo puede conciliarse con la vinculación posterior de los aportantes en la gestión del patrimonio social, puesto que la amplia configuración de la categoría jurídica de los negocios de destinación admite tanto la transmisión dominical de los bienes a favor de la sociedad, saliendo del patrimonio de los aportantes, como la sujeción de tales bienes al régimen jurídico de esta figura, pero sin salir del dominio de aquellos.

⁷⁷⁶Véase, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Inés, *Aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima*, cit., pág. 78. La autora señala, con cita, entre otras de la opinión de PAZ ARES (*Comentario del Código Civil*, artículo 1681, IX, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1418) que el mismo efecto se produce si la aportación se realiza a una sociedad irregular o a una sociedad en formación, puesto que se trata de organizaciones corporativas con capacidad de relaciones jurídicas, tanto en el ámbito interno como en el externo y un patrimonio sujeto a reglas propias de responsabilidad. En contra cita, sin embargo, la STS de 20 de febrero de 1988 que negó la transmisión de la propiedad de las aportaciones a una sociedad irregular por carecer ésta de personalidad jurídica, y entendiendo transmitido en este caso solamente el uso de los bienes aportados.

monio, pues la constitución de la sociedad establece una nueva persona jurídica que sustituye plenamente a la comunidad hereditaria y que da lugar a nuevas relaciones entre los aportantes y a una forma de gestión del patrimonio. No parece que en el supuesto especial que estudiamos pueda darse el caso de la aportación solo de trabajo o industria⁷⁷⁷ por parte de alguno de los coherederos, puesto que el contenido del derecho hereditario es esencialmente un contenido patrimonial y las cuotas respectivas recaen idealmente sobre la globalidad de un patrimonio.

A partir de su constitución, el patrimonio está orientado a la obtención de un lucro partible. Las ganancias se repartirán con la periodicidad pactada al momento de constituir la sociedad o, en su defecto, anualmente, o bien al tiempo de la liquidación de la sociedad. Pero pueden también existir pérdidas como resultado de la gestión patrimonial, las cuales habrán de ser soportadas por los socios en la proporción pactada, conforme al art. 1689 Cc

La sociedad que sustituye a la comunidad hereditaria recibe su íntegro patrimonio, que se agota para ésta con las aportaciones que los coherederos realizan de sus cuotas a la sociedad, y son, en principio, socios en la medida en que eran coherederos, es decir, ostentan derecho sobre dicho patrimonio, aunque por título distinto, con sujeción a un régimen distinto y perteneciendo ahora la titularidad de los bienes a otra persona jurídica. Cuando la sociedad tiene un origen diferente, las aportaciones de trabajo pueden formar parte del fondo social, como estableció la STS 29 de abril de 2005: “... *no es necesario que el fondo común o social se constituya con numerario o bienes determinados, pudiendo constituirse con aportaciones de trabajo, y pudiendo ser regentada en nombre propio por uno de los socios*”.

Cuando las aportaciones no dinerarias se realizan a la constitución de una sociedad anónima, han de ser objeto de un informe de valoración⁷⁷⁸ elaborado por uno o varios expertos independientes, designados por el registrador mercantil del domicilio social (art. 67 TRLSC), sin que en la escritura social pueda dársele mayor valor que el realizado por los expertos. A falta de dicho informe, los administradores vienen obligados a elaborar uno sustitutivo, que contendrá, entre otros elementos, el valor de la aportación y, cuando proceda, el método seguido para determinarla y si se corresponde, al menos, con el número y valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida (art. 70.1.d). Los informes se incorporan como anexo a la escritura de constitución de la sociedad, debiendo depositarse una copia de los mismos en el Registro Mercantil en el plazo de un mes desde que se hizo efectiva la aportación (art. 71).

⁷⁷⁷Con carácter general, no obstante, es admisible la constitución de una sociedad solamente con aportaciones de industria, aunque no suponga el supuesto habitual (STS de 20 de julio de 1994).

⁷⁷⁸Con las excepciones previstas en el art. 69 TRLSC, en las que no será necesario el informe de expertos.

11.2.2.3. Sustitución de la comunidad hereditaria por una sociedad civil

La constitución de una sociedad civil o irregular para sustituir la comunidad hereditaria, integrándose el patrimonio de aquella por los bienes y derechos que hasta ese momento formaban la masa a través de la aportación por los coherederos de sus cuotas, constituye un supuesto relativamente frecuente.

De este modo, los coherederos, en lugar de atribuir exclusiva e individualmente a cada uno de ellos la titularidad de los bienes a través del proceso divisorio de la comunidad hereditaria, consiguen mantener en común bienes o negocios que prefieren gestionar a través de esta figura jurídica, lo que dará lugar a la aplicación del régimen unitario y especial de la sociedad civil⁷⁷⁹.

La sociedad así constituida tendrá carácter de particular, en atención a la distinción que realizan los artículos 1673 y 1674 Cc y no de universal o “de todos los bienes presentes”, puesto que se aporta a la sociedad la totalidad del activo hereditario que integraba el objeto de la comunidad hereditaria, y se aporta a través de las cuotas de todos los coherederos, pero existe identidad material entre este patrimonio y el de la sociedad que se constituye, por lo que no se incorporan a éste otros bienes pertenecientes a los coherederos, ni mucho menos “todos los que actualmente les pertenecen” como señala el art. 1673 Cc.

En consecuencia, los coherederos realizan un acto transmisivo, *quod dominium*, adquiriendo la sociedad para su propio patrimonio el activo hereditario, como adquiere también para sí las ganancias, aunque después se dividan, lo que excluye que los bienes aportados pasen a ser propiedad común de los socios, como prevé el art. 1674.1º Cc para la sociedad universal de todos los bienes presentes.

La caracterización⁷⁸⁰ de la sociedad civil, conforme es definida por el artículo 1665 del Código civil y ha sido desarrollado por la jurisprudencia, implica la concurrencia de tres elementos⁷⁸¹:

- (a) El consentimiento⁷⁸², entendido como declaraciones concordes de los sujetos sobre la constitución del ente social, en el que está inmersa la llamada *affectio so-*

⁷⁷⁹Véase ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil*. T. V, cit. pág. 123.

⁷⁸⁰La Res. DGRN de 2 de febrero de 1966 distinguió en la sociedad civil un doble aspecto, contractual e institucional. Se subrayaba así la diferencia entre la eficacia obligatoria del contrato de sociedad, puesto que del mismo surgen derechos y obligaciones para los socios y la eficacia organizativa, esto es, su capacidad para dar lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica.

⁷⁸¹Véase, entre otras, la STS de 14 de julio de 2006.

⁷⁸²A menudo, el consentimiento se identifica con la *affectio societatis*, como específica voluntad de poner en común elementos patrimoniales con el fin de obtener de su explotación un beneficio o lucro partible. Sin embargo, como ha observado MARÍN LÓPEZ, cierta jurisprudencia ha distinguido ambos elementos, señalando que caracteriza particularmente a la *affectio* una “voluntad de unión” y “una voluntad de correr en común ciertos riesgos, tanto los de pérdidas como los de ganancias” (STS de 3 de diciembre de 1959 y otras posteriores), en tanto que otra corriente jurisprudencial más reciente asocia la *affectio* al consentimiento emitido sobre el objeto y la causa (SS. de 15 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993, 9 de febrero de 1994, 6 de octubre de 1995, 13 de noviembre de 1955 y 17 de julio de 1996). Véase MARÍN LÓPEZ, Juan José, “Comentario al art. 1665 Cc” en *Comentarios al Código Civil* coord. por Rodrigo BERCOVTZ RODRIGUEZ-CANO, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág 1885.

cietatis que no es sino la voluntad de crear la sociedad, es decir, el consentimiento contractual (artículo 1261.1º Cc).

- (b) EL objeto, constituido por la actividad de colaboración de los contratantes-socios, con interés y patrimonio común, que implica la existencia de un fondo común, constituido por las aportaciones de las cuotas que correspondían a los coherederos en la comunidad hereditaria y de un lucro común partible (art. 1666).
- (c) La forma que, habiendo libertad de forma (art. 1667), puede concurrir por simple acuerdo verbal (SSTS de 17 de julio de 1996 y 8 de julio de 1993), pero debe constar cualquiera que haya sido y, en el caso de los coherederos tendrá lugar, por regla general, en el acto particional.

La concurrencia de estos elementos permite asegurar que la voluntad de los coherederos ha sido la de sustituir la comunidad hereditaria por una sociedad civil, y no por otra situación de cotitularidad de bienes indivisa, como podría ser la comunidad ordinaria⁷⁸³.

De hecho, con frecuencia, la caracterización de la institución societaria se ha realizado por la jurisprudencia precisamente por oposición a la de la comunidad ordinaria⁷⁸⁴. La construcción jurisprudencial de esta diferenciación reviste interés para nuestro estudio por tratarse de las dos figuras que se utilizan principalmente para mantener indiviso el patrimonio entre los coherederos previa la extinción de la comunidad hereditaria, y por ajustarse la elección de una u otra a la finalidad perseguida en cuanto al régimen y forma de gestión de los bienes comunes por aquellos. Lo que señala una importante diferencia puesto que, siendo común el elemento de la existencia de un acto colectivo o de unión, son distintos en otros muchos aspectos, especialmente en cuanto a las titularidades, las relaciones entre los copartícipes y la operatividad en la gestión patrimonial, que queda afectada por el régimen subsiguiente.

⁷⁸³La diferenciación entre ambas figuras debe realizarse con base en la intención o finalidad manifestada por los coherederos, que en el caso de la sociedad debe incluir necesariamente la aportación del patrimonio al tráfico comercial, y no la del mero aprovechamiento en común de los bienes. Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS el elemento diferencial se extrae del propio artículo 1665 Cc: la sociedad exige que los partícipes pongan en común bienes y aúnen voluntades como un medio para poner en marcha una empresa común a la que es esencial la finalidad lucrativa. Véase. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, cit., pág 484. Para el autor tienen razón PAZ-ARES Y MIQUEL cuando observan que la relación jurídica comunitaria y la societaria pertenecen a campos distintos (la primera al Derecho de Cosas y la segunda al de Obligaciones), por lo que sus regímenes pueden existir, con distinta eficacia, sobre los mismos bienes.

⁷⁸⁴La distinción se dificulta por el hecho de que ciertos elementos, como el aprovechamiento común de los bienes, son compatibles con ambas figuras y por el hecho de que la sociedad civil no exige la adopción de una forma determinada para su constitución, sino que puede constituirse en cualquier forma “salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública” (art. 1667 Cc). Si se tiene en cuenta que, además, el objeto de la sociedad puede consistir solamente en el uso o los frutos de las cosas comunes, como establece el art. 1678 Cc (supuestos en los que, de manera excepcional, no está presente el elemento del ánimo de lucro), se confirma la necesidad de caracterizar con precisión una y otra institución.

La voluntad asociativa de las partes o *affectio societatis* es uno de los elementos esenciales en la constitución de una sociedad (art. 1665 Cc), y ha de constar su manifestación expresa y unánime por parte de los coherederos, puesto que no es solo el elemento intencional que actúa como causa específica del contrato societario, es también el elemento fundamental en la base de la novación extintiva que produce el cese de la comunidad hereditaria, sustituida por la nueva figura. Sin embargo, cuando se trata de transformación o conversión en comunidad ordinaria, la manifestación de esta voluntad, aunque normalmente constará expresamente o resultará de la partición no es imprescindible, pues la comunidad se entiende constituida por ministerio de la ley (cfr. art. 392 del Cc) “*cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*”, sea “*inter vivos*”, o “*mortis causa*” (cfr. art. 1051 y ss. del Cc), con independencia de tal voluntad de unirse, por lo que bastará que en la partición se hagan a cada heredero adjudicaciones de cuotas proporcionales a su derecho hereditario sobre cada uno de los bienes para que, a tenor del resultado de la partición, se entienda creada la comunidad ordinaria.

La orientación al tráfico comercial del patrimonio en la sociedad fue destacada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1993, que, reconociendo la dificultad que a menudo plantea la distinción entre la sociedad civil y la comunidad de bienes, recoge los principales elementos de diferenciación elaborados por la jurisprudencia:

Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas (artículo 392 del Código Civil), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio las sociedades civiles, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, éste se aporta al tráfico comercial ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente lo mismo sucede con las pérdidas (Sentencias de 15 octubre de 1940, 24 mayo 1972, 5 julio 1982, 6 marzo 1992 y 15 diciembre 1992).

Esta orientación al tráfico comercial del patrimonio comunitario de la sociedad civil, esto es, al fin de la obtención de ganancias y lucros (y pérdidas) comunes, partibles y divisibles hace de la sociedad⁷⁸⁵ una figura adecuada a los supuestos de continuación por los coherederos de un negocio que constituía el elemento único o principal del patrimonio hereditario, (STS de 15 de octubre de 1940, 24 de mayo de 1972, 5 de julio de 1982, 6 de marzo de 1992 y 15 de diciembre de 1992). pero también, entendemos, a aquellos en que los coherederos estiman que es ésta la mejor forma de gestionar o explotar los elementos patrimoniales comunes, obteniendo de los mismos ganancias, aunque no los hubieran recibido bajo la organización negocial, esto es, cuando acuerdan constituirlo *ex novo*. El objeto de la sociedad ha de ser lícito y establecerse en

⁷⁸⁵En contra de la afirmación de que el ánimo de lucro resulta consustancial a la sociedad, véase PAZ-ARES, C. *Comentarios al Código Civil*, cit, pág. 1307 y sigs. Sin embargo, la jurisprudencia la ha sostenido de forma muy reiterada (SSTS de 27 de febrero de 1945, 3 de diciembre de 1959, 8 de febrero de 1960, 27 de junio de 1960, 23 de mayo de 1962, 18 de noviembre de 1986 y 21 de marzo de 1988, entre otras muchas).

interés común de los socios, como exige el art. 1666 Cc, además de establecerse por los coherederos en el momento de su constitución de forma precisa.

El ánimo societario es un elemento fundamental en la caracterización social, puesto que, aunque suele atribuirse a la comunidad ordinaria un carácter más estático en lo que se refiere a la gestión del patrimonio, que vendría sobre todo referida a su conservación y disfrute, esto es, a su aprovechamiento plural, a diferencia de la proyección más dinámica de la sociedad, no está en absoluto excluido de la comunidad el objetivo de la explotación de los bienes (SSTS de 28 de junio de 1906 y 16 de diciembre de 1964). Sin embargo, solamente la explotación de los bienes que se realiza con ánimo societario constituye la sociedad.

La STS de 18 de febrero de 2009 se refirió a los dos elementos, objetivo y subjetivo caracterizadores de la sociedad civil. El primero viene dado por la aportación económica; en cuanto al segundo “... *lo que es evidente es que su real existencia siempre requiere la concurrencia de un elemento esencial definidor de la misma cual la “affectio” o “animus societatis”, esto es, la intención de cooperar como socios de las personas que la integran, poniendo en común un patrimonio a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios que también asumen las pérdidas (art. 1665 Código Civil)...*”. Como ha señalado el TS en esta misma resolución, recogiendo una doctrina anterior, sociedad y comunidad de bienes pueden coincidir en cuanto a la concurrencia de voluntades, pero son claramente distintas en lo que se refiere a sus fines y operatividad⁷⁸⁶.

La finalidad de los coherederos de obtener un rendimiento económico de los bienes es la que guía la decisión de constituir una sociedad, en lugar de por ejemplo, una comunidad ordinaria, que presupone la existencia de una propiedad en común y proindiviso, perteneciente a varias personas (art. 392 del Cc)⁷⁸⁷. A nuestro juicio, en el fondo de dicha opción se encontrará a menudo la necesidad de dotar de estabilidad patrimonial y de gestión al negocio, sobre todo por la vía de la desaparición, al constituirse la sociedad, de la facultad de instar libremente la división que correspondía a cada uno de los coherederos en la comunidad hereditaria. Y ello tanto si los coherederos constituyen la sociedad con el fin de colaborar de forma duradera en una actividad encaminada a la obtención de un lucro como si la constituyen para desenvolver un negocio u objeto concreto, lo que admite el art. 1700.2º Cc.

Continuar en la indivisión de los bienes, aunque ahora con la referencia de un régimen específicamente ordenado a su rentabilidad es, a nuestro juicio, de algún modo,

⁷⁸⁶De hecho, la jurisprudencia ha venido aportando también otros elementos cuya presencia nos permite afirmar que estamos ante una sociedad, y no ante otra figura afín. Entre éstos figuran la existencia de una contabilidad propia o cuentas bancarias comunes (STS de 19 de noviembre de 2008), las concretas aportaciones a la formación de la sociedad, el hecho de compartir el riesgo que conlleva la relación societaria, lo que excluye la percepción de una cantidad determinada, sin aumento ni disminución en función del resultado económico o la rendición de cuentas entre las partes (STS de 29 de septiembre 1997).

⁷⁸⁷Señala la STS de 13 de noviembre de 1995, recogiendo una reiterada jurisprudencia, que el contrato de sociedad, a diferencia de la comunidad de bienes “*se presenta dinámico, al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios*”.

una manera de darle continuidad desde un plano objetivo y subjetivo, pero eliminando los elementos que hacen de la situación de comunidad hereditaria una situación “inestable” o en excesiva dependencia de la voluntad de los sujetos considerados individualmente. La situación se asemeja, aunque con dotación de un régimen orgánico que implica un cambio en la titularidad, la gestión y la administración del patrimonio, a la que se produce cuando los coherederos, con intención de prolongar la indivisión, sin salir de la comunidad hereditaria, pactan la prorroga de esta situación, incluso por periodos prolongados.

En todo caso, es la *affectio societatis*, indispensable en la sociedad y ausente en la comunidad hereditaria lo que señala la principal diferencia entre una y otra situación. La sustitución de la comunidad hereditaria por la sociedad, a pesar de mantenerse una identidad material en los sujetos⁷⁸⁸ y en el patrimonio que podría hacer pensar en un cambio de forma jurídica puramente formal, implica sin embargo una decisiva alteración en la intención o voluntad conjunta de los coherederos⁷⁸⁹, que aportan al nuevo ente su derecho hereditario y en la naturaleza de la relación jurídica entre los mismos.

En cuanto a la forma y duración de la sociedad constituida por los coherederos, el Código Civil no exige la adopción de ninguna forma determinada para la constitución de la sociedad, por lo que los copartícipes en la comunidad hereditaria podrán crearla bajo cualquier forma (art. 1667 Cc), si bien, como hemos señalado, habrán de probar su existencia en caso de que resulte discutida. Sin embargo, si a la misma se aportan bienes inmuebles o derechos reales, lo que no resulta extraño teniendo en cuenta la composición del patrimonio hereditario que constituirá el fondo social, señala el art. 1667 Cc que será necesaria la escritura pública. Como en otros supuestos en los que el Código civil exige esta forma, el hecho de que el contrato no la observe no determina su nulidad, sino una limitación de los efectos, los cuales se producirán exclusivamente entre los socios aportantes.

La regla general del artículo 1680 Cc es que la duración de la sociedad será la que los propios socios hayan convenido⁷⁹⁰. A falta de pacto, entrará en juego la regla

⁷⁸⁸Surge entonces la cuestión de si la identidad material entre los coherederos aportantes y los socios de la nueva sociedad excluye para ésta la condición de tercero, aunque esté dotada de personalidad jurídica y patrimonio autónomo, formado por el íntegro activo hereditario, y la de si el cambio de titularidad de dicho patrimonio puede considerarse real o puramente formal. En este sentido, cita MARTÍN BRICEÑO (*La prohibición testamentaria de dividir la herencia*, cit, pág. 209) la opinión de CAPILLA RONCERO para quien en la sustitución de la comunidad hereditaria por la sociedad no nos encontramos ante un ente completamente distinto, sino que “falla de algún modo la “ajenidad” del sujeto social considerado unitariamente. En opinión del autor, en la constitución de la nueva persona jurídica, no se ve alterada la posición del *verus dominus* de los bienes en cuanto que las mismas personas físicas que hacen la aportación son las que reciben lo aportado en sociedad (CAPILLA RONCERO, F, *La sociedad civil*, cit. págs 156 a 158).

⁷⁸⁹Una voluntad conjunta de compartir ganancias y pérdidas que ha de ser probada por cuenta de quien la alega, conforme declaró la STS de 11 de marzo de 2008).

⁷⁹⁰Para un examen de la validez de distintos pactos que sobre la duración del contrato de sociedad pueden establecer los socios (de duración “indeterminada”, “indefinida”, “por toda la vida de los socios”, “hasta la denuncia de un socio”, etc). puede verse MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Comentarios al*

supletoria del propio artículo, y la sociedad durará mientras dure el negocio que le sirve de objeto “*si aquel por su naturaleza tiene una duración limitada*”, o “*por toda la vida de los asociados*” en otro caso. Pero en este último caso, la sociedad quedará sujeta en su duración a la voluntad de los socios, (por remisión del art. 1680 al 1700 Cc), cualquiera de los cuales puede denunciarla libremente (art. 1700.4º) quedando a salvo en todo caso lo dispuesto en el artículo 1704 Cc, que admite la validez del pacto de que, en caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan, si así lo acuerdan⁷⁹¹.

Ahora bien, como ocurre con la comunidad hereditaria, el contrato de sociedad civil es por su naturaleza esencialmente temporal, por lo que lo normal será que los coherederos, al sustituir la comunidad por esta nueva figura convengan para la misma un plazo —o un evento establecido como término final— en el que pueda realizarse el objeto, sin que puedan vincularse de forma indeterminada, indefinida o siquiera más allá del tiempo que razonablemente requiera aquel, pues tal vinculación determinaría la nulidad del contrato. Transcurrido el plazo tendrá lugar la extinción de la sociedad (art. 1700.1º).

11.2.2.4. Sustitución de la comunidad hereditaria por una sociedad mercantil

La voluntad de los coherederos de organizar los medios existentes en el patrimonio hereditario bajo la forma de una empresa⁷⁹², o de dar continuidad a la que forma parte integrante del mismo con el fin de obtener un lucro puede revestir distintas formas, y, entre ellas, la de una sociedad mercantil legalmente constituida.

Código Civil coord. por Rodrigo BERCOVITZ, cit. págs 1902 y 1903. Los pactos que generan vinculación perpetua o irrazonablemente prolongada entre los socios son considerados nulos. Sin embargo en el caso del contrato convenido “*por toda la vida de los socios*”, a pesar de que resulta, para cada uno de ellos, de naturaleza perpetua, el autor, aunque el artículo 1483 Cc podría fundamentar la nulidad del contrato societario, opta por considerarlo admisible en las condiciones en que lo hace el art. 1680 Cc, es decir, los socios disfrutarán de la facultad de denunciar libremente el contrato, a lo sumo cumpliendo los requisitos del art. 1705.2º.

⁷⁹¹El precepto reconoce a los socios supervivientes la facultad de acordar la disolución de la sociedad o su continuidad entre ellos, pero con inclusión del heredero del socio premuerto, como admite el art. 1704.2º.

⁷⁹²Existen normas especiales para la sucesión *mortis causa* de ciertos tipos de empresa o explotación. Así, cuando la que se encuentra incluida en el patrimonio es una explotación agraria, su titularidad conjunta sigue la disciplina del artículo 4 apartado 3º de la Ley 19/1995, de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias, establece que las explotaciones agrarias que pertenezcan a una comunidad hereditaria, deben cumplir como requisitos los siguientes:

- a) Que exista un pacto de indivisión por un período mínimo de seis años, que se contará desde la calificación de la explotación como prioritaria.
- b) Que la explotación y al menos uno de los comuneros o partícipes cumpla los requisitos subjetivos para ser titular de una explotación prioritaria, con forme al artículo 4, apartado 1a de la misma Ley.

Para un examen de esta cuestión puede verse “La sucesión *mortis causa* en las explotaciones agraria”, GUTIÉRREZ JERÉZ, Luís Javier, “La Sucesión en la explotación agraria”, *Revista de Estudios Jurídicos*. Universidad de Jaén. Núm. 9/2009 (Segunda época), págs. 1-8.)

En general se admite, como hemos señalado, que la distinción entre las sociedades civiles y las mercantiles ha de realizarse atendiendo al carácter de los actos que realizan, considerándose mercantiles si se constituyen para llevar a cabo actos de comercio y civiles en el caso contrario.

Este es también el criterio del artículo 1.1^o CCom. que exige que la sociedad, para merecer la condición de mercantil, realice actos de comercio, quedando entonces sometida a la disciplina mercantil, como resulta de los arts. 2 y 124 CCom, pero también del propio artículo 1670 Cc, que admite que las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, puedan adoptar cualquiera de las formas establecidas en el Código de Comercio (es decir, de las enumeradas en el art. 120 CCom⁷⁹³), rigiéndose entonces por sus normas en tanto no se opongan a las del Código civil⁷⁹⁴, y siendo indiferente a estos efectos la calificación que las partes hayan dado al negocio. No obstante, como es sabido, las sociedades regulares con forma mercantil son siempre mercantiles, cualquiera que sea su objeto, conforme establece el art. 2 del TR de la Ley de Sociedades de Capital.

La constitución de la sociedad cuando, en el supuesto más habitual, se trate de sociedades de capital, se realizará normalmente en el acto particional, por medio de un contrato entre los coherederos⁷⁹⁵. Las formalidades de constitución exigirán por parte de aquellos el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil (art. 20 TRLSC), acto éste último que determina para la sociedad la adquisición de la personalidad correspondiente al tipo social elegido (art. 33 TRLSC). Salvo disposición contraria de los Estatutos⁷⁹⁶, se entiende que las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución. (art. 24 TRLSC), si bien sociedad de responsabilidad limitada puede constituirse en régimen de formación sucesiva.

Con los solos límites de la oposición a las leyes o la contradicción con los principios configuradores del tipo social elegido, el TRLSC acoge en su artículo 24 un principio de autonomía de la voluntad, que permite a los socios establecer en la escritura y en los Estatutos, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, si bien, como señala el artículo 29 del TRLSC, aquellos pactos

⁷⁹³Excluidas la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada, que tienen siempre carácter mercantil cualquiera que sea su objeto, lo que limita la remisión las formas de la sociedad regular colectiva o la sociedad comanditaria.

⁷⁹⁴Señala MARÍN LÓPEZ que en estos casos nos encontraremos ante sociedades *formalmente* mercantiles, pero *materialmente* civiles, o en palabras de PAZ-ARES, *objetivamente* mercantiles y *subjetivamente* civiles, puesto que estas sociedades no realizan actos de comercio y no pueden por lo tanto quedar sujetas al estatuto del comerciante. Tampoco podrán, en consecuencia, tener acceso al Registro Mercantil, que está abierto solamente a las sociedades mercantiles (art. 16.1.2^o Ccom. y 81.1. b RRM). Véase MARÍN LÓPEZ, Juan José, “Comentario al art. 1670 Cc” en *Comentarios al Código Civil* coord. por Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1885.

⁷⁹⁵Las sociedades anónimas pueden constituirse también en forma sucesiva por suscripción pública de acciones (art. 19.2^o del TRLSC).

⁷⁹⁶Para el contenido de los Estatutos, véase el art. 23 TRLSC, que ha recibido nueva redacción por el apartado cuatro del artículo 12 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad. Este es el margen en el que los coherederos pueden actuar para mantener los pactos que vinieren observando en cuanto a la gestión y administración y representación del patrimonio, o establecer unos nuevos, más adecuados a la naturaleza propia de la sociedad mercantil, que exige una actividad externa con ánimo de lucro, lo que implica que los bienes habrán de integrarse en una estructura de carácter empresarial, con una organización propia y específicamente orientada al comercio, completada por capacidades productoras y de comercialización en su cometido social⁷⁹⁷.

En la escritura pública de constitución, que han de otorgar la totalidad de los coherederos en condición de socios fundadores, éstos han de asumir necesariamente la totalidad de las participaciones sociales o suscribir la totalidad de las acciones (art. 21 TRLSC), rigiéndose su funcionamiento por los Estatutos, entre cuyo contenido necesario figuran las previsiones sobre el modo o modos de organizar la sociedad⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷Una muy reiterada jurisprudencia ofrece esta caracterización general de la sociedad mercantil: SSTs de 20 de febrero de 1988, 3 de abril de 1991, 9 de marzo de 1992, 30 de mayo de 1992, 25 de noviembre de 1996, 20 de mayo de 2002 y 11 de octubre de 2002.

⁷⁹⁸El artículo 23 del TR de la Ley de Sociedades de Capital, referido a los Estatutos, ha visto modificada su redacción por el apartado cuatro del artículo 12 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que ha afectado especialmente al régimen de las sociedades de formación sucesiva.

Art. 23 En los estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar:

a) La denominación de la sociedad.

b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran.

c) El domicilio social.

d) El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva, en tanto la cifra de capital sea inferior al mínimo fijado en el artículo 4, los estatutos contendrán una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen. Los Registradores Mercantiles harán constar, de oficio, esta circunstancia en las notas de despacho de cualquier documento inscribible relativo a la sociedad, así como en las certificaciones que expidan. Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos. Si la sociedad fuera anónima expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo en que satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.

e) El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren. En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos.

f) El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad.

11.2.3. El funcionamiento de una sociedad irregular en el lugar de la comunidad hereditaria

11.2.3.1. Sociedad irregular civil y mercantil. Criterios para su diferenciación

A menudo, la gestión del negocio o explotación que forma parte de la comunidad hereditaria se mantiene por los coherederos bajo la forma de una sociedad irregular, que puede ser tanto civil como mercantil⁷⁹⁹.

El criterio para su diferenciación no es sencillo, pero la jurisprudencia (STS de 19 de diciembre de 2007) ha puesto de relieve que no son de utilidad para su distinción ni el criterio de la finalidad lucrativa, ya que se da tanto en una sociedad civil como en la mercantil (arts. 116 del C. d. c. y 1665 del Cc), ni tampoco de la personalidad jurídica, que se le reconoce ambas cuando cumplen los requisitos legales (art. 119 C. d. c. y 1669 del Cc). El más comúnmente admitido parece ser el de su objeto, es decir, el de la naturaleza de las actividades que desarrollan (con la excepción de las sociedades anónimas y limitadas respecto de las cuales la ley declara su carácter mercantil cualquiera que sea su objeto (art. 2 del TR de la Ley de Sociedades de Capital), con independencia de la denominación. En las mercantiles dicho objeto ha de ser constitutivo de un acto de comercio, conforme al art. 2 C. d. c.

La tipología de las sociedades irregulares es muy amplia, puesto que incluye tanto las sociedades que permanecen completamente ocultas al tráfico como aquellas que han cumplido alguna o algunas de las formalidades necesarias para la constitución de una sociedad (como las obligaciones censales o las de carácter fiscal), pero no otras, como ocurre frecuentemente con las obligaciones contables (arts. 25 y ss. CCom).

Las ganancias y las pérdidas se repartirán en conformidad con lo pactado (arts. 1689 Cc y 140 Ccom) y, en defecto de pactos, la participación de cada socio en unas y otras debe ser proporcional a lo que haya aportado, siendo nulo el pacto que excluya a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas (art. 1691 Cc).

En el momento de la disolución de la sociedad irregular⁸⁰⁰ hay que tener en cuenta en cuanto a la naturaleza de la disolución, la STS de 21 de octubre de 2005, que enuncia

⁷⁹⁹ Acerca de la sociedad cooperativa irregular puede consultarse FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, ““Comunidad de Bienes” y “Sociedades Civiles” para empresa. La sociedad irregular”, *cit.* pág. 14 y sigs. Para FERNÁNDEZ DE BILBAO, desde el momento en que la ley estatal de cooperativas, de 16 de julio de 1999 admite la sociedad en formación, admite implícitamente la posibilidad de que el proceso de formación no llegue a consumarse, por falta de escritura pública o de inscripción en el correspondiente registro, determinando entonces su falta de personalidad jurídica. Se hace entonces relevante determinar las personas responsables de los actos y contratos celebrados, para lo que las distintas legislaciones autonómicas acogen diferentes soluciones: la totalidad de los socios, los administradores, los promotores o gestores o, más frecuentemente, quienes los hubiesen celebrado. Transcurrido un plazo desde el otorgamiento de la escritura sin haberse verificado la inscripción en el Registro de Cooperativas, o incluso antes, si se ha verificado la voluntad de no inscribir la cooperativa, el efecto es que todo socio o socia puede instar la disolución de la sociedad en constitución, y exigir, con la liquidación prebvia del patrimonio social, la restitución de las aportaciones que haya realizado. El autor señala, sin embargo que, a efectos de terceros, su régimen será el de la sociedad irregular civil o mercantil.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, pág. 60 y sigs.

dos alternativas: “*ya se entienda el proceso de liquidación como subsistencia transformada de la misma sociedad ya se piense que se produce la extinción social por venir a menos del vínculo, como ocurre en las llamadas sociedades internas*”, para posteriormente optar por la de la subsistencia de la sociedad, de modo que “*la disolución daría paso a una fase de liquidación con subsistencia de la sociedad, transformado su objeto precisamente en el fin de liquidar y genera*”:

1. La subsistencia entre los socios de una mera situación de comunidad, cuya división procederá por las reglas de la división de la herencia (art. 1708 Cc). Por eso se ha dicho con justeza que una vez terminada la sociedad sobreviene una situación de comunidad regida por sus normas específicas, que recae sobre el patrimonio que reste a la paralización de la actividad social.
2. Los medios patrimoniales afectos a la consecución del fin social pierden su destinación una vez que el fin común desaparece o deja de ser perseguido, con lo que falta la causa que justifica el especial estado en que el patrimonio común se encuentra mientras dura la sociedad, que es lo que vendría a decir el art. 1708 Cc, como, por otra parte, ha dicho la jurisprudencia de la misma Sala en SSTs de 14 de noviembre 1997, y 31 de julio de 1997.
3. La liquidación se ha de llevar a efecto conforme a las reglas de la partición de herencia a las que remite el art. 1708 del Cc.
4. Decae el derecho al reparto de beneficios, que se sustituye por el derecho a la cuota de liquidación, que mantiene lo que se ha denominado una relación de tensión frente a los intereses de terceros acreedores, puesto que no cabe el reparto del haber sin haber satisfecho o garantizado el derecho de los acreedores

11.2.3.2. Examen de la sociedad civil irregular. Régimen jurídico

Si para la existencia de un contrato de sociedad, conforme al art. 1665 del Cc, se exigen un elemento objetivo, consistente en las aportaciones de actividades o bienes, que pasan a formar un patrimonio común, es decir, un fin común, y otro intencional o subjetivo, que se hace residir en la “ *affectio societatis*” o “ *animus contrahendi societatis*” y con una finalidad lucrativa, la sociedad constituida por los coherederos en sustitución de la comunidad hereditaria se calificará de irregular cuando carece de alguno de estos elementos, o no ha observado en su constitución las formalidades legalmente previstas.

Según el art. 1669 del Cc:

No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.

Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.

La norma del artículo 1669 Cc acoge por la tanto dos reglas importantes a la hora de determinar el régimen de las sociedades civiles irregulares:

- (a) La contenida en el párrafo primero que, a *sensu contrario*, establece como regla general la personalidad jurídica de las sociedades civiles, aunque sin determinar su alcance.
- (b) La contenida en el párrafo segundo que remite al régimen de la comunidad de bienes, lo que obliga a distinguir ambas figuras.

No obstante esta idea inicial, lo cierto es que la apreciación de la existencia de una sociedad civil irregular no tiene perfiles claros, debido a que como regla general, no está sujeta a la adopción de una forma específica, ya que conforme al art. 1667 C: c “*La sociedad civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública*”.

En consecuencia, la sociedad civil no ha de adoptar una forma específica salvo en dos casos:

- (a) El señalado en el art. 1667 Cc de que se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesario el otorgamiento de escritura pública, a la que, conforme al art. 1668 Cc, deberá unirse un inventario firmado por las partes.
- (b) En caso de que se trate de sociedades profesionales por su objeto, pues en virtud del art. 1.2º de la Ley 2/2007, de 15 de marzo “*es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional*” aunque pueden revestir cualesquiera formas válidas en Derecho deben ser constituidas mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (con el que adquieren personalidad jurídica) y en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Correspondiente (que no da personalidad jurídica) conforme a sus art. 7 y 8.

El resto de las sociedades civiles pueden, pues, constituirse conforme a un régimen de libertad de forma (STS de 12 de julio de 1996 y 14 de julio 2006).

La sociedad irregular, según tiene declarado la jurisprudencia⁸⁰¹, puede nacer sin necesidad de pacto expreso sobre los respectivos derechos y obligaciones de los socios, y sin que sean precisos pactos expresos acerca del ánimo de asociarse, de la

⁸⁰¹Pese a los pronunciamientos jurisprudenciales, un sector de la doctrina entiende que solamente la sociedad mercantil o con forma mercantil puede ser irregular, porque la irregularidad social consiste exclusivamente en la falta de inscripción en el Registro Mercantil (cuando la sociedad mercantil no consta en escritura pública, su irregularidad procede de la falta de inscripción, no de la falta de documentación). y la sociedad civil, al no estar sujeta a un régimen de publicidad registral, no puede ser irregular. Ahora bien, si bien es cierto que nuestro ordenamiento no exige inscripción registral para la sociedad civil, puede también entenderse con la doctrina clásica (SCAEVOLA, MANRESA, etc.), que, a falta de una publicidad organizada por la ley, basta una simple publicidad de hecho, la que tiene lugar a través de la publicidad de los pactos sociales y de la actuación en el tráfico de los socios en nombre de la sociedad.

aportación de bienes y de la intención de partir las ganancias⁸⁰² (STS de 7 de octubre de 1965), pero es evidente, aún cuando se mantenga oculta, que la actuación exterior de los propios socios pondrá de manifiesto su existencia. Los socios no podrán invocar los defectos de constitución y de actuación para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraídas (STS de 21 de junio de 1990, entre otras), ni tampoco, para evitar la responsabilidad derivada de los actos realizados por un supuesto ente social cuya existencia y pactos no fueron públicamente conocidos (STS de 30 de octubre de 1990).

Ahora bien, lo que caracteriza la falta de personalidad de la sociedad es el hecho de no revelarse externamente como tal sociedad, de modo que los socios contratan en su propio nombre, sin cumplir ningún requisito de forma (STS de 12 de diciembre de 2003)⁸⁰³. La falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular no se circunscribe

También la doctrina moderna (DIEZ-PICAZO, ALBALADEJO, LACRUZ, entre otros) radica la personalidad jurídica de las sociedades civiles en su apariencia hacia el exterior, entendiendo que existe esa publicidad de hecho desde que la sociedad da inicio a sus operaciones y se manifiestan hacia terceros través de la actuación de los socios en el tráfico, o, como señala CAPILLA RONCERO, desde que existe en el tráfico conciencia general de la existencia de la sociedad. Contra esta tesis de la publicidad de hecho, sostuvo sin embargo DE CASTRO que las sociedades civiles que gozan de personalidad jurídica son aquellas a las que ha sido dado revestir una de las formas reconocidas por el Código de Comercio y que han sido inscritas consiguientemente en el Registro Mercantil.

Para buena parte de la doctrina mercantil (PAZ ARES, PANTALEÓN), la personalidad jurídica de la sociedad no puede hacerse depender ni de la publicidad de hecho ni de la inscripción registral. La personalidad jurídica es un resultado de la eficacia organizativa del contrato, y por lo tanto no depende de circunstancias extrínsecas, sino que se trata de un atributo natural que surge en el mismo momento en que queda perfeccionado el contrato de sociedad.

⁸⁰²También en el Derecho navarro puede encontrarse referencia a las sociedades y agrupaciones sin personalidad, a las que se refiere el art. 49 del Fuero Nuevo de Navarra admitiendo su actuación a través de sus representantes:

Las sociedades u otras agrupaciones cuya personalidad no haya sido reconocida pueden, sin embargo, actuar como sujetos de derecho por mediación de quienes ostenten una representación expresa o tácitamente conferida. La titularidad de los derechos adquiridos por estos sujetos colectivos se considerará conjunta de todos los miembros y será necesaria la unanimidad para disponer de esos derechos. De las obligaciones contraídas por dichos sujetos colectivos responderán solidariamente todos los miembros.

⁸⁰³Lo que, en opinión de FERNÁNDEZ DE BILBAO permite admitir una peligrosa “*personalidad intermitente*”, de modo que la Sociedad Civil producirá efectos frente a terceros con que ella contratan, cuando sea conocida por los mismos. Véase, FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “Comunidad de Bienes” y “Sociedades Civiles” para empresa. La sociedad irregular”, cit, págs 22 y 23. Para el autor, la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo añade un importante matiz a la caracterización de la irregularidad de la sociedad civil, pues impone a los sujetos obligados por la misma el deber de identificar al titular real de las personas físicas o jurídicas con quienes contratan, teniendo prohibido establecer o mantener relaciones de negocio o ejecutar operaciones “*con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse*” (art. 7.2º y 3º), con la consecuencia de poder desistir sin responsabilidad por dicha causa de los contratos cuando en el curso de la relación negocial no puedan aplicarse las medidas de diligencia previstas en la Ley, siempre que no medie enriquecimiento injusto.

al ámbito, civil, sino que se extiende también al procesal⁸⁰⁴, conforme a los artículos 35 y 1669 Cc (y al 116 CCom. para la sociedad irregular de carácter mercantil), lo que implica que no podrá celebrar contratos como tal. En su lugar habrá de hacerlo el socio designado para ello o, faltando pacto de designación del socio representante, cualquiera de ellos (arts. 1669 c. c y 129 CCom.). Sin embargo goza de legitimación a los efectos de la legislación fiscal (artículo 35.4 de la Ley General Tributaria), de la Seguridad Social (art. 15 de la Ley General de la seguridad Social) y laboral (artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores), en las que se le reconoce capacidad de obrar y legitimación a condición de que se hayan dado de alta en los Registros Fiscales correspondientes.

En las sociedades irregulares, la situación interna, la que se da entre los socios, no afecta ni perjudica a quienes de buena fe la desconocen. Cada socio está obligado a rendir cuentas, por aplicación del art. 1695 Cc, y la misma obligación incumbe al administrador respecto de los demás socios.

Aunque el art. 1669.2º Cc remite la regulación interna de las sociedades civiles irregulares al régimen jurídico de la comunidad de bienes, ello no significa que todas las normas que disciplinan esta institución le resulten aplicables, particularmente en lo que se refiere a la acción de división y al hecho de que la sociedad irregular no implica necesariamente la voluntad de constituir una copropiedad sobre los bienes, sino sólo la de usarlos y explotarlos conjuntamente. Por otra parte, la afección o destinación de los bienes se encuentra supeditada al fin social perseguido, y cesa cuando éste desaparece, y entonces desaparece también la causa del especial estado en que se encuentra el patrimonio mientras dura la sociedad (STS de 21 de octubre de 2005)⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴En términos procesales, las sociedades civiles irregulares son entidades sin personalidad jurídica que actúan en el tráfico como sujetos diferenciados. El artículo 6 LECiv no les reconoce legitimación activa para demandar, ni lo hace ninguna otra norma sustantiva o procesal, debiendo actuar por ellas el miembro de la sociedad que, según los pactos internos, ostente su representación frente a terceros en beneficio de la sociedad irregular o cualesquiera de ellos, en defecto de tales pactos. El art. 7.7º señala que *“Por las entidades sin personalidad a que se refiere el... apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho, en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros”*.

El artículo 6.2 LECiv al que alude esta norma reconoce a la sociedad irregular capacidad procesal pasiva: *“Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la Ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado”*. Y a diferencia de lo que ocurre en el régimen de comunidad de bienes, dado el carácter solidario de la responsabilidad entre los socios, las consecuencias favorables o adversas de la sentencia beneficiarán o perjudicarán a todos.

También carecen de personalidad en lo que se refiere al ámbito administrativo, como resulta del artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁸⁰⁵Y en esta situación, observa FERNÁNDEZ DE BILBAO, corresponde la partición por las reglas de la herencia, y no la división de la cosa común, pues mientras dure la liquidación, división y adjudicación, se forma una comunidad sobre el patrimonio que reste a la paralización de la actividad social, es decir, sobre la cuota de liquidación, expresiva del derecho del socio sobre el patrimonio remanente, y que se

Los socios habrán de responder frente a terceros solidaria y no subsidiariamente junto con la sociedad, de las deudas⁸⁰⁶, asumidas por actividades realizadas en nombre de ésta, al modo de las sociedades personalistas. En consecuencia, las sentencias se ejecutarán, según el art. 544 LECiv “*frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad, siempre que se acredite cumplidamente, a juicio del Tribunal, la condición de socio, miembro o gestor, y la actuación ante terceros en nombre de la entidad*”.

Por los actos de cualquiera de los socios han de responder *ad extra* todos ellos solidariamente, aunque internamente hayan de repercutirse mancomunada o solidariamente las consecuencias de los mismos (arts. 1688 y 1695.1 Cc y 130 y 144 CCo), según hayan actuado de buena o mala fe o pueda inducirse de algún acto la aprobación o la ratificación expresa o virtual del citado acto.

Señala FERNÁNDEZ DE BILBAO⁸⁰⁷ que el valor de las decisiones mancomunadas en el seno de la sociedad civil irregular es mayor que en la sociedad mercantil, tanto por la aplicación supletoria del régimen de comunidad de bienes (arts. 392 y 1699.2 Cc) como por la aplicación específica del art. 1695, pues como recuerda la STS de 10 de noviembre de 2004, en los casos en que los contratantes no hubieran establecido el modo de administrar la sociedad civil, el art. 1695.1º Cc encomienda la administración a todos los socios, conforme a un sistema separado y solidario, según el cual la gestión de cada uno será eficaz si no hay oposición de los demás antes de que haya producido efecto legal, esto es, antes de que se ejecute. Añade que la excepción es el art. 1695.4º, que establece que ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque se alegue que es útil a la sociedad, dada la tradicional relación existente entre sociedad y comunidad, entendiendo la expresión como equivalente de realizar alteración, material o jurídica, por lo que incluye los actos de enajenación, aunque dicha regla prohibitiva no resulta aplicable cuando los referidos actos no exceden del ámbito delimitado por el objeto social, de modo que, si esto sucede, los actos dispositivos de cada socio, estarán sometidos, salvo pacto, al mismo régimen general que contiene la regla 1º del propio art. 1695 Cc.

La sociedad se disolverá por las causas expresadas en el art. 1700 Cc, y que hemos estudiado en el Capítulo anterior al hilo de la remisión que al mismo realiza el art. 1051.2º Cc en sede de división de la comunidad hereditaria. La doctrina y la jurisprudencia admiten, dentro de la naturaleza abierta de la relación que el precepto del artículo 1700 Cc establece otras causas, singularmente el acuerdo tácito de los socios para la disolución de la sociedad, a través de hechos, individuales o colectivos de significación inequívoca

Los socios pueden ser también excluidos de la sociedad, ya sea civil o mercantil (arts. art. 220 del C. d. c. y 1704 del Cc). La separación del socio ha de basarse en

rije por sus normas específicas. Véase FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “Comunidad de Bienes” y “Sociedades Civiles” para empresa. La sociedad irregular”, cit. pág. 7.

⁸⁰⁶STS de 19 de diciembre de 2006, siguiendo la doctrina de la de 10 de abril de 1970.

⁸⁰⁷FERNÁNDEZ DE BILBAO, ob. cit, pág. 41.

las causas del art. 218 del C. d. c. o 1706 del Cc, esto es, en un conducta desleal o abusiva guiada por la intención de obtener un lucro particular que resulta lesiva para los intereses de la sociedad.

11.2.3.3. Sociedad mercantil irregular. Régimen jurídico

Es mercantil irregular la sociedad cuando habiéndose otorgado escritura pública de constitución, no se ha inscrito en el Registro Mercantil, o cuando siendo mercantil por su objeto, ni siquiera se ha otorgado la escritura. En general se reconoce la personificación de la sociedad mercantil irregular, lo que la dota de cierta autonomía jurídica y patrimonial, si bien se trata de una personalidad básica⁸⁰⁸ o imperfecta, lo que determina, a falta de inscripción en el Registro Mercantil, consecuencias jurídicas como la inoponibilidad de los pactos sociales o la responsabilidad de quienes actúan en su nombre. Ahora bien, la inscripción registral no dota a la sociedad de personalidad jurídica, sino que está prevista en nuestro ordenamiento como requisito para atribuir a la sociedad la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido.

En cuanto a su régimen jurídico, la sociedad irregular con actividad mercantil ha de regirse:

- 1º Por las normas de la sociedad colectiva respecto de terceros (cfr. art. 39.1 del TR de la Ley de Sociedades de Capital), norma de carácter expansivo también a efectos internos pues como declara la STS de 25 de abril de 1991 citada: *“aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles”*.
- 2º Por sus pactos entre los socios (art. 117 del C. d. c. y STS de 21 de abril de 1987, 20 de febrero de 1988, 16 de marzo de 1989 y 19 de diciembre de 2006) y,
- 3º En su defecto (STS de 20-02-1988, 8-07-1993 y 21-03-1998) las normas del Código de Comercio y, finalmente, las establecidas en el Código Civil. La gestión y administración de la sociedad corresponde entonces, si otra cosa no han dispuesto, por igual a todos los socios (art. 129 CCom) y se prohíbe el derecho al veto del resto 131 CCom y 1695.1º Cc.

Así como es claro cuando una sociedad mercantil es regular, por estar claramente establecidos los requisitos de otorgamiento de escritura pública e inscripción, sin embargo, la irregularidad tiene límites mucho más difusos. La STS de 20 de mayo de 2005 considera que en la sociedad mercantil irregular, a falta de pactos de las partes,

⁸⁰⁸La tesis de la sociedad irregular como un sociedad dotada de personalidad jurídica básica es generalmente admitida en la doctrina a partir de la aportación de GRIÓN TENA, y se ha visto refrendada por el régimen del TRLSC. GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades*. Madrid, 1978.

los bienes adquiridos con fondos sociales lo son en beneficio del socio que los dedica a tal fin. La regla no es, pues, la de la atribución a la sociedad de dicho bien, sino la de imposición de obligaciones de restitución de los fondos e indemnizatorias del art. 135 CCom. Luego, al contrario de lo que ocurre con la sociedad civil irregular, sea de todos los bienes presentes o de todas las ganancias, no hay comunicación, o cotitularidad sobre estos bienes ganados.

Si en atención al desarrollo de actividades comerciales se aprecia entre los coherederos la vigencia de una sociedad mercantil irregular, por faltar la escritura pública fundacional y la inscripción en el Registro Mercantil, la sociedad constituida tendrá validez y obligatoriedad entre los que lo celebren, cualquiera que sea su forma, como sanciona el art. 117 del C. d. c. Si hay escritura pública de constitución, pero no inscripción en el Registro Mercantil, entonces sí hay personalidad jurídica y efectos —“*ad extra*”— y no se puede hablar en estos casos de una situación de semipersonalidad jurídica, sino más bien de personalidad controlada o condicionada conforme a la normativa de la sociedad en formación.

La sociedad mercantil irregular habrá de llevar los Libros de Diario, Inventario y Actas (arts. 25 y 26 CCom), pues, como señaló la STS de 25 de abril de 1991, aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles.

La sociedad mercantil irregular⁸⁰⁹ tiene también atribuido un régimen especial frente al concurso, recogido en el artículo 322.3º RRM: “*Si no estuviera inscrita en el Registro Mercantil la sociedad mercantil que hubiera sido declarada en concurso de acreedores, se procederá a su inscripción. En el caso de que faltara la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de un mandamiento judicial, que deberá contener, al menos, la denominación y el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia*”.

El TRLSC prevé también la posibilidad de que una sociedad devenga irregular. A esta situación se refiere su artículo 39, que establece:

- 1. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones.*
- 2. En caso de posterior inscripción de la sociedad no será de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior.*

La consecuencia de que la sociedad devenga irregular es que esta situación faculta a cualquiera de los socios a instar su disolución, y a exigir, “*previa liquidación del*

⁸⁰⁹La sociedad civil irregular, sin embargo, no puede ser declarada en concurso, aunque los acreedores están legitimados para pedir la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre estos (art. 25.1 LC).

patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones” (art. 40).

El efecto más importante de la sociedad mercantil irregular con respecto a terceros es el régimen de responsabilidad patrimonial, pues, conforme al art. 127 CCom. todos los socios, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía.

La responsabilidad solidaria de los socios está prevista también en el TRLSC de 2010 para la sociedad en formación, esto es, para la que aún no ha verificado el requisito de la inscripción registral:

Artículo 36 Responsabilidad de quienes hubiesen actuado.

Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.

Artículo 37 Responsabilidad de la sociedad en formación.

1. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere.

2. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar.

3. Salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos.

El régimen de responsabilidad cambia una vez que se ha producido la inscripción, pasando a responder la sociedad por tales actos:

Artículo 38 Responsabilidad de la sociedad inscrita

1, Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por aquellos actos y contratos a que se refiere el artículo anterior así como por los que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción.

2. En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los dos artículos anteriores.

3. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado al importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

Ahora bien, debe advertirse que la sociedad de capital en formación y la sociedad de capital irregular son realidades jurídicas diferentes y excluyentes, como ha señalado

FARIAS BATLLE⁸¹⁰ para quien “*desde la perspectiva cronológica de la fundación de una sociedad de capital, la sociedad de capital en formación y la sociedad de capital irregular son dos situaciones que se pueden suceder la una a la otra, pero a las que la Ley atribuye un régimen jurídico para sus relaciones con terceros diferente y excluyente*”.

11.2.3.4. Posibilidad de la Sociedad Cooperativa irregular

Para FERNÁNDEZ DE BILBAO⁸¹¹, desde el momento en que la ley estatal de cooperativas, de 16 de julio de 1999 admite la sociedad en formación, admite también, implícitamente, la posibilidad de que el proceso de formación no llegue a consumarse, por falta de escritura pública o de inscripción en el correspondiente registro, determinando entonces su falta de personalidad jurídica. Se hace entonces relevante determinar las personas responsables de los actos y contratos celebrados, para lo que las distintas legislaciones autonómicas acogen diferentes soluciones: la totalidad de los socios, los administradores, los promotores o gestores o, más frecuentemente, quienes los hubiesen celebrado.

Transcurrido un plazo desde el otorgamiento de la escritura sin haberse verificado la inscripción en el Registro de Cooperativas, o incluso antes, si se ha constatado la voluntad de no inscribir la cooperativa, el efecto previsto en la normativa autonómica es que todo socio puede instar la disolución de la sociedad en constitución, y exigir, con la liquidación previa del patrimonio social, la restitución de las aportaciones que haya realizado. El autor señala, sin embargo que, a efectos de terceros, su régimen será el de la sociedad irregular civil o mercantil.

11.2.3.5. Liquidación de la sociedad irregular⁸¹²

La naturaleza del proceso liquidador de la sociedad ha sido muy discutida, entendiéndose, fundamentalmente, o bien que la liquidación implica la subsistencia de la

⁸¹⁰FARIAS BATLLE, Mercedes, La irregularidad de la sociedad de capital. Aspectos societarios y registrales, Ed. Comares, Colección Mercatura, Granada, 2001.

⁸¹¹Acerca de la sociedad cooperativa irregular puede consultarse FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “Comunidad de Bienes” y “Sociedades Civiles” para empresa. La sociedad irregular, cit. pág. 14 y sigs.

⁸¹²La jurisprudencia del TS ha optado por distintas soluciones para resolver la situación en que el ejercicio común de una actividad lucrativa se da sin la forma o la publicidad debidas. Cuando la calificación ha sido de pura comunidad “comunidad de empresa”, las reglas de disolución han sido las de la división de la cosa común. Pero cuando la calificación ha sido de sociedad, esta no siempre ha supuesto renuncia a las reglas de la comunidad: *a*) algunas ss. aplican las reglas de la comunidad, a pesar de encuadrar la figura en el art. 1669 (S. 30-6-95 y 13-11-91). Incluso hay sentencias que afirman que, a efectos de disolución y liquidación, tanto da calificar la situación de sociedad del art. 1669 como de comunidad, porque a estos efectos se rigen por las mismas reglas (Ss. 2-5-64; 19-4-2; 10-10-85; 27-9-85 y 2-12-89), aunque existen algunas que afirman la directa aplicación del art. 400 (S. 15-6-95) y otras que afirman la aplicación de las normas de liquidación y partición por la vía del art. 406 (S. 12-7-96); *b*) sentencias que aplican las reglas de la sociedad civil a la sociedad irregular y, por aplicación del art. 17º8, también las de la partición, de cara a su liquidación (S. 3-1-92). La de 2-12-93 declara insuficientes los arts. 400 y 404 y admite la aplicación de los arts. 1700 y 1707.; *c*) sentencias que aplican las reglas de la sociedad mercantil, rigiendo la disolución y liquidación por las normas del art. 222 y ss. Cco. (SS. 29-9-92 y 3-4-91).

sociedad, aunque ahora transformada, o bien que produce la extinción social por venir a menos del vínculo, como ocurre en las llamadas sociedades internas.

La jurisprudencia ha avalado la tesis de que en la fase de liquidación se mantiene la subsistencia de la sociedad, pero operándose una transformación de su objeto que consistirá ahora precisamente en el fin de liquidar y que hace surgir entre los socios de una mera situación de comunidad.

Cuando se trata de sociedad civil irregular (art. 1708 del Cc), la partición entre socios se rige precisamente por las reglas de la de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan. Se confirma así el de la liquidación hereditaria como un proceso divisorio de referencia en materia comunitaria civil, que resulta de aplicación no solamente a la propia situación de comunidad hereditaria, sino a la de comunidad de bienes ordinaria (art. 406) y a la sociedad civil irregular.

Es más, el procedimiento divisorio previsto para la herencia resulta también de aplicación, si bien supletoria a la liquidación de la sociedad mercantil irregular, que se practica por un liquidador, conforme a los arts. 227 y 229 del Ccom. y demás normas del Código y, supletoriamente, por las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes y partición de la herencia.

En la liquidación de la sociedad mercantil irregular, conforme a la STS de 21 de marzo de 1998, procede aplicar el art. 227 y, en general, lo establecido en el contrato, después las normas del Código de Comercio y, finalmente, las establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes y la partición de la herencia,

Cuando en la sociedad mercantil irregular no hay designado liquidador, sea por la vía del art. 229 Ccom, que instituye liquidador al antiguo administrador cuando exista acuerdo unánime, o sea por nombramiento de la Junta de socios, entonces podrá liquidarse por las mismas vías que la civil irregular, esto es: por acuerdo de los socios o sus causahabientes, por nombramiento de un contador-partidos (liquidador) dativo, que requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los socios, o judicialmente, en los términos de los arts. 782 y ss. LECiv que regulan procedimiento de división judicial de herencias (de patrimonios), o por virtud de un procedimiento concursal, conforme a los art. 142 a 162 de la Ley Concursal. La liquidación concursal resulta de aplicación a la sociedad mercantil irregular y a la civil regular, aunque no a la civil irregular, si bien puede solicitarse en este caso el concurso de los socios.

La disolución de la sociedad irregular, civil o mercantil, podrá en consecuencia practicarse, a pesar de la transformación de la comunidad hereditaria, conforme a sus reglas, por virtud de las diferentes remisiones normativas.

11.2.4. Modificación del régimen jurídico de la comunidad hereditaria en virtud del mero pacto de indivisión por tiempo prolongado

En determinados supuestos puede plantearse la posibilidad de que la comunidad hereditaria, sin haber cesado formalmente por ningún medio, se haya transformado,

en el sentido de no ser ya la misma que se constituyó. Nos interesa en este sentido el estudio de los casos en que, hallándose vigente la comunidad hereditaria y sin haberse verificado ningún acto de cesación de la misma, lo que en realidad funciona es una sociedad irregular, civil o mercantil, o un estatuto propio, convenido por los propios coherederos, que se distancia en mayor o menor medida de las normas que rigen la comunidad hereditaria, o, incluso, las sustituye.

Obsérvese que no nos referimos a los supuestos en los que se pone fin a la comunidad hereditaria por acuerdo unánime de los coherederos y a través de la partición, éstos acuerdan aportar sus cuotas respectivas a la constitución de una comunidad ordinaria o, como aportación social, a una sociedad, civil o mercantil. Nos referimos a los supuestos en los que esa transformación se produce *de facto*, sin poner fin a la comunidad hereditaria, antes bien vigente ésta, de forma táctica o por acuerdos entre los coherederos, pero sin cumplir con los requisitos necesarios para formalizar la constitución de una nueva figura, sujeta a distinto régimen jurídico. Estaríamos entonces ante supuestos de irregularidad social o, simplemente, de una modelización del régimen de la comunidad hereditaria, por la vía de los pactos entre los coherederos y en uso de la libertad de organización que a éstos corresponde. Cuando esa modelización, en base a las necesidades e intereses de los coherederos, se aparta del régimen propio de la comunidad, hasta el punto de que la priva de su fisonomía propia— lo que resulta facilitado por la ausencia de una regulación completa y sistemática de la misma— y puede entenderse constitutiva de una figura distinta, comunitaria o asociativa, habrá que examinar los pactos o acuerdos y el régimen resultante, para verificar si se aproxima a alguna de estas figuras (como una comunidad de bienes, una sociedad, u otras figuras, incluso carentes de personalidad, como la asociación de interés económico) y si procede aplicarles su régimen jurídico, aún cuando no haya tenido lugar un acto formal de extinción de la comunidad hereditaria.

Para algunos autores, el pacto de indivisión durante un tiempo prolongado alcanzado por los coherederos durante la comunidad hereditaria, sin intención expresa de transitar hacia otro ente dotado de personalidad jurídica propia, tiene por sí mismo la virtualidad de transformar su régimen jurídico. Dado que la comunidad hereditaria está dotada de un carácter transitorio, la voluntad de continuar en dicha situación durante un periodo prolongado de tiempo denotaría la de buscar un régimen distinto, que implicaría, a falta de pacto que la transforme en otra figura jurídica, la necesidad de contar con un sistema legal de administración del patrimonio, que reconozca a todos los copartícipes derechos y deberes sobre dicha administración.

Ante esta situación, señala ALBALADEJO⁸¹³, LACRUZ considera indiscutible “*la aplicación, por analogía, a la situación nacida de este convenio del art. 1695 Cc, pues aunque el acuerdo de los coherederos de permanecer en la indivisión no de nacimiento, sin más, a un nuevo ente social, si hay aquí un elemento de confianza mutua entre los contratantes que justifica la gestión por cada uno de ellos en la misma forma que en la sociedad*”.

⁸¹³ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Ed. Edisofer, 2013, pág. 128.

Así pues, en su opinión, el retraso en la práctica de las operaciones divisorias puede determinar una modificación en la situación comunitaria y en el régimen jurídico que le ha de ser de aplicación, pues cuando estas operaciones se retrasan indefinidamente, habrá que examinar las causas de esta demora para saber si a tal situación prolongada de pluralidad de titulares se le aplica el régimen de la comunidad hereditaria u otro más orgánico, en el que se tenga en cuenta la existencia de una empresa común (Ss. De 16 de abril de 1942 y 21 de diciembre de 1965).

Conclusiones

PRIMERA. Aunque el Cc no ofrece una definición de la comunidad hereditaria y en la doctrina abundan los matices sobre muchos de sus rasgos característicos, e incluso sobre su propia existencia como figura autónoma, la comunidad hereditaria puede ser descrita como aquella situación en la que se encuentra la herencia, siempre y cuando la integren una pluralidad de bienes o derechos, desde la aceptación hasta su división o adjudicación, como consecuencia de la existencia de una pluralidad de personas que han sido llamadas simultáneamente a recibir en la misma una parte alícuota o participación ideal y abstracta que se proyecta no sobre bienes determinados, sino sobre la totalidad del patrimonio hereditario considerado en su conjunto como una unidad (*universitas iuris*).

SEGUNDA. La comunidad hereditaria surge cuando son una pluralidad de herederos los llamados a la sucesión que deciden aceptarla, ingresando por la aceptación en la situación y relación de comunidad hereditaria, y produciendo como primer efecto el de la suspensión de los efectos disgregatorios del patrimonio del causante. Y mientras no se produzca la partición de la masa hereditaria y la adjudicación a cada uno de los coherederos de bienes concretos y determinados o partes de los mismos, su derecho se proyecta sobre los bienes de la herencia como un todo, a través de la parte que en ella les corresponda. Sólo la extinción de la situación de comunidad hereditaria y la adjudicación de la herencia convierten a los herederos en directos titulares de los bienes. Por lo tanto, la comunidad hereditaria se configura jurídicamente como una situación transitoria derivada de una situación de hecho: la de una herencia aceptada por una pluralidad de herederos, pero todavía no partida.

Dado que lo que determina el ingreso en la comunidad hereditaria no es la calidad de heredero o sucesor a título universal del sujeto en cuestión, sino el haber sido llamado a una parte alícuota ideal o abstracta de la herencia que se proyecta sobre la misma considerada en su conjunto, con independencia del título en virtud del cual se efectúa el llamamiento a la cuota, son partícipes de la misma los herederos, incluidos los legitimarios, tanto si se tiene la legítima por *pars hereditatis* como si se le considera *pars bonorum*, pues en ambos casos son copropietarios de los bienes hereditarios (STS de 8 de marzo de 1989), aunque no ocurre igual si la legítima es *pars valoris* y puede satisfacerse con bienes extraherenciales (como ocurre en el Derecho catalán). También se consideran generalmente copartícipes en la comunidad el cónyuge viudo, por su

condición de “heredero forzoso”, o, según otra opinión, por su carácter de usufructuario de cuota, el cesionario de cuota y los acreedores que hayan aceptado la herencia por subrogación al amparo del art. 1001 Cc.

TERCERA. La comunidad de herederos es una situación que nuestro Código civil no contempla específicamente y carece, por tanto, de una regulación unitaria y sistemática, rigiéndose principalmente por la voluntad del testador o por los acuerdos de los coherederos— a los que se remiten los principales aspectos de su funcionamiento—, a falta de éstos, por las escasas y asistemáticas disposiciones del Código en materia de colación, partición y pago de deudas hereditarias y, en su defecto, por las normas del Código que regulan la comunidad ordinaria (arts. 392 y ss), cuya aplicación resulta a menudo problemática. La consecuencia es que, a pesar de los esfuerzos de doctrina y jurisprudencia, la figura sigue necesitada de una regulación sistemática, que supere la actual fragmentación y resuelva algunos de sus principales problemas, lo que por otra parte aconsejan los cambios en la realidad económica y social y en la estructura familiar, que afectan a las relaciones entre los partícipes y a los propios patrimonios hereditarios.

Por el contrario, la comunidad hereditaria encuentra regulación en los ordenamientos civiles de distintos países de nuestro entorno, así como, en referencia al nuestro, en los ordenamientos territoriales de Aragón (2011), Cataluña (2008), Galicia (2006) y Navarra (1973), y su régimen debe observarse desde esta perspectiva, y no únicamente desde la de la escasa regulación del Cc. Aunque cada uno de estos ordenamientos tiene rasgos específicos, existen también recíprocas influencias entre ellos, y una base común que permite observar la institución desde una perspectiva más completa y rica que la basada exclusivamente en el Código civil, pudiendo obtenerse de ellos soluciones a problemas no resueltos por el Derecho común y criterios de interpretación de gran interés.

La regulación más completa y sistemática de la comunidad hereditaria en nuestro Derecho es la contenida en el libro IV del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio. La nueva regulación se ajusta al orden temporal de las fases en que se desarrolla el fenómeno sucesorio y pretende dotar de mayor agilidad a la institución, buscando la conservación de los bienes y la protección de los futuros titulares y realizando una extensión de su régimen a la situación de herencia yacente a través de la interesante figura de la “comunidad hereditaria provisional”, prevista en el art. 411-9.4^o CCCat.

Por otra parte, el marco normativo de la sucesión *mortis causa* se ha visto afectado por la aprobación del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012. Entre otras novedades, el Reglamento ha introducido el criterio único de la residencia habitual del fallecido para determinar la jurisdicción y la ley aplicable a las sucesiones transfronterizas y el certificado sucesorio europeo, que permite demostrar en estas sucesiones la realidad de la cualidad y los derechos de herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia.

CUARTA. La herencia en la que entran los llamados que la aceptan no puede ser considerada como un objeto único de derecho independiente, sustituyendo a los objetos singulares que la integran o superpuesto a ellos, pero esto no significa que no pueda reconocerse a la misma una cierta unidad subjetiva o teleológica, como ha hecho la doctrina, de modo especial en consideración a los derechos de los acreedores del causante y conforme a una noción fundamentalmente patrimonial de la misma.

Sobre esta masa patrimonial, hasta tanto no tenga lugar la partición, cada uno de los partícipes en la comunidad hereditaria tiene solo un derecho sobre el patrimonio hereditario considerado unitariamente, pero no un derecho concreto sobre ninguno de los bienes o derechos de la herencia, ni una cuota sobre los mismos. Esta particular forma de titularidad plural o colectiva que “*se proyecta con signo comunitario entre los herederos sin asignación más que de cuotas ideales, pero no de derechos concretos*” (STS de 25 de marzo de 1988) implica que durante el período de indivisión, los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, con la consecuencia de que, en este estado, le están vedados los actos de propietario, pero no las facultades sobre la propia cuota, como las de enajenación (art. 399), gravamen y anotación registral (arts. 42 y 46, in fine, LH), así como el poder jurídico de ejercer el retracto del mismo derecho de los demás coherederos (art. 1067 Cc).

Este derecho, denominado habitualmente “*derecho hereditario in abstracto*”, ha sido utilizado para explicar la titularidad —cotitularidad— de cada coheredero sobre los bienes hereditarios, que puede ir separada de la cualidad de heredero y cederse con independencia de tal cualidad, y teniendo a la vista la preocupación fundamental de evitar que los coherederos puedan disponer de bienes singulares de la herencia o de partes indivisas de los mismos antes de que se realice la partición.

El TS sostiene en este punto la denominada teoría “de la plúrima total”, conforme a la cual los condóminos son, en realidad, propietarios de toda la cosa común, al mismo tiempo que de una parte abstracta de ella, pero con titularidades limitadas o constreñidas en cuanto a su intensidad por la concurrencia de otros condóminos.

QUINTA. La transitoriedad y la incidentalidad señaladas tradicionalmente como características de la comunidad hereditaria se vinculan de forma directa a su función, que es principalmente la de adoptar medidas que aseguren durante la indivisión, la conservación del valor de los bienes y la protección de los futuros titulares, preparando así la posterior liquidación y adjudicación del patrimonio hereditario, a la que se encaminan p. e el pago de deudas y cargas de la herencia o de los legados. Conforme a esta consideración, la comunidad hereditaria está abocada a su extinción, aunque por distintos mecanismos se prolongue en el tiempo la indivisión, y por ello se arbitran distintos mecanismos encaminados a ponerle fin.

Asimismo, la comunidad hereditaria es considerada desde el derecho romano como un estado poco deseable, por ser contrario a la circulación de la riqueza, al desarrollo y producción de la propiedad, a los intereses de los partícipes, e incluso a la paz y la

armonía familiares. Modernamente, sin embargo, doctrina y jurisprudencia han emancipado a la comunidad hereditaria de esta consideración tradicional, relegándola a la condición de lugar común.

Sin embargo, creemos que no puede afirmarse sin matices que en todo supuesto, la comunidad hereditaria sea una situación indeseable y contraria a los intereses de los coherederos, ni que salir de la misma sea, en realidad, el sentido jurídico propio de la institución. La comunidad hereditaria cumple o puede cumplir por sí misma una función jurídica, e incluso económica, propia y, aceptada la realidad social de un elevado número de comunidades hereditarias que se prolongan en el tiempo por voluntad expresa del causante o de los coherederos, o, simplemente, por no instar éstos la partición, una gestión planificada de esta fase, adecuada a la naturaleza y composición del patrimonio (y a la creciente complejidad de los bienes, derechos y productos que lo integran), a las circunstancias económicas y sociales y a los intereses de los coherederos puede no sólo resultar muy beneficiosa para el conjunto de los mismos, sino, además, preparar una partición ordenada y pacífica, lo que no hay que sobreentender.

El interés de los partícipes puede aconsejar medidas, que faciliten una mejor explotación del patrimonio o de algunos de sus elementos, evitando una liquidación a destiempo economicamente lesiva, pues “a veces la indivisión permite obtener determinadas ventajas o utilidades incompatibles con la división, e incluso posibilitar convivencias más armónicas” (STS. 19 de octubre de 1992, entre otras). Lo importante en la caracterización de la comunidad, no es a nuestro juicio cuanto tiempo se permanece en la situación de indivisión, sino si la prolongación de esa situación encuentra fundamento en una causa justa o motivo suficiente, y si éste persiste, y con qué consecuencias.

SEXTA. Como en otras situaciones de comunidad, el problema de la naturaleza jurídica lo plantean la titularidad del derecho común, y la necesidad de compaginar la pluralidad de sujetos con la unidad del derecho.

Las explicaciones existentes sobre la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria son resultado de la acumulación de aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia en muy distintas direcciones, prevaleciendo históricamente los modelos organizativos de la *communio incidens* romana o comunidad por cuotas y la *Gemeinschaft zur gesamten Hand* alemana, que han alcanzado una amplia influencia y dado lugar a una pluralidad de formulaciones híbridas e intermedias sobre argumentos que, en general, han llegado a dificultar la visión del problema. En la moderna doctrina, partiendo de su difícil encaje en los arquetipos jurídicos señalados, es frecuente rechazar el exceso dogmático y preguntarse por la utilidad del debate, planteándose si muchos de los problemas no obtienen mejor solución por otras vías. El problema se plantea entonces a través de la caracterización de la figura, tomando como referencia la regulación positiva en lo necesario para extraer consecuencias que permitan fundamentar la solución del caso concreto

El contorno general de la comunidad hereditaria es en nuestro Derecho el de un tipo especial de comunidad, que, si no un régimen completo, sistemático y bien definido, tiene al menos un principio de régimen orgánico, determinado por el destino y finalidad del patrimonio común, y por su origen hereditario, y que atiende a características propias, que no se ajustan a los rasgos de un solo modelo.

SÉPTIMA. La protección del interés común de los partícipes en la comunidad hereditaria es a menudo pospuesta en la regulación del Código civil a la del libre ejercicio de las facultades individuales, resultando el reconocimiento de la facultad de apreciación judicial de las situaciones en las que uno y otro entran en conflicto limitado al supuesto de imposibilidad de adoptar un acuerdo o de los casos en que el adoptado sea gravemente perjudicial al interés de la comunidad (art. 398 Cc, art. 552-6.4º CCCat).

De *lege ferenda*, el régimen de administración y disposición de la comunidad hereditaria debería conceder un papel más relevante al criterio de la protección del interés común de los copartícipes y a las facultades judiciales para su defensa, tanto para ordenar el ejercicio común de los derechos de uso y disfrute de la cosa común como en el ejercicio de la facultad de instar la cesación de la comunidad hereditaria, admitiendo incluso la facultad judicial de limitar dicho ejercicio ejercicio, imponiendo temporalmente la indivisión cuando exista causa o motivo que los justifique, y en tanto éste se mantenga.

Estos criterios encuentran acogida, entre otros ordenamientos próximos al nuestro, en el Código Civil francés, que reconoce carácter prevalente al pacto o convención de los coherederos, pero a falta de ésta o en casos de discrepancia que afecte al interés común (art. 815-9-1º del Code) otorga un papel relevante a la intervención judicial, que se aprecia también en aplicación de criterios de equidad (art. 815-13) y en el régimen de autorizaciones judiciales del art. 815-5º, que permite al Juez, en atención a dicho interés, autorizar la actuación individual de un comunero u ordenar continuar por un periodo de tiempo la indivisión cuando la división perjudicaría el interés económico del conjunto de los coherederos. También el derecho italiano (art. 717 del *Codice civile*) permite al juez imponer la indivisión del caudal por un plazo máximo de cinco años, si considera que la inmediata partición conlleva un notable perjuicio para el patrimonio hereditario.

Aplicaciones de este criterio se encuentran asimismo en el CCCat, (art. 552-11.5º), al regular la adjudicación de bienes indivisibles o que desmerezcan mucho por la división, y en la Ley 373 FNNav en relación con las gestiones realizadas individualmente en el uso, administración o alteración de los bienes comunes.

OCTAVA. En la comunidad hereditaria, la finalidad específica de los actos de administración es la de conservar la integridad del patrimonio relicto sin alterar su sustancia, para que pueda cumplir la finalidad determinada para el mismo por el testador, o por los coherederos, o la prevista por la propia ley, es decir, principalmente, mientras tiene lugar su división y adjudicación.

Dado que indudablemente la voluntad conjunta gobierna la comunidad, tanto hacia adentro como hacia fuera, para que los coherederos puedan llevar a cabo actos de administración sobre el patrimonio relicto se precisará el acuerdo de la mayoría de partícipes, y la decisión adoptada por la mayoría de intereses será obligatoria para los demás (art. 398º Cc), sin perjuicio de la facultad de impugnación de los coherederos en minoría. Las facultades individuales de administración no amparan otros actos que los de uso, conservación y defensa, esto es, aquellos que conservan la integridad del patrimonio. Cualquier alteración material, económica o física de la cosa (como los actos de enajenación, constitución de derechos reales, usufructos, hipotecas, prendas o anticresis, o concertación de arrendamientos de larga duración) requiere del acuerdo unánime de los coherederos, al entenderse como acto dispositivo.

Frente al sistema de mayorías y unanimidad de los arts. 397 y 398 Cc, otros ordenamientos optan por legitimar individualmente a cualquiera de los coherederos para los actos de simple uso, administración o modificación material de la cosa común (ley 372.3º CNav.), o por exigir diferentes *quorum* referidos a las cuotas hereditarias según se trate de actos considerados legalmente como de administración ordinaria o de administración extraordinaria (art. 463-4.3º CCCat).

NOVENA. Así como la cosa común se supone indivisa, el uso o utilización de la misma es también, en principio, indiviso, igual para todos y referido a toda la cosa común, sin limitarse a la medida o proporción representada en la cuota que corresponde a cada coheredero. La regla general en materia de posesión de los bienes hereditarios es la de que los copartícipes las poseen, no para sí, como exclusiva, sino de manera indistinta, es decir, en concepto de cosa común, en forma similar a una coposesión, prevista por el art. 394 como criterio supletorio.

Pero ello no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino solo cuando lo permita la naturaleza de la cosa común, pues la evitación de conflictos puede imponer restricciones al uso solidario, obligando al establecimiento de normas o pautas que regulen el uso (incluso de todo el bien por turnos sucesivos) o a un uso proporcional a la cuota de cada comunero que no es consustancial a dicho uso. Dado el carácter supletorio del art. 394, el testador o los coherederos de común acuerdo, pueden ordenar el uso de los bienes, lo que puede suponer la atribución en exclusiva el uso de alguno o algunos de los bienes de la herencia indivisa a uno o más de los coherederos, siquiera ésta asignación se acompañe de la obligación de rendir cuentas a los demás, pues se le considera mandatario.

Como consecuencia de esta desvinculación entre la cuota y el uso de la cosa común, cada coheredero puede servirse de ella según sus necesidades, en la medida y frecuencia que resulte razonable pero sin incurrir en un uso abusivo o ilegítimo, pretendiendo un disfrute cuasimonopolizador de la cosa común. Un uso exclusivo y excluyente de la cosa común no solamente vulnera los límites del art. 394, sino que “choca con el sentido de justicia” (STS de 2 de octubre de 1996), a no ser que exista autorización de los otros comuneros, e, incluso en tal caso, no determina la adquisición de un derecho

o preferencia sobre ella para hacérsela adjudicar en el momento de la partición (así, expresamente, art. 436.3º.2 CCCat).

Para resolver las situaciones que se plantean en los supuestos de uso, posesión o percepción de frutos por uno sólo de los copartícipes en la comunidad, excluyendo a los demás, se ha acudido a la doctrina del enriquecimiento sin causa y a su extensión doctrinal bajo la noción de “ahorro de gasto”. Quien usa una cosa ajena, obtiene un provecho y la restitución *in natura*, no habiendo título legitimador, consistirá en la entrega de la propia cosa, pero resulta menos claro si esa restitución debe alcanzar también el provecho derivado de su uso. En realidad, el copartícipe que hace uso exclusivo de lo que pertenece a la comunidad —y con mayor razón, el que la consume o destruye— se ahorra un gasto, el que debió haber empleado para utilizarla, y en la medida de la apropiación de esta ventaja se origina la obligación de restituir.

La cuestión del disfrute exclusivo no autorizado se ha planteado frecuentemente en relación con el uso privativo de la vivienda perteneciente a la masa común, en la que la jurisprudencia del TS entiende que hay abuso del ejercicio del derecho a coposeer pero, no siendo ninguno de los copartícipes poseedor exclusivo de un bien, ni titular de los mismos hasta la división del caudal, su condición no es la de precarista.

DÉCIMA. La moderna doctrina y jurisprudencia admiten la usucapión de los bienes poseídos en exclusiva por alguno o algunos de los coherederos. Ahora bien, la usucapión no convierte, sin más, cualquier posesión continuada en propiedad o titularidad del derecho real que se posee, y dado que la situación inicial es la de coposesión, que se presume que continuó ejerciéndose en el mismo concepto (artículo 436 Cc), y que el usucapiante ha de poseer a título de dueño único durante todo el tiempo que señala la ley, se hace necesaria una inversión del mismo, esto es, un cambio de aquélla en posesión exclusiva. Para esta inversión del título posesorio señala la jurisprudencia que no basta un motivo subjetivo, el mero ánimo o voluntad unilateral del tenedor, ni la mera tenencia material de las cosas, sino que debe evidenciarse el mismo mediante un comportamiento no clandestino, a través de actos externos inequívocos con clara manifestación en el tráfico y acordes con tal inversión del concepto posesorio, esto es, a través de actos característicos o privativos de propietario, que no sean compatibles con otras situaciones posesorias.

DECIMOPRIMERA. La realización de actos conservativos sobre los bienes hereditarios por parte de cualquier coheredero atribuye a éste no solamente el derecho a obligar a los restantes a contribuir a los gastos generados, sino también a reclamar de éstos los gastos que hubiese realizado por cuenta de la comunidad. Pero en el Cc esta facultad no ampara ningún tipo de alteración sobre los bienes, incluso si de ellos pueden deducirse ventajas para todos, requerirían, como hemos señalado, el concurso de la totalidad de los copartícipes, conforme al artículo 397 Cc.

De similar modo, se entiende que a cualquiera de los copartícipes en la masa común corresponde la legitimación para los actos de defensa de los bienes que la integra.

Aunque en tesis de principio la demanda debería ser entablada conjuntamente por todos los copartícipes para que esté bien constituida la relación-jurídico material, el TS ha establecido que no cabe oponer la excepción de litisconsorcio activo necesario frente a la acción ejercitada por uno solo de los partícipes en beneficio de la comunidad. Por lo tanto, cualquiera de los comuneros podrá comparecer en juicio y ejercitar acciones que competen a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma, y la resolución favorable aprovechará a los demás, sin que les perjudique la desfavorable.

Ahora bien, esta legitimación activa individual resulta discutible en técnica procesal, y la jurisprudencia la ha sometido a ciertas restricciones: a) Se reconoce con carácter excepcional, y exige en el demandante facultad para disponer del objeto o, en ausencia de ésta, acuerdo previo de los comuneros que la habilite para ello, de modo que si alguno de los partícipes se opone a tal actuación, no puede considerársele legitimado para actuar, porque tal oposición revela que hay sobre la materia discutida criterios dispares, y hasta que estas diferencias no desaparezcan no puede presumirse que quien actúa procesalmente lo hace en representación de la comunidad y como titular “*de la relación jurídica u objeto litigiosa*” (a art. 10 LECiv) b) Es precisa una estricta delimitación de los supuestos en que puede apreciarse el beneficio para la comunidad, para distinguirlos de aquellos en los que existe beneficio propio solo para el litigante.

DECIMOSEGUNDA. Los acreedores del causante tienen reconocido por el artículo 1082 Cc (y por el art. 782.4º LECiv) el derecho a oponerse a que se lleve a cabo la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, y el mismo derecho se les reconoce en los artículos 464-3º CCCat y 370.1 CDF Arag. Ahora bien, la oposición no impide la práctica de las operaciones particionales, sino solamente la adjudicación a los coherederos de las titularidades individuales definitivas sobre bienes concretos y determinados. Es decir, impide su culminación definitiva, o, si se prefiere, temporalmente, su eficacia. Los acreedores por deudas del causante y los que lo sean por las cargas hereditarias no tienen por qué esperar a la partición, que es un proceso al que, en principio, resultan ajenos, puesto que no debe afectar a sus derechos, sino que pueden reclamar sus créditos en cualquier momento.

Los acreedores particulares de los coherederos no están facultados para instar la partición, ni pueden tampoco oponerse a su práctica. Su derecho se constriñe a la posibilidad de intervenir a su costa en misma con el fin de evitar que se realice en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 1083 Cc y 370.2º CDF Arag y 552-2.3º Ccat.) y la masa de bienes sobre la que pueden hacer efectivo su derecho se limita a los bienes que se adjudiquen a su deudor en la partición, de modo que, para ellos, ésta reviste gran importancia.

DECIMOTERCERA. La insolvencia de la herencia puede dar lugar al *concurso* de la misma, regulándose en la Ley Concursal, con distinto tratamiento, tanto su declaración (art. 1.2 LC) como la continuación de la iniciada contra el causante (art. 182 LC).

El concurso de herencia se ha contemplado en la Ley como un supuesto excepcional en varios sentidos; sin embargo, esa excepcionalidad no ha hecho al concurso de herencia acreedor de un régimen especial, acorde sobre todo con la singularidad de la herencia como patrimonio y con su falta de personalidad jurídica, ni tampoco de un tratamiento unitario. La regulación no contempla adecuadamente las distintas situaciones en que puede hallarse la herencia, no guarda la necesaria coordinación con la legislación procesal, y, en general, no es capaz de dar solución satisfactoria a las situaciones que genera la insolvencia de la herencia, como hubiese ocurrido si se hubiera optado por la consideración legislativa de la herencia como objeto de un tipo especial de concurso.

Por otra parte, la Ley Concursal somete a la situación concursal de la herencia a un régimen especialmente riguroso en tanto que quedan intervenidas o suspendidas las facultades de administración y disposición de los coherederos sobre el caudal hasta la finalización del procedimiento, sin que, a diferencia del supuesto general, la autoridad judicial pueda modificar dicha situación y restituir tales facultades a los herederos (art. 40.5 LC).

DECIMOCUARTA. El copartícipe en la comunidad hereditaria puede disponer de su derecho expresado en la cuota hereditaria, como parte alícuota de la herencia globalmente considerada, sin necesidad del concurso o anuencia de los demás partícipes. Puede igualmente obligarse a transmitir las cosas y bienes que por efecto de la partición se le hayan adjudicado en la herencia, o constituir sobre su cuota cargas y gravámenes, e incluso garantías, aunque será necesario que unas y otras no presupongan una cosa concreta y material, puesto que la libertad dispositiva que a cada copartícipe se reconoce sobre su propia cuota no altera el carácter abstracto o intelectual de ésta.

Sin embargo con relación a los actos dispositivos sobre bienes comunes se reclama la actuación unánime, con fundamento en el hecho de que las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto pertenecen plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas, al mancomún de herederos. La consecuencia más importante de esta afirmación es la imposibilidad para cada uno de los partícipes en la comunidad hereditaria de realizar aisladamente actos dispositivos sobre los bienes comunes o cuotas de los mismos que comprometan, material o jurídicamente, la integridad del patrimonio, si bien todos ellos conjuntamente pueden realizar con plena validez y efectos actos de disposición sobre bienes particulares de la herencia, ya que a la suma de todos los coherederos corresponde íntegramente la titularidad sobre el patrimonio hereditario y sobre las cosas individuales que la integran (STS de 30 de abril de 1935).

Cuando falta el consentimiento unánime, la jurisprudencia ha oscilado entre varias soluciones. En algunas resoluciones recientes, como la STS de 7 de marzo de 2012, la cuestión parecía decidida en favor de la nulidad de la venta, por aplicación combinada de los arts. 397 y 1261 Cc, al entender el Tribunal Supremo que la disposición de cosa común por uno sólo de los partícipes implica una alteración que requiere el consentimiento de los demás, dada la ausencia de titularidad dominical de los coherederos, individualmente considerados, sobre los bienes hasta tanto se haga efectiva la división y adjudicación de los mismos. Las alteraciones en la cosa común a que se

refiere el artículo 397 Cc no son solamente las de índole material, sino también las de naturaleza jurídica o económica, e incluso a la realización sobre los bienes de cualquier hecho que implique transformaciones, novaciones jurídicas o constitución de derechos de cualquier clase que los graven. No obstante, la jurisprudencia no rechaza aplicar la dogmática de la venta de cosa ajena, admitiendo en ciertos casos en los que “todos tienen interés en la decisión” la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (STS de 14 de octubre de 1991, 3 de febrero de 2009, 26 de marzo de 2012). La reciente STS de 15 de enero de 2013, sin embargo, opta de nuevo por la validez de la venta, que se proyecta en el plano de su eficacia obligacional, sin alcanzar eficacia jurídico-real, pues para ésta resulta necesaria la tradición y dejando intactos los derechos de los copartícipes que no consintieron.

DECIMOQUINTA. Las situaciones de comunidad son concebidas como un resultado, que se produce cuando concurre alguno de los hechos o fuentes a los que se vincula el efecto comunitario. Se constituyen así sobre el entendido de su carácter “excepcional” respecto de la situación normal o ideal del poder jurídico real, que es la titularidad única. Esta es una de las razones por las que el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, buscan medios para poner fin cuanto antes a esta situación anómala, bien sea a través de los derechos de adquisición preferente, como el retracto del art. 1067 Cc, bien a través de las acciones de división, o bien concediendo a la autoridad judicial una *potestas* que busca el interés individual por encima del colectivo.

El Código Civil no contiene una enumeración de las causas generales o fuentes de extinción de la comunidad hereditaria, ni tampoco una ordenación sistemática de las formas de hacerla cesar, fuera de las normas que dedica a la partición en los artículos 1051 a 1081, de las normas procesales sobre división judicial de patrimonios de la LECiv, y de la remisión que el artículo 1051.2º hace a las causas de extinción de la sociedad del artículo 1700. Una enumeración de este tipo no se encuentra tampoco en los artículos 392 y siguientes, ni en los ordenamientos civiles territoriales.

La doctrina se ha esforzado en la elaboración de las causas generales, resultando en una enumeración que incluye normalmente, con las necesarias adaptaciones, las causas comunes de extinción de la propiedad, las propias del condominio ordinario y, por remisión del artículo 1051.2º Cc, las societarias, junto con algunas que podrían considerarse peculiares de la comunidad hereditaria, o que al menos, tienen pleno sentido en relación con esta figura.

Los derechos civiles de las Comunidades Autónomas con derecho propio, y en particular los de Aragón (arts. 365 a 372 CDF Arag), Cataluña (arts. 464-1 a 464-16 CCCat), Galicia (arts. 270 a 308 LDCG) y Navarra (leyes 331 a 345 CDF Nav), acogen disposiciones específicas en aspectos de la división hereditaria en los que el Código Civil guarda silencio o se confía al régimen de otros institutos.

DECIMOSEXTA. A pesar de regularse pormenorizadamente nuestro ordenamiento no ofrece un concepto legal de la partición y es lo cierto que ésta (artículos 1068 Cc

y 464-10 y 463.1º CCCat) se caracteriza principalmente a través de su efecto: hacer desaparecer la titularidad única proindiviso convirtiendo a cada uno de los coherederos en dueño exclusivo de los bienes y derechos que le corresponden, lo que afecta también al objeto de dicha titularidad, dado que la *pars quota* se transforma en *pars quanta*. Pero la partición no crea el título de adquisición —que esta constituido por el título mismo de heredero—, sino que lo complementa o especifica, aportándole los datos necesarios para su efectividad sobre bienes concretos, por lo que requiere siempre de un acto de destinación sucesoria.

Solo la partición determina la adquisición de la titularidad dominical exclusiva de los coherederos sobre los bienes, pues ni el testamento ni la declaración de herederos *abintestato* son títulos suficientes para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia y hasta tanto tenga lugar la partición, no pueden prosperar acciones que presuponen la cualidad de propietario de tales bienes, como las reivindicatorias o las tercerías de dominio, ni es viable la demanda de precario (STS 28 de febrero de 2013).

Aunque quepa la aceptación separada de la herencia por los distintos llamados, la adjudicación de los bienes en virtud de la partición requiere del consentimiento de todos los herederos, sin el cual no puede tener lugar transformación del derecho hereditario abstracto en un derecho concreto sobre los bienes del caudal hereditario, susceptible de ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad (Res. DGRN de 3 de marzo de 2014, confirmando una reiterada jurisprudencia).

No obstante, la partición no es la única forma de poner fin a la comunidad hereditaria, que puede tener lugar también por otras vías, algunas dependientes de la voluntad de los partícipes y otras ajenas a la misma. Es más, aún practicándose, tampoco produce en todos los casos la cesación de la comunidad (por ejemplo, por no alcanzar a la totalidad del patrimonio hereditario, o no ser definitiva), ni, aunque lo consiga, lo hace necesariamente por medio de la división de dicho patrimonio, pues a veces puede mantenerse tras su práctica la indivisión, incluso por ser esa la finalidad perseguida por los coherederos. Los conceptos de disolución y división de la comunidad hereditaria, aunque con frecuencia unidos, no se exigen mutuamente.

DECIMOSÉPTIMA. En atención a la persona o personas que tienen la facultad legal de practicarla o encomendarla, la partición puede llevarse a cabo por el testador, a través de actos *inter vivos* o *mortis causa* (arts. 1056.1 Cc, 464.4.1º CCCat, 368 CDF Arag, 274 LDCG y ley 338 CDFNav.), por sí o a través de partidor o albacea (art. 1057.1º Cc, 464-5 CCCat, 270 y 283 LDCG y leyes 340 a 344 CDFNav.), por el partidor dativo (art. 1057.2º Cc y ley 344.2º CDFNav), por medio de árbitros (art. 464-7º Cc y 10 de la Ley de Arbitraje), por los propios herederos (arts. 1058 Cc, 344 y 345 CDFN y 294 LDCG y 464-6.1º y 2º CCCat) o por decisión individual de cualquiera de ellos, a través del ejercicio de la acción de división que regula el artículo 1051 Cc, abriendo así la posibilidad del proceso de división judicial de la herencia (arts. 1059 Cc, 464-7.2º Cc, 270.4 LDCG, ley 345.3º CDFNav. y arts. 782 a 805 LECiv).

La facultad reconocida de hacer la partición por el propio testador (art. 1056 Cc) se considera actualmente no tanto como un poder individual de ordenación sucesoria de los bienes, sino como parte de un planeamiento general —familiar— de la sucesión de los bienes practicada a menudo de forma coordinada con el cónyuge, cuya motivación trasciende de la mera transmisión *mortis causa* de los mismos y responde a necesidades como las de la protección de menores e incapacitados o la sucesión de empresa.

La partición practicada de forma unánime por los coherederos no solo resulta preferente sobre la ordenada o encargada por el testador, sino que implica también una notable ampliación de su ámbito material que la aproxima a los actos dispositivos, ya que los coherederos pueden realizar actos particionales más allá de los propios divisorios.

DÉCIMO OCTAVA. La partición no implica siempre la extinción de la comunidad hereditaria. La voluntad del testador, o la común de los coherederos pueden disponer que la división alcance tan solo determinados bienes hereditarios dejando el resto del patrimonio indiviso y regido por las mismas reglas de la comunidad hereditaria, siendo entonces precisa la posterior división de los bienes no incluidos en el primer negocio.

La partición *parcial* es admitida asimismo en el derecho civil catalán, en el aragonés y en el gallego, que autorizan que las disposiciones o pactos de indivisión se refieran a toda la herencia, a una parte del caudal o solamente a bienes concretos de la misma. Puede darse incluso estando vigente una situación de indivisión, si bien entonces, se condiciona a la concurrencia de una “justa causa” sobrevenida que ha de ser apreciada judicialmente.

La partición de los bienes tampoco produce la extinción de la comunidad hereditaria cuando no es definitiva, sino provisional, esto es, cuando aún puede ser modificada y solo constituye situaciones pendientes de firmeza, como en las situaciones del heredero condicional, ausencia legal de un coheredero o discrepancia sobre la obligación o no de colacionar del art. 1050 Cc.

DÉCIMO NOVENA. La vía principal por medio de la cual el Código Civil favorece el cese de la indivisión hereditaria es el reconocimiento a todos los partícipes en la comunidad hereditaria que tengan la libre administración disposición de sus bienes de la facultad de pedir “*en cualquier tiempo la partición de la herencia*” (artículo 1052.1º Cc), como medio para obtener la titularidad exclusiva de los bienes y derechos que les correspondan en la herencia, o, cuando ello no es posible, su valor económico. El ejercicio de la *actio familiae erciscundae* incide fundamentalmente sobre el objeto, pues lo transforma, y tiene repercusión inmediata en el derecho que se tenía en cotitularidad. La acción se considera imprescriptible e irrenunciable, como acción de orden público (art. 1965 Cc, 121-2 CCCat y ley 41.3 CDFNav).

La facultad de instar la división se considera de carácter absoluto, sin que el Cc exija la expresión de causa o motivo para su ejercicio, ni haber intentado previamente un acuerdo o convenio para la división de los bienes. En consecuencia, las restricciones a

la misma se entienden como excepcionales, requiriéndose cumplida y clara prueba de las mismas (STS de 15 de abril de 2008). Sin embargo la doctrina ha señalado límites a esta facultad, y tiende a flexibilizar el requisito de la irrenunciabilidad, habiendo admitido la DGRN la inscripción de pactos que contienen renuncia a la acción, mientras subsista el destino que la propicia. Estos límites, aunque excepcionales, constituyen una de las vías principales a través de las cuales se hace efectivo, por medio de su apreciación judicial, el criterio de la protección del interés común de los copartícipes en la comunidad y la postergación temporal y motivada del particular de cualquiera de ellos.

Entre los límites generales figuran la buena fe y el abuso del derecho. La exigencia de la buena fe tiene lugar a través de la norma del art. 7 Cc y de la aplicación analógica del artículo 1705 Cc, establecido para la sociedad, que admite la disolución por voluntad o renuncia de uno de los socios pero, en éste último caso exige que se haga “*de buena fe, en tiempo oportuno*”. La declaración de mala fe en el ejercicio de la acción de división impedirá que la división —esa división— tenga lugar como consecuencia del ejercicio de la acción, pero no que pueda producirse por otra vía, y se entiende sin perjuicio de la obligación de indemnización de los daños y perjuicios causados.

En cuanto al abuso del derecho, es, según la jurisprudencia, un remedio extraordinario, de modo que no actúa abusivamente quien utiliza su derecho, conforme al apotegma jurídico “*qui iure suo utitur neminem laedit*” (STS 2 de junio de 2013), por lo que no resulta aplicable, a priori, cuando la actuación controvertida está cubierta por un precepto legal, como ocurre con la facultad divisoria reconocida en los artículos 1051 y 1052 Cc.

A nuestro juicio, la regla general del art. 1051.1º Cc no impide que el juez pueda, sobre la base de los preceptos mencionados, desestimar motivadamente el ejercicio de la acción si éste resulta arbitrario o contrario a la buena fe, e imponer la indivisión temporal de la herencia, en tanto subsista el motivo que lo justifica. En la apreciación de la buena fe debe tenerse en cuenta que ésta exige no solamente abstenerse de dañar, el interés de la comunidad, sino también el de ejercitar la acción divisoria en exclusivo beneficio propio. Ahora bien, la oposición al ejercicio de la acción ha de hacerse acreditando un perjuicio económico concreto y no sobre la mera alegación de inconveniencia o la expectativa de mayores ganancias.

Analogamente, entendemos que es posible considerar abusivo el ejercicio de la facultad de pedir la división, cuando, con todas las limitaciones señaladas, se ejercita de forma “anormal”, esto es, de forma contraria a su finalidad económico-social y a su misión típica, en perjuicio del interés común de los copartícipes —e incluso del propio—, con intención de causar una lesión o daño grave al patrimonio, y sin provecho para quien hace uso de esa facultad (o resultando éste desproporcionado con la lesión que se ocasiona al interés común), pues lo cierto es que esa facultad se concede y se protege solamente para su ejercicio “normal”.

La división del caudal hereditario queda, por otra parte, suspendida en los casos de indeterminación temporal de los herederos o de las cuotas que a los mismos corresponden. Así sucede, por ejemplo, en los casos de institución de heredero bajo condición

suspensiva, desconocimiento sobre si alguno de los llamados aceptará o repudiará la herencia, pendencia de un juicio de filiación o un expediente de adopción, duda sobre la supervivencia de uno de los llamados respecto del causante, y en los casos en que se espera el nacimiento de un concebido (art. 966 Cc) o llamado a la herencia, o se halla instituida una fundación en el testamento.

La nueva del derecho civil de Cataluña (artículo 464-2 CCCat), prevé algunos de los supuestos tradicionales de suspensión de la partición, pero atiende también a la evolución social introduciendo otros nuevos, como la voluntad del causante de permitir la fecundación asistida después de su muerte o la suspensión judicial como medida de protección de menores o incapaces, caso en que el artículo 552-10.3º permite ordenar, de forma razonada, la indivisión por un plazo no superior a cinco años.

VIGÉSIMA. Entre las limitaciones al ejercicio de la acción divisoria puede incluirse la que deriva de la indivisibilidad material de la cosa, a la que se refiere el artículo 401.1º del Cc, excluyéndose la división cuando la cosa resulta esencialmente divisible, al menos materialmente, en los términos del artículo 404 Cc. Una norma específica contiene el artículo 1062 Cc para la partición hereditaria, admitiendo, en defecto de acuerdo de adjudicación, la venta del bien en pública subasta.

En sede de partición, se equipara a la indivisibilidad esencial el desmerecimiento económico de la cosa, o lo que es lo mismo, su pérdida de valor como consecuencia de la división. Este desmerecimiento, ha señalado la STS de 8 de marzo de 2013, es un supuesto de indivisibilidad jurídica, y sigue el principio de que no puede quedar a la decisión de alguno de los comuneros el hecho de llevar a cabo una división física cuando ello comporta una notable depreciación económica del bien considerado en su conjunto.

VIGÉSIMOPRIMERA. La ley no establece un plazo máximo a la duración de la comunidad hereditaria, pero el testador o los coherederos pueden asegurar un periodo de indivisión a través de la exclusión del ejercicio del derecho a pedir la división de la herencia reconocida en los arts. 1051 y 1052 del Cc, si bien sólo durante cierto tiempo, variable en función de los distintos ordenamientos civiles territoriales. Y esta exclusión puede tener lugar también por otras causas, como la indeterminación de los coherederos, o de las cuotas, o el desarrollo de un proceso concursal.

Aunque el Código Civil no reconoce expresamente la posibilidad del convenio entre herederos en sede de división de herencia —a diferencia de los Derechos civiles autonómicos de Cataluña (art. 463-2 CCCat), Aragón (Artículo 365 CDF Arag) y Navarra (ley 331 del Fuero Nuevo)—, ésta encuentra en nuestro Derecho común fundamento en la libertad de pacto del art. 1255 Cc y resulta de la aplicación analógica del artículo. 400 Cc, que lo admite para la comunidad ordinaria. En nuestra opinión, el pacto de indivisión tiene en la comunidad hereditaria un sentido particular, pues puede no solamente servir a necesidades e intereses que, por cualquier causa, hagan inconveniente, en beneficio de la masa hereditaria, dejar la partición de la misma a la decisión

de uno cualquiera de ellos, sino que puede también ser útil para habilitar un periodo en el que se conozca y ordene la situación de los bienes, se realicen sobre los mismos los actos de administración o disposición necesarios, y se facilite una partición más ordenada, equitativa y beneficiosa para los intereses del conjunto de los coherederos. A diferencia de los Derechos civiles de Aragón (art. 365.2º CDF Arag) y Cataluña (art. 463.2 CCCat) el pacto no tiene que vincular necesariamente a todos los coherederos, ni impide a cualquiera de ellos salir de la comunidad mediante la disposición de su cuota.

Como nacida de pacto, esta convención cede, y es posible instar la división, fundamentalmente en dos casos: a) Cuando los coherederos acuerdan unánimemente que quede sin efecto el pacto de indivisión (“*contrarius consensus*”) y b) A instancia de cualquiera de ellos en el caso de que exista una razón o motivo justo que justifique poner fin al estado de indivisión pactado. Sin necesidad de concurrencia de estos supuesto, parte de la doctrina entiende que el pacto de indivisión no impide el ejercicio de la acción, incluso por alguno de los coherederos que lo suscribieron, si bien la eficacia del pacto se traducirá en la posibilidad de exigir daños y perjuicios a quien lo incumpla.

Para algunos autores, el pacto de indivisión durante un tiempo prolongado alcanzado por los coherederos durante la comunidad hereditaria, tiene por sí mismo la virtualidad de transformar su régimen jurídico, al revelar un elemento de confianza mutua entre los contratantes que justificaría la aplicación analógica del art. 1695 Cc y de las normas de la sociedad (SSTS de 16 de abril de 1942 y 21 de diciembre de 1965).

VIGÉSIMOSEGUNDA. La prohibición de dividir ordenada por el testador aparece recogida en el último inciso del art. 1051 Cc como una facultad que constituye una excepción al libre ejercicio del derecho a pedir la división, el cual queda temporalmente suspendido.

El precepto tiene un carácter restringido, dado que a) no puede imponerse a los herederos forzosos, salvo bajo la forma de *cautela socini*, puesto que constituye una forma de gravamen sobre su legítima; b) el propio Cc establece que, a pesar de la prohibición del testador, se puede pedir la división cuando sea de aplicación alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad; y c) no puede ejercerse arbitrariamente. Su naturaleza se asimila a la de las prohibiciones de disponer del art. 26 LH, por lo que la indivisión está sujeta a la expresión de una causa o motivo y tiene acceso al Registro de la Propiedad. d) La prohibición establecida por el testador ha de estar limitada siempre en el tiempo, bien por haberse señalado un plazo, bien porque el evento señalado (por ejemplo el fallecimiento del viudo o viuda) llegara necesariamente aunque se ignore cuando, bien por cesar el interés, la causa o el motivo que justifica la prohibición, siendo entonces admisible el ejercicio de la acción divisoria (pero no antes, porque entonces podría estimarse inoportuna o de mala fe, conforme al pfº. 2º del art. 1705).

A pesar de la falta de indicación de un plazo, es claro que ha de expresarse uno para ser eficaz, a menos que pueda deducirse de la causa o motivo de la prohibición (por ejemplo STS de 21 de diciembre de 2000).

En cuanto al *límite máximo del plazo para el testador*, a pesar de la diversidad de posiciones doctrinales, creemos que cuando el testador ha expresado la finalidad o motivo de la prohibición de dividir, debe respetarse hasta tanto se pueda considerar cumplida, o definitivamente frustrada, dicha finalidad, sin que la aplicación analógica del artículo 400.2º parezca procedente, por estar dictada para una indivisión de origen convencional que obedecerá, probablemente a distintos motivos y que, en todo caso, se aleja de naturaleza de la voluntad testamentaria. Por otra parte, el artículo 1700.2º, establece, la disolución de la sociedad “*Cuando se pierde la cosa o se termina el negocio que le sirve de objeto*”, otorgando relevancia a estos efectos al motivo o finalidad por el que se constituyó.

Aunque no lo establezca de forma expresa el art. 1051 c. c. sin embargo los artículos 331 FNNav, 463 CCCat y 365 CArag. enumeran posibles *causas o intereses justificadoras de la prohibición*, incluso de forma no exhaustiva, y haciendo amplia aplicación del criterio causal, de modo que se faculta al Juez para dejar sin eficacia la prohibición testamentaria de dividir en base a una “justa causa sobrevenida” (arts 365.3º CDF Arag y 463.3 CCCat) o a la “falta de utilidad de la indivisión”(ley 374 FNNav).

VIGÉSIMOTERCERA. El artículo 1051.2º, dispone que aún cuando el testador prohíba expresamente la división, ésta tendrá siempre lugar “*mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*”, a las causas previstas para la disolución de la sociedad civil en el artículo 1700 Cc en motivos para apreciar la ineficacia de la prohibición testamentaria de dividir la herencia, debido quizás a que, al prolongarse por la prohibición la situación de indivisión, se modera temporalmente el carácter transitorio de la comunidad y de algún modo se “estabiliza” por el tiempo señalado.

La aplicación de estas causas a la extinción de la comunidad hereditaria requiere un esfuerzo de interpretación. En ocasiones, como en los supuestos de expiración del plazo o pérdida del objeto que se recogen en los apartados a) y b) del precepto, la doctrina considera ociosa la remisión, por ser obvio que en el primer caso concluye la situación de indivisión forzosa y los coherederos pueden ejercitar de nuevo la facultad de instar la división del caudal, y en el segundo se extingue no solamente la comunidad, sino la propiedad misma.

En el caso del artículo 1707 Cc corresponderá al juez, como señala el propio precepto, la apreciación del justo motivo para decretar la ineficacia de la prohibición de dividir lo que obligará a apreciar la causa que la fundamentaba y si ésta persiste o por el contrario ha desaparecido y no basta ya, aunque no haya transcurrido el tiempo señalado para la indivisión, para justificar la restricción al libre ejercicio de la facultad divisoria.

VIGÉSIMOCUARTA. La comunidad hereditaria puede extinguirse manteniéndose indiviso el patrimonio, a través de mecanismos denominados a veces “*sustitutivos de la división*” ya sea a través de su transformación o de su sustitución por otra figura, de manera que la masa indivisa se mantiene en ese estado, pero se sujeta a distinto régimen jurídico, lo que puede ocurrir a través de la partición, que entonces no tiene por objeto su misión típica, sino la de novar o modificar la situación comunitaria existente. A este planteamiento pertenecen los supuestos de transformación de la comunidad hereditaria en una comunidad ordinaria, y de sustitución de la misma por otra figura, como la sociedad, civil o mercantil, a la que los coherederos aportan sus cuotas.

Cuando la extinción no particional tiene lugar en virtud de un medio negocial, su fundamento se encuentra en la autonomía que en nuestro derecho tienen reconocida los coherederos a la hora de hacer cesar, por cualquier medio, con o sin división del caudal hereditario, la comunidad hereditaria, creando “*una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan validamente atacarla*”. La actuación no ha de limitarse a los actos puramente particionales, ni tan siquiera divisorios, y es capaz, desde luego, de amparar una actuación particional que se encamina, no la plena individualización e independización de los derechos, sino a su concreción o materialización en cuotas, pero ahora cuotas concretas, sobre los bienes concretos, o en la utilización de estas cuotas como aportación a una figura jurídica como la de la sociedad.

Los supuestos de cesación no particional de la comunidad hereditaria son, no obstante, de difícil categorización, y no constituyen un elenco cerrado, pero en su mayoría pueden reconducirse a las causas de extinción de la propiedad y al elemento común de la ausencia sobrevenida de uno o varios sus elementos esenciales, esto es, a hechos que ponen fin a los bienes comunes o a la pluralidad de sus titulares. Podemos distinguir las siguientes fuentes o causas de extinción no particional de la comunidad hereditaria:

- A. Falta de la pluralidad de herederos, como ocurre cuando los coherederos fallecen sin sucesores o de otro modo salen de la comunidad hereditaria o se concentran en una mano de uno solo de los coherederos, o de un tercero, todos los derechos hereditarios, y también cuando se produce la prescripción adquisitiva a favor de uno de los partícipes, desapareciendo el soporte material de la comunidad. La concentración de las cuotas hereditarias puede también producirse en virtud de un acto unilateral por el que la totalidad de los coherederos renuncian a sus cuotas en la comunidad. Si lo hacen sólo alguno o algunos, su parte acrecerá a los no renunciantes), y si renuncian todos menos uno, se extinguirá la comunidad por falta de pluralidad subjetiva.
- B. Pérdida o destrucción de los bienes que integran el caudal hereditario, o por quedar éstos fuera del comercio. La pérdida o destrucción habrán de ser fortuitas, pues si se deben a la actuación de alguno o algunos de los coherederos, aunque la comunidad se extinguirá igualmente sobre la masa, surgirá en su lugar un derecho de crédito a favor de los copartícipes que no tuvieron parte en dichos actos. A la destrucción

del objeto se equipara el consumo íntegro por los copartícipes de la comunidad de los bienes que integran la masa hereditaria.

- C. Acuerdo de los coherederos de vender en bloque a un tercero los bienes en que consiste la masa patrimonial de la herencia —o, con frecuencia, la empresa familiar que constituye su objeto— cuando el precio de la venta se distribuye entre los coherederos, pues si la intención de los coherederos es mantenerlo en proindivisión, como objeto de la comunidad, ésta continuará sobre la contraprestación, que ocupa el lugar de la empresa por subrogación real, planteándose la cuestión de si queda entonces transformada en comunidad ordinaria.
- D. Agotamiento del caudal hereditario en el pago de deudas, siempre que los bienes hayan sido suficientes para pagar la totalidad de las deudas, pues en otro caso, si la herencia ha sido aceptada pura y simplemente, entonces subsiste una comunidad hereditaria que podemos calificar “*de pasivo*”, sobre una “*hereditas damnosa*” y la comunidad hereditaria deberá entonces permanecer respecto de la parte pasiva que no pudo ser cubierta con la activa por la responsabilidad “*ultra vires hereditatis*” de los coherederos.
- E. Acuerdo unánime de los coherederos dirigido específicamente a extinguir la comunidad.
- F. Transformación o sustitución de la comunidad hereditaria por otra figura, sin que ello implique división de la masa hereditaria.
- G. En los casos en que, por resultar las cosas que la integran indivisibles, o desmerecer mucho por su división, es inviable la formación de lotes, y se acuerda adjudicarlas a uno sólo de los coherederos, abonando éste el exceso en dinero (art. 1062.1º).

VIGÉSIMOQUINTA. Bajo las categorías de la transformación o conversión y sustitución de la comunidad hereditaria se incluyen habitualmente dos supuestos no previstos en el Cc que tienen en común, de un lado, la modificación o novación de las relaciones jurídicas entre los coherederos, frecuentemente por medio de una partición que no implica la adjudicación de titularidades exclusivas e independientes y, de otro, la permanencia de la situación de indivisión entre los copartícipes, a través de otras figuras y con sujeción a distinto régimen. Estos supuestos son los de adjudicación *pro indiviso* de los bienes hereditarios remanentes por los herederos, que convierte la comunidad hereditaria en convencional, aplicándose a cada una de las comunidades singulares sobre cada bien o derecho las normas de la comunidad ordinaria, y la constitución por los herederos de una sociedad, a la que aportan sus cuotas, desapareciendo la comunidad hereditaria por sustitución, lo que no resulta infrecuente cuando la comunidad hereditaria tiene por objeto una empresa o explotación que es preferible gestionar por ésta vía, siendo en este caso de aplicación en adelante las normas que regulan la sociedad.

A través de éstas figuras se busca el tránsito a otra forma jurídica, más estable y reconocida por el Derecho con un régimen jurídico propio y completo que permita, sobre todo, mantener unido el patrimonio para su mejor explotación, (aunque también pueden darse otras motivaciones, como la de hacer más fácilmente frente a las deudas), por lo que los pactos de constitución del régimen de copropiedad o de la sociedad pueden acompañarse de otros directamente relacionados con ese interés, como las previsiones para el caso de abandono de la comunidad antes de transcurrido el plazo de indivisión pactado la atribución a alguno o algunos de ellos de la dirección, administración y explotación de los negocios y de los demás bienes que pertenecían la herencia, el establecimiento de un salario a quienes han de encargarse de éstas funciones o el acuerdo sobre la forma de distribuir las ganancias.

VIGÉSIMOSEXTA. La transformación de la comunidad hereditaria en un conjunto de comunidades ordinarias puede tener lugar a través de varias vías y en distintos momentos: por disposición del testador (ien cuyo caso, los coherederos podrán modificar la disposición, a menos que expresamente lo hubiese prohibido, y siempre a salvo las legítimas.), por convención de los propios coherederos en el acto de partición que, si no les incluye a todos, será una partición parcial, y por disposición judicial, como consecuencia de la solicitud de división judicial del patrimonio hereditario, conforme al procedimiento previsto en la LECiv.

En ocasiones, la transformación se produce en el acto mismo de la aceptación de la herencia, con lo que la comunidad hereditaria no llega a nacer, razón por la cual la jurisprudencia ha señalado que en estos casos la posición de comunero deriva “*de una aceptación y adjudicación espiritual de unos bienes hereditarios*” (STS de 8 de marzo de 1999).

Cuando la transformación o conversión tiene lugar a través de actos dispositivos realizados por los coherederos durante la vigencia de la comunidad, la jurisprudencia, formulada en torno a la existencia o no de riesgo de lesión para el patrimonio del menor en el momento de la partición, ha señalado que la conversión que estudiamos supone, simplemente, la transformación de una comunidad de naturaleza germánica en otra de tipo romano, pero no implica trascendencia económica.

La transformación de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria requiere de una serie de requisitos: a) La jurisprudencia ha entendido que debe ser acordada unánimemente por los coherederos puesto que se trata de un acto dispositivo; b) Las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos sobre cada uno de los bienes han de señalarse de modo expreso en el acto de la partición. c) Las cuotas atribuidas en la comunidad ordinaria han de ser proporcionales a las cuotas hereditarias, a fin de mantener el equilibrio entre las “cuotas de participación” en la herencia y las “cuotas de partición”; d) Con frecuencia se señala que debe afectar no solamente a la totalidad de los sujetos, sino también a la totalidad del patrimonio, pues el patrimonio de la nueva figura está constituido, íntegramente por la suma de las cuotas que a los coherederos correspondían en la comunidad hereditaria, abarcando la totalidad de la masa. Entre ambas existiría, pues, plena identidad de sujetos y de objeto.

El acuerdo de transformación en comunidad ordinaria deja indiferente en cierto sentido la situación entre los coherederos, que se mantienen en indivisión, aunque con modificación del contenido de su titularidad, de las relaciones con los demás copartícipes y del régimen jurídico aplicable, y deja pendiente también una división posterior, que se practicará precisamente conforme a las normas de la división hereditaria de la cosa común, (art. 406 Cc) Surge entonces la cuestión de si esta forma de salir de la comunidad hereditaria, no constituye en realidad una operación más formal que real, e incluso si no resulta contraria a la finalidad propia de la partición, y si las operaciones divisorias no requieren una “unidad de acción”. La jurisprudencia se ha manifestado con frecuencia contraria a la perpetuación de la indivisión por esta vía, entendiéndola que desvirtúa la finalidad propia del proceso liquidatorio, pero lo ha hecho con referencia a los supuestos en que la liquidación de los gananciales se resuelve en la constitución de una comunidad ordinaria o por cuotas entre los cónyuges, apelando al significado y finalidad de la partición para señalar que no debe favorecerse el que la comunidad consensual se perpetúe después en una comunidad romana por cuotas.

Sin embargo, creemos que la solución ha de ser distinta para el caso de conversión de la comunidad hereditaria en un conjunto de comunidades ordinarias, que es aceptada por doctrina y jurisprudencia como posible resultado de la partición (STS de 20 de octubre de 1992), la cual, por otra parte, como declara la STS de 26 de enero de 2012, no es sólo una operación poco más que aritmética, sino que debe conjugar los intereses de cada coheredero económicos, humanos y familiares de la mejor manera posible.

VIGÉSIMOSÉPTIMA. Los coherederos pueden también acordar la sustitución de la comunidad hereditaria por una sociedad, civil o mercantil, a cuya constitución aportan sus respectivas participaciones en la herencia. Se extingue entonces la comunidad hereditaria por sustitución, al surgir en su lugar una nueva persona jurídica, de carácter societario, cuyo patrimonio estará formado por los bienes y derechos que integraban la masa hereditaria indivisa, a la que se incorporan como socios los propios coherederos, y a la que resultarán de aplicación las normas de la sociedad civil o mercantil.

La sociedad establece una nueva persona jurídica, orientada a la obtención de un lucro partible que sustituye plenamente a la comunidad hereditaria, al recibir su íntegro patrimonio, dando lugar a nuevas relaciones entre los aportantes y a una forma distinta de gestión del patrimonio. Los coherederos serán socios en la proporción correspondiente a sus derechos hereditarios y en esa misma medida participarán en la gestión del patrimonio social.

En el consentimiento de los coherederos para la constitución del ente social está inmersa la llamada *affectio societatis*, que habrá de ser expresada de forma unánime, pues además del elemento intencional que actúa como causa específica del contrato, es también el elemento fundamental que está en la base de la novación extintiva que produce el cese de la comunidad hereditaria y su sustitución por la nueva figura. Ahora bien, aunque la sociedad constituye una nueva persona jurídica, distinta de la comunidad hereditaria, no está completamente desconectada de ésta, ya que, desde el punto de vista subjetivo, se da entre las mismas personas que constituían la comunidad here-

ditaria y se debe a su voluntad negocial, y desde el punto de vista objetivo, asume su patrimonio.

La cuestión está ligada a la muy debatida de la naturaleza jurídica de la aportación social, cuyo interés práctico radica en si la aportación implica o no un acto de traslación dominical de los bienes a favor de la sociedad. Aunque resulta difícil ofrecer una solución única, entendemos que los copartícipes en la comunidad hereditaria realizan un acto dispositivo o de enajenación y, por lo tanto, pierden al constituir la sociedad el dominio sobre los bienes, que pasan a ingresar en el patrimonio de la sociedad, la cual se hace titular exclusiva —no cotitular— de los mismos, sin que quepa entender, sobre la base de la identidad de sujetos, que se realiza una cesión por título distinto, como la del uso de los mismos.

Continuar en la indivisión de los bienes, aunque ahora con la referencia de un régimen específicamente ordenado a su rentabilidad es, a nuestro juicio, una manera de darle continuidad desde un plano objetivo y subjetivo, pero eliminando los elementos que hacen de la situación de comunidad hereditaria una situación “inestable” o en excesiva dependencia de la voluntad de los sujetos considerados individualmente.

VIGÉSIMOCTAVA. La orientación al tráfico comercial de la *sociedad civil*, aunque no está excluida de la comunidad ordinaria, es típica de la sociedad y hace de ésta una figura adecuada a los supuestos de continuación por los coherederos de un negocio que constituía el elemento único o principal del patrimonio hereditario, pero también, a su constitución *ex novo*. Dicha opción responderá, a menudo, a la necesidad de dotar de estabilidad patrimonial y de gestión al negocio, sobre todo haciendo desaparecer la facultad de instar libremente la división. Y ello tanto si los coherederos constituyen la sociedad con el fin de colaborar de forma duradera en una actividad encaminada a la obtención de un lucro como si la constituyen para desenvolver un negocio u objeto concreto, lo que admite el art. 1700.2º Cc.

El contrato de sociedad civil es por su naturaleza esencialmente temporal, por lo que lo normal será que los coherederos, convengan para la misma un plazo —o un evento establecido como término final— en el que pueda realizarse el objeto, sin que puedan vincularse los bienes de forma indeterminada, indefinida o siquiera más allá del tiempo que razonablemente requiera aquel, bajo sanción de nulidad del contrato.

La sociedad constituida por los coherederos, de ser civil, será particular, en atención a la distinción que realizan los artículos 1673 y 1674 Cc y no universal o “de todos los bienes presentes”, puesto que, a través de las cuotas, se aporta a la sociedad la totalidad del activo hereditario, pero existe identidad material entre este patrimonio y el de la sociedad que se constituye, por lo que no se incorporan a éste otros bienes pertenecientes a los coherederos, ni mucho menos “todos los que actualmente les pertenecen” como señala el art. 1673 Cc.

VIGESIMONOVENA. La voluntad de los coherederos de organizar los medios existentes en el patrimonio hereditario bajo la forma de una empresa puede también revestir la forma de una *sociedad mercantil* legalmente constituida.

La constitución de la sociedad cuando, en el supuesto más habitual, se trate de sociedades de capital, se realizará normalmente en el acto particional, por medio de un contrato entre los coherederos. Las formalidades de constitución exigirán por parte de aquellos el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil (art. 20 TRLSC), acto éste último que determina para la sociedad la adquisición de la personalidad correspondiente al tipo social elegido (art. 33 TRLSC). Con los solos límites de la oposición a las leyes o la contradicción con los principios configuradores del tipo social elegido, el TRLSC (artículo 24) permite a los socios establecer en la escritura y en los estatutos, los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente, si bien, como señala el artículo 29 del TRLSC, aquellos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad. Éste es el margen en el que los coherederos pueden actuar para mantener los pactos que vinieren observando en cuanto a la gestión, administración y representación del patrimonio, o establecer unos nuevos, más adecuados a la naturaleza propia de la sociedad mercantil, lo que implica que los bienes habrán de integrarse en una estructura de carácter empresarial, con una organización propia y específicamente orientada al comercio.

TRIGÉSIMA. Pueden plantearse supuestos en los que la comunidad hereditaria, sin haber cesado formalmente por ningún medio, se haya transformado, de modo que, lo que en realidad funciona es una *sociedad irregular, civil o mercantil*, o un estatuto propio, convenido por los propios coherederos, que se aparta en mayor o menor medida de las normas que rigen la comunidad hereditaria, o incluso, las sustituye.

Con frecuencia se está ante supuestos de gestión de un negocio o explotación que forma parte de la comunidad hereditaria, que se mantiene por los coherederos bajo la forma de una sociedad irregular, que puede ser tanto civil como mercantil, en función de la naturaleza de las actividades que desarrollan (con la excepción de las sociedades anónimas y limitadas que son mercantiles cualquiera que sea su objeto (art. 2 del TRLSC).

La sociedad constituida por los coherederos en sustitución de la comunidad hereditaria se calificará de irregular cuando permanezcan completamente ocultas al tráfico o hayan cumplido alguna o algunas de las formalidades necesarias para la constitución de una sociedad, pero no todas, aunque lo cierto es que la apreciación de la existencia de una sociedad civil irregular no tiene perfiles claros, debido a que como regla general, no está sujeta a la adopción de una forma específica. Lo que caracteriza la falta de personalidad de la sociedad es el hecho de no revelarse externamente como tal sociedad, de modo que los socios contratan en su propio nombre, (STS de 12 de diciembre de 2003), de modo que la sociedad civil producirá efectos frente a terceros con que ella contraten, cuando sea conocida por los mismos.

Es mercantil irregular la sociedad cuando habiéndose otorgado escritura pública de constitución, no se ha inscrito en el Registro Mercantil, o cuando siendo mercantil por su objeto, ni siquiera se ha otorgado la escritura. Al contrario de lo que ocurre con la sociedad civil irregular (STS de 20 de mayo de 2005) en la mercantil irregular, no hay comunicación sobre estos bienes ganados. Todos los socios, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía (art. 127 Cco), y la misma responsabilidad está prevista también en el TRLSC de 2010 para la sociedad en formación.

La disolución de la sociedad irregular, civil o mercantil habrá de practicarse, a pesar de la transformación de la comunidad hereditaria, conforme a sus reglas, por virtud de las diferentes remisiones normativas.

TRIGESIMOPRIMERA. Finalmente, la comunidad hereditaria puede extinguirse sin un acto formal de cesación cuando los propios coherederos, sobre la base de la libertad de organización que les corresponde, han convenido un estatuto propio, que se distancia en mayor o menor medida de las normas que rigen la comunidad hereditaria, o incluso, las sustituye, pero sin formalizar la constitución de una nueva figura, sujeta a distinto régimen jurídico. En estos casos, estaríamos ante una modalización que, en atención a las necesidades e intereses de los coherederos, se aparta del régimen propio de la comunidad. Cuando se llega hasta el punto de que la priva de su fisonomía propia— lo que resulta facilitado por la ausencia de una regulación completa y sistemática de la misma— y puede entenderse constitutiva de una figura distinta, comunitaria o asociativa, habrá que examinar los pactos o acuerdos y el régimen resultante, para verificar si se aproxima a alguna de estas figuras (como una comunidad de bienes, una sociedad, u otras figuras, incluso carentes de personalidad, como la asociación de interés económico) y si procede aplicarles su régimen jurídico,

Bibliografía y recursos electrónicos

[Nota] Las referencias bibliográficas se han elaborado de acuerdo con la norma UNE-ISO 690:2013 Información y documentación. Directrices para la redacción de referencias bibliográficas y de citas de recursos de información.

- [1] ABELLA RUBIO, José María. *La división de la cosa común en el Código Civil*. Madrid: Dykinson, 2003.
- [2] ACEBES CORNEJO, Raúl. Las obligaciones de hacer y de no hacer en la sucesión *mortis causa*. *Revista Jurídica del Notariado*, 2005, 53, 9-94.
- [3] ACOSTA CASCO, Natalia y AGOSTINO GIRALDEZ, Sol. Responsabilidad tributaria por sucesión *mortis causa*. *Revista Tributaria*, 2011, 221, 193-209.
- [4] ABRIL CAMPOY, J. M. La configuración de la comunidad hereditaria en el Código de Sucesiones. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993, 4 (92).
- [5] ALBALADEJO GARCÍA, M. Derecho de Sucesiones. En: *Curso de Derecho Civil*. vol. 5. Edisofer, 2004.
- [6] ALBADALEJO GARCÍA, M. La adquisición de la herencia en el derecho español. *Anuario de Derecho Civil*, 1955, 1 (8), 3-30.
- [7] ALBADALEJO GARCÍA, M. La enajenación de la herencia en el Derecho español. *Revista de derecho privado*, 1978, 2 (62), 1-11.
- [8] ALBADALEJO GARCÍA, M. El arbitraje testamentario. *Actualidad Civil*, 1990, 77-91.
- [9] ALBADALEJO GARCÍA, M. La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición. *Anuario de Derecho Civil*, 1967, 3 (20), 481-514.
- [10] ALBADALEJO GARCÍA, M. La partición realizada por el testador debe llevar a la práctica el acto dispositivo. En: *Estudios de Derecho Civil*. Barcelona: Ed. Bosch, 1955.
- [11] ALBIOL MARÉS, Pere. *Comentarios al código de sucesiones de Cataluña*. Jou i Mirabent, Lluís(coord.). Barcelona: Bosch, D. L. 1994.
- [12] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José. *El enriquecimiento sin causa*. 3ª ed. Granada: Comares, 1993.
- [13] ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián y ZUBIRI DE SALINAS, Fernando (dirs.). *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- [14] ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián. La partición judicial. *Manuales de formación continuada*, 2008, 47, 859-906.

- [15] *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Boletín Oficial del Estado. 2013, 3 vols. Madrid: BOE, 2011-2013.
- [16] ARANGIO-RUÍZ, Vincenzo. *Instituzioni di Diritto Romano*. Napoli: Jovene e. c, 1921-23.
- [17] ARANGIO-RUÍZ, Vincenzo. Il nuevo Gaio. Discussioni e revisioni. En: Bull. Ist. Dir. Rom. vol. 42. Roma, 1934
- [18] ARANGIO-RUÍZ, Vincenzo. Le Genti e la città, II. *Anuario Univ. Messina*, 1913, 14.
- [19] ARROYO I AMAYUELAS, Esther. La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, 1.
- [20] ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Sobre la interversión posesoria. (Notas al art. 436 del Código Civil). En *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Murcia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1989, 33-60.
- [21] AUBRY y RAU. *Cours de Droit Civil Français*. París, 1871, t. 9.
- [22] BACH, L. *Droit civil*. 5ª ed. París: Editions Sirey, 1998, t. 2.
- [23] BADENES GASSET, R. *El contrato de compraventa*. Barcelona: Bosch, 1995. t. 2.
- [24] BADENES GASSET, R. *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (Tanteo, Retracto, Opción)*. Barcelona: Bosch, 1958.
- [25] BADÍA SALILLAS. Notas civiles y registrales sobre la extinción del condominio con cuotas gravadas. *BCNR*, 1988, 247.
- [26] BALLESTER GINER, E. *Derecho de Sucesiones, Aspecto civil y fiscal*. 2ª ed. Madrid: Edersa, 1989.
- [27] BARBERO, Domenico. *L'universalità patrimoniali*. Milano: Giuffré Ed., 1936.
- [28] BARRIO GALLARDO, Aurelio. Nuevas Perspectivas de la Aceptación Hereditaria «Tácita» en Aragón (Una reflexión crítica a propósito del art. 35.1 a) de la Ley 1/1999, de 24 de febrero). *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2007, 13, 113-131.
- [29] BARRIO GALLARDO, Aurelio. *La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre el caudal*. [Madrid]: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, [2007].
- [30] BAYO DELGADO, Joaquín. *Comentarios de la LEC. Procesos especiales: Guía Práctica de la LEC*. Magro Servet, Vicente (coord.). 4ª ed. Madrid: La Ley, 2002.
- [31] BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, José. La comunidad de bienes en el Derecho español. *Revista de Derecho Privado*, 1954
- [32] BELTRÁN DE HEREDIA, C. Sucesiones: acción de petición de herencia. Comunidad hereditaria: actos de disposición. Prescripción adquisitiva de bienes hereditarios. Comentario a la STS de 24 de julio de 1998. *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, 2.
- [33] BELLO JANEIRO, Domingo. *El plazo de la acción de retracto legal*. Valencia: Sedavi, 1995.
- [34] BELLO JANEIRO, Domingo. *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*. Navarra: Aranzadi, 2009.

- [35] BENAVENTE MOREDA, Pilar. Comentario a la STS 14 de marzo de 1994. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1994, 36, 859-872.
- [36] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Pamplona: Aranzadi, 2001.
- [37] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Pamplona: Aranzadi, 2011.
- [38] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- [39] BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Manual de Metodología Jurídica*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2004, vols. 1-4.
- [40] BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *La herencia y las deudas del causante*. Granada: Comares, 2008.
- [41] BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. La venta de cosa común por uno de los comuneros. *Rev. Actualidad Civil*, 2014, 2, 162-175.
- [42] BIONDO, Biondi. *Diritto ereditario romano: Parte Generale*. Milan: Giuffrè, 1954.
- [43] BIONDO, Biondi. La dottrina giuridica della *universitas* nelle fonti romane. *BIDR*, 1958, 61.
- [44] BIONDO, Biondi. *Universitas e Successio*. En *Studi in Onore di Pietro de Francisci*. vol. IV. Milano, 1956.
- [45] BINDER, Julius. *Derecho de Sucesiones*. Lacruz Berdejo (trad.). Madrid: Editorial Labor, 1953.
- [46] BLANCH NOUGUÉS, J. M. *Régimen Jurídico de las Fundaciones en el Derecho Romano*. Madrid: Dykinson, 2007.
- [47] BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. No se puede exigir el certificado sucesorio para inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes heredados de un causante alemán. *Diario la Ley*, 2014, 8262.
- [48] BLANQUER UBEROS. Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, la familia y sucesiones. *Estudios de Derecho Judicial*, 2004, 59.
- [49] BOEHMER. Erbrecht. En NIPPERDEY-SCHEUNER, Neumann (dir.). *Die Grundrechte*. vol. II. 1954.
- [50] BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii I: Famiglia e successione*. Torino, 1916
- [51] BONFANTE, Pietro. La successio in universum ius” e “l’universitas” y “La formazione scolastica della dottrina dell’universitas, vol. 1, *Scritti iuridici varii*. Torino: Unione Tip-De. Torinese, 1912.
- [52] BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*. Milán, 1963.
- [53] BOSCH CAPDEVILA, Esteve. La indivisión. En GETE ALONSO, M. C. (coord.) *División de la comunidad de bienes*. Barcelona: Atelier, 2012, 53-75.
- [54] BOTANA GARCÍA, G. A. Estudio comparado de los regímenes jurídicos español y suizo relativo a las situaciones de cotitularidad en el derecho de propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, 629, 1309-1346.

- [55] BRIOSO ESCOBAR, E. L. Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división. *Revista de Derecho Notarial*, 1980, 107, 7-116.
- [56] BULLO, L. Partecipazioni sociali e pluralità di eredi. *Rivista di Diritto Civile*, 2010, 2, 177-225.
- [57] BUSTO LAGO, José Manuel. *Derecho de Sucesiones, legislación, comentarios y jurisprudencia*. Navarra: Aranzadi, 2007.
- [58] CABALLÉ MARTORELL, Anna María. *Derecho de sucesiones y proceso civil romano*. Universidad Oberta de Catalunya, 2002.
- [59] CABELLO DE LOS COBOS, Luís María. Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en el derecho español: Comentarios a varias Resoluciones de la DGRN. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, 596, 237-338.
- [60] CALVO y CARMINA, P. Cuestiones prácticas: Retracto de coherederos. *Revista de derecho privado*, 1915.
- [61] CALATAYUD SIERRA, Adolfo. El arbitraje testamentario desde el Derecho aragonés, *RCDA*, 2012—XVIII. 163-184.
- [62] CAMPOY, Juan Manuel. La configuración de la comunidad hereditaria en el código de sucesiones. *Revista jurídica de Catalunya*, 1993, 4, 33-45.
- [63] CAPILLA RONCERO, F., *La sociedad civil*. Verdera, Evelio y Tuells (dirs.). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1984, nº 39.
- [64] CAPILLA RONCERO, F. *Derecho civil: derechos reales y derecho inmobiliario registral*. Clemente Meoro, Mario E. (coord.); Montés Penadés V. L. (aut.)... [et al.]. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- [65] CAPILLA RONCERO, F. Comentario a los artículos 1705 y 1706 Cc. En ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, Silvia (coords.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa, 1986, t. 21, vol. 1.
- [66] CARRASCO PERERA, Francisco. Comentario al artículo 1122 del Código Civil. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, vol. 6.
- [67] CASADO ROMÁN, Javier. La nueva regulación comunitaria en materia de sucesiones. *Actualidad Civil*, 2013, 2.
- [68] CASEY, James. Familia, organización socio cultural y relaciones de poder. En CHACÓN JIMÉNEZ, Fco. y BESTARDS, Joan (coords.). *Familias: historia de la sociedad Española (del final de la Edad Media a nuestros días)*. Madrid: Cátedra, 2011, 81-106.
- [69] CASINOS MORA, Fco. Javier. *De hereditatis petitione: estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*. Madrid: Dykinson, 2006.
- [70] CASTÁN TOBEÑAS, J. Derecho Civil español, común y foral, Derecho de sucesiones, vol. 1, *La sucesión en general*. 8ª ed. Madrid: Reus, 1978.
- [71] CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen. Aspectos jurídico-privados del fenómeno comunitario. Diversas situaciones de cotitularidad de bienes y derechos. *Revista Arbor*, 2000, (165) 652, 613-637.

- [72] CASTRO SÁENZ, Alfonso. *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2002.
- [73] CASTRO SÁENZ, Alfonso. *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 1998.
- [74] CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. José. La insolvencia del deudor en el concurso de la herencia en la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio, y en la repudiación de la herencia en fraude de acreedores. En CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picazo*, vol. 4. Madrid: Civitas, 2002, 5159-5176.
- [75] CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. José. *El concurso de la herencia*. Barcelona: Reus, 2007.
- [76] CERDÁ GIMENO, José. *Pactos Sucesorios: del porqué de su prohibición y su aplicación en la práctica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- [77] CERVILLA GARZÓN, M. Dolores. Los acreedores del causante antes de la partición: responsabilidad de los coherederos. *Actualidad Civil*, 2013, 1.
- [78] CICU, Antonio. *Succesioni: Parte Generale*. González Porras, J. M. (trad.). Barcelona: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964.
- [79] CICU, Antonio. *La divisione ereditaria*. Milano: s.e., 1948.
- [80] CICU, Antonio. La Filiazione. En: *Trattato de Vasalli*, 1954.
- [81] CIMBALI, E. *La nueva frase del derecho civil: en sus relaciones económicas y sociales*. Esteban García, Francisco (trad.). Madrid: Est. tip. Sucesores de Rivadeneyra, 1893.
- [82] CLEMENTE MEORO, M. La comunidad hereditaria. En LÓPEZ y LÓPEZ, MONTÉS y ROCA, (coords.). AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de sucesiones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- [83] COBACHO GÓMEZ, José Antonio. El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero). *Derecho Privado y Constitución*, 1994, 3, 267-296.
- [84] COLIN et CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil*. De Buen, Demófilo (trad.). Madrid, 1947, t. 7.
- [85] COLINA GAREA, Rafael. Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 2002, 6, 237-262.
- [86] COLINA GAREA, Rafael. La legitimación para promover la división judicial de la herencia. Problemas sustantivos y procesales. En ABRIL CAMPOY, Juan Manuel; AMAT LLARI, Maria Eulalia (coords.). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, 2006, vol. I, 933-962.
- [87] COLINA GAREA, Rafael. La participación de la herencia en la ley del derecho civil de Galicia: especial referencia a los artículos 165 y 166 LDCG. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000, 4, 109-134.
- [88] CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús. Comentarios a los artículos 1051 a 1055. En SIERRA GIL de la CUESTA, Ignacio (coord.). *Comentarios al Código civil*. t. 5. Barcelona: Bosch, 2000.
- [89] COROMINAS, J. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Madrid: Gredos, 2010.
- [90] COSTAS RODAL, L. *La ineficacia de la partición de la herencia*. Madrid: Dykinson, 2005.

- [91] CUTILLAS TORNS, José M. *La partición parcial de la herencia y su impugnación por lesión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- [92] CUTILLAS TORNS, José M. *El retracto legal de coherederos*. Albolote (Granada): Comares, 2000.
- [93] CHAMORRO PIÑERO, S. Los derechos hereditarios. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1941, 325-331.
- [94] CHICO Y ORTIZ, J. M^a. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. 2^a ed. Madrid: Marcial Pons, 1989, t. 2.
- [95] DE BUEN, Demófilo. *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*. Madrid: Reus, 1922-1928.
- [96] DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas, 1984.
- [97] DE COSSIO, A. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1988, vol. 2.
- [98] DE LA CÁMARA, F. Inscripción del derecho hereditario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1926, 20, 558-567.
- [99] DE LA CÁMARA, F. El derecho hereditario in abstracto. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1926, 19, 490-507.
- [100] DE LA CÁMARA, F. Comentario a los artículos 1082 a 1087 del Código Civil. En: *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*. Madrid, 1991, t. 1.
- [101] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Compendio de Derecho sucesorio*. 3^a ed. act. por Antonio De la Esperanza Martínez-Radío. Madrid: La Ley, 2011.
- [102] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. Comentario a los artículos 1051 a 1087 Cc. En Paz Ares, Cándido; Díez-Picazo, Luís; Bercovitz, Rodrigo y Coderch, Pablo Salvador (coords.). *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, vol. 1.
- [103] DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P. Perspectiva de la legítima: Notas para una posible revisión. En *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2002, vol. 1, 1097-1116.
- [104] DE LA OLIVA, Andrés. *Lecciones de Derecho procesal*. Barcelona: PPU, 1997, vol. 5.
- [105] DE LOS MOZOS, José Luís. La partición de herencia por el propio testador. *Revista de Derecho Notarial*, 1960, 27, 99.
- [106] DE LOS MOZOS, José Luís. La sucesión *abintestato* a favor del Estado. *Anuario de Derecho Civil*, 1965, 2(8), 393-434.
- [107] DE LOS MOZOS y TOUYA, JUAN I. La anotación preventiva del derecho hereditario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, 553 (58), 1423-1504.
- [108] DE LOS MOZOS Y TOUYA, JUAN I. y DE LOS MOZOS Y TOUYA, Antonio M^a. Comentario al artículo 42-6^o de la Ley Hipotecaria. En: Albaladejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (coords.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. EDERSA, 2000, t. 7, vol. 5.
- [109] DE LOS MOZOS y TOUYA, JUAN I. Comentario al artículo 46 de la Ley Hipotecaria. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. EDERSA, 2000, t. 7, vol. 5.

- [110] DEL POZO CARRASCOSA, P. La partición de la herencia. En GETE ALONSO, M. C. (dir.). *División de la comunidad de bienes*. Barcelona: Atelier, 2012.
- [111] DEGENEFTE FUENTESECA, Margarita. *La Formación romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas y causa possessionis)*. Madrid: Dyckinson, 2004.
- [112] DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte. En: *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006.
- [113] DÍAZ FRAILE, Juan María. El Reglamento Sucesorio europeo: El principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la *lex rei sitae*. Especial referencia al certificado sucesorio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Monográfico sobre Derecho Privado de la Unión Europea, 2014, 741, 67-111.
- [114] DÍAZ FUENTES, Antonio. *División de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial: arts. 782 a 811 de la nueva LEC*. Barcelona: Bosch, 2001.
- [115] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luís. *La representación en el Derecho privado*. Madrid: Civitas Ediciones, 1979.
- [116] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luís. La doctrina del enriquecimiento injustificado. En: *Discurso leído el día 14 de diciembre de 1987 en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: y contestación de D. Manuel de la Cámara Álvarez*. Madrid: Real academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987.
- [117] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luís. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*. Madrid: Tecnos, 1976, vol. 3.
- [118] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luís. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas, 2009, vol. 2.
- [119] DÍEZ-PICAZO, PONCE DE LEÓN, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. Sistema de derecho Civil. En *Derecho de Sucesiones*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2001, vol. 5.
- [120] DÍEZ SOTO, Carlos Manuel. La sucesión hereditaria en la empresa familiar. En: SÁNCHEZ RUÍZ, M. (coord.) *Régimen jurídico de la empresa familiar*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, 141-165.
- [121] DÍEZ SOTO, Carlos Manuel. Comentario a los artículos 1052 a 1055 Cc. En: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (coords.). *Código Civil comentado*. Pamplona: Aranzadi, 2011, vol. 2.
- [122] DÍEZ SOTO, Carlos Manuel. La partición realizada por el propio testador. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. BLASCO GASCÓ, F. de Paula (coord.), vol I. Tirant lo Blanch, 2011. 879-896.
- [123] DÍEZ SOTO, Carlos Manuel. *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*. Madrid: Dyckinson, 2000.
- [124] DOMÍNGUEZ REYES, Juan. *La Transmisión de la herencia*. Barcelona: Atelier, 2010.
- [125] DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.). *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

- [126] DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.). *Comentarios a La Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova, 2013.
- [127] DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. División judicial de la herencia. En *Acciones civiles*. Eugenio Llamas Pombo (dir.), vol I. Madrid: La Ley, 2013, 631-738.
- [128] DURÁN RIVACOVA Y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora. La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante. En: *Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones, Presente y Futuro*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006.
- [129] ECHEVARRIA SUMMERS. *Comentarios al Código Civil*. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011.
- [130] EIRANOVA ENCINAS, E. *Código Civil alemán Comentado*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- [131] ESCALER BASCOMPTE, Ramón. *La Administración Judicial*. Barcelona: Atelier, 2004.
- [132] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La sucesión contractual en el Código civil*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1999.
- [133] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. Comentario a los artículos 1051 a 1087 Cc. En: BERCOVTZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- [134] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador: Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999. *Anuario de Derecho Civil*, 2000, 1(53), 269-296.
- [135] ESPÍN ALBA, Isabel. *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- [136] ESPÍN CANOVAS, Diego. Tres problemas del Derecho sucesorio español. En: *Cien Estudios Jurídicos del profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1998, vol. 2.
- [137] ESPINAR LAFUENTE, F. *La herencia legal y el testamento*. Barcelona: Bosch, 1956.
- [138] ESTRUCH ESTRUCH, J. *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1998.
- [139] FARIAS BATLLE, Mercedes. *La irregularidad de la sociedad de capital. Aspectos societarios y registrales*. Granada: Comares, 2001.
- [140] FARIAS BATLLE, Mercedes. *La sociedad irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (1970-1992)*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1993.
- [141] FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita. Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código Civil Español. *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 1992, 10, 243-274.
- [142] FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, 49, 93-116.
- [143] FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús. Comunidades de bienes y sociedades civiles para empresa. La sociedad irregular. *Boletín Jado*, 2011, 22, 55-131.

- [144] FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M. C. Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1994. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1994, 35, 431-442.
- [145] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Inés. *Aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima*. Pamplona: Aranzadi-Comillas, 1997.
- [146] FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual. *Problemas de la transmisión de la herencia familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, 1999.
- [147] FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual. *Tratamiento jurídico de la empresa familiar durante la comunidad hereditaria*. Valencia: Universitat de València, Servei de Publicacions, 1997.
- [148] FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Teoría General de la Sucesión Legítima y Contractual*. Albolote (Granada): Comares, 2007.
- [149] FERRANDIS VILELLA. *La comunidad hereditaria*. Barcelona: Bosch, 1954.
- [150] FERRER VICENTE, José María. *Concurso de persona física y concurso de herencia en el Nuevo Derecho Concursal*. Tirant Lo Blanch, 2012.
- [151] FONT SEGURA, Albert. La sucesión hereditaria en Derecho interregional. *Anuario de Derecho Civil*, 2000, 1 (53), 23-82.
- [152] GALICIA AIZPURUA, Gorka. Algunas cuestiones procesales y sustantivas en torno al procedimiento para la división judicial de la herencia, la intervención del caudal relicto y su administración. En: *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*. Madrid: Dykinson, 2005, 97-136.
- [153] GALICIA AIZPURUA, Gorka, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, et al. *Estudio Sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un Nuevo Régimen*. Guipúzcoa: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2011.
- [154] GALICIA AIZPURUA, Gorka, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, et al. *Algunas cuestiones procesales y sustantivas en torno al procedimiento para la división judicial de la herencia, la intervención del caudal relicto y su administración*. Madrid: Dyckinson, 2005.
- [155] GARCÍA AMIGO, M. Derechos reales de adquisición. *Revista de derecho privado*, 1976, 2 (60), 99-130.
- [156] GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo. Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo. *Revista de Derecho Notarial*, 1965, 50(49).
- [157] GARCÍA-GALLO DE DIEGO, Alfonso. El problema de la sucesión *mortis causa* en la Alta Edad media española. En: *Estudios de Historia del derecho Privado*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1982, 178-206.
- [158] GARCÍA GARCÍA, José Manuel. La sucesión *mortis causa* como fenómeno complejo y los criterios de distinción entre heredero y legatario: legatario de parte alícuota, heredero de cosa cierta y distribución de toda la herencia en legados. En: *Libro Homenaje a Jesús López Medel*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 1999, 405-466.
- [159] GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Comunidad hereditaria y constitución de sociedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, 493, 1355-1374.
- [160] GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Código de Legislación Hipotecaria y del Derecho Mercantil*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1990.

- [161] GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Dyckinson, 2006.
- [162] GARCÍA GRANERO, J. Cotitularidad y comunidad gesammte Hand o comunidad en mano común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, 214, 145-157.
- [163] GARCÍA HERRERA, Vanessa. La sucesión en la empresa familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, 726, 1927-1959.
- [164] GARCÍA-MONJE MARTÍN, J. La partición de la herencia. *Revista de derecho privado*, 1963.
- [165] GARCÍA PÉREZ, Carmen. *El arbitraje testamentario (Estudio del artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1998)*. Valencia: Tirant, 1999.
- [166] GARCÍA PÉREZ, Carmen. Impugnación de la decisión injusta realizada por el contador-partidor testamentario. En GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel; MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (coords.). *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, 2004, vol. 1. 1907-1938.
- [167] GARCÍA PRESAS, Inmaculada. Visión comparativa del derecho de sucesiones entre la normativa gallega y la estatal. *Revista Actualidad Civil*, 2013, 3.
- [168] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. Aspectos procesales y civiles del proceso de división de herencia. En GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel; MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (coords.). *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, 2004, vol. 1, 1995-2020.
- [169] GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. La comunidad hereditaria en el Derecho español. Conferencia pronunciada en la Academia del Notariado. Madrid: Reus, 1953.
- [170] GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. La familia empresaria ante el Derecho. Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y Estatutos sociales, en armonización con el protocolo familiar. En GARRIDO MELERO, Martín; FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria (coords.). *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución, gestión, Responsabilidad, Continuidad y Tributación* vol. 4, 2005, 627-652.
- [171] GARRIDO MELERO, Martín. *Derecho de Sucesiones: Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- [172] GETE ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen (dir.), DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SOLÉ RESINA, Judith. *División de la Comunidad de Bienes*. Barcelona: Atelier, 2012.
- [173] GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.), SOLÉ RESINA, Judith (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones: Código civil y normativa autonómica: Aragón, baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*. Navarra: Civitas, 2011.
- [174] GINOT LLOBATERAS, F. La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el Derecho común y foral. *Anuario de Derecho Civil*, 1950, 4(3), 1057-1099.
- [175] GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades*. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1976, vol. 1.
- [176] GITRAMA GONZÁLEZ, M. *La administración de la herencia en el Derecho español*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950.
- [177] GITRAMA GONZÁLEZ, M. *Los supuestos de administración de la herencia*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948.

- [178] GITRAMA GONZÁLEZ, M. *Comentarios al código civil y Compilaciones forales*. Albaladejo, M. (dir.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1989, vol. 1.
- [179] GODOY DOMÍNGUEZ, Luís A. El carácter personal o real del pacto de indivisión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, 627, 605-618.
- [180] GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formulario para su más fácil aplicación*. Madrid, 1862.
- [181] GÓMEZ SÁNCHEZ, José. *Los procesos civiles especiales*. Madrid: Dyckinson, 2004.
- [182] GONZÁLEZ ACEBES, B. El régimen jurídico de la comunidad postganancial. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, 610, 1181-1200.
- [183] GONZALEZ GARCIA, J. *Responsabilidad del hederero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*. Madrid: Montecorvo, 1989.
- [184] GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo. La comunidad hereditaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1931, 75, 174-185.
- [185] GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María. La ¿necesaria? división de la comunidad de bienes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, 720, 1841-1848.
- [186] GORÉ, M. *Droit Patrimonial de la Famille*. Muichel Grimaldi (dir.). París: Éditions Dalloz, 2011.
- [187] GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia. *Anuario de Derecho Civil*, 1965, 2(18), 365-392.
- [188] HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Obras Completas. En: *Derechos Reales. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Espasa Calpe, 1989, vol. 4.
- [189] HERRANZ ORTÍZ, A. La comunidad hereditaria y la partición de herencia. En LLEDÓ YAGÜE (dir.). *AA.VV Compendio de Derecho de Sucesiones*. Madrid: Dykinson, 1988.
- [190] IGLESIAS SANTOS, J. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 17ª ed. Ariel, 2008.
- [191] KASER. La famiglia romana. En: *Conferenze romanistiche dell'Università di Trieste*. Milán, 1960.
- [192] KIPP, Theodor. *Derecho de Sucesiones*. Roca Sastre, R. M.; Puig Ferriol, L.; Badosa Coll, F. (trad., comp., adap.). Barcelona: Bosch, 1976.
- [193] LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. 9ª ed. En: *Derecho de sucesiones*. Madrid: Dykinson, 2001, t. 5.
- [194] LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho civil. En: RAMS ALBESA, J. (ed. rev.). *Sucesiones*. Madrid: Dykinson, 2004, t. 5.
- [195] LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho Civil. En: *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch, 1984, t. 3.
- [196] LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*. Zaragoza: Diputación General de Aragón, 2008.

- [197] LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Notas al derecho de sucesiones de Binder*. Barcelona, 1953
- [198] LALAGUNA, Enrique. La venta de herencia en el Código Civil *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 504, 1974, 1041-1062.
- [199] LALAGUNA, Enrique. *El Código civil y sus reformas*. 4ª ed. Valencia: Nomos, 1991.
- [200] LAPORTA, F. J. Comunitarismo y nacionalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1995, 17-18, 53-68.
- [201] LARRONDO LIZARRAGA, Javier. *El nuevo derecho sucesorio catalán: análisis del Libro IV del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 2008.
- [202] LARRONDO LIZARRAGA, Joaquín María. *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*. [Madrid]: Centro de Estudios Registrales, D. L. 1994.
- [203] LARRONDO LIZARRAGA, Joaquín María. La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa: (Análisis doctrinal y jurisprudencial). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 628, 1995, 1064-1067.
- [204] LASARTE ÁLVAREZ, C. Principios de Derecho Civil. En *Derecho de sucesiones*. Madrid: Marcial Pons, 2010, t. 7.
- [205] LEPOINTE, Gabriel. *Droit romain et ancien droit français*. París: Monchrestien, 1958.
- [206] LEVY. Neue Bruchstücke aus den Institutionen Gaius. *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 1934, 54.
- [207] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. Liquidación de la sociedad de gananciales. Bienes privativos y bienes gananciales. Valoración. Comentario a la STS 20 julio 1998 (RJ 1998, 6127). *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, 2, 507-516.
- [208] LÓPEZ FERNÁNDEZ, Jorge. Una adquisición *a non domino* en la Propuesta de Reglamento Europeo de Sucesiones y Testamentos. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 2011, 45, 1-15.
- [209] LÓPEZ GALIACHO PERONA, Javier. El retracto legal en el Código Civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, 671, 949-1000.
- [210] LÓPEZ y LÓPEZ, Angel M. La garantía institucional de la herencia. *Derecho Privado y Constitución*, 1994, 3, 29-62.
- [211] LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel. Comentarios prácticos a la LEC. Artículos 12 y 140. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 2004, 4.
- [212] LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Monje Balmaseda, Óscar, (coord.). Madrid: Dykinson, 2004.
- [213] MAGARIÑOS BLANCO, V. La libertad de testar. *Revista de Derecho Privado*, 2005, 5 (89), 3-30.
- [214] MANRESA y NAVARRO, J. M. *Comentarios al Código Civil español*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1904, vol. 7.
- [215] MANRESA y NAVARRO, J. M. *Comentarios al Código Civil español*. Madrid: Reus, 1943.
- [216] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. Teresa. *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior de la partición*. Madrid: Civitas, 1991.

- [217] MERINO y HERNANDEZ. J. L. *El consorcio foral aragonés*. Zaragoza: Librería General, 1976.
- [218] MARTI MIRALLES, J, Significado y alcance de la palabra “coherederos”. *Revista de derecho privado*, 1933, 20.
- [219] MARTÍN BRICEÑO, M^a Rosario. *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código Civil*. Madrid: Dykinson, 2008.
- [220] MARTÍN BRICEÑO, M^a Rosario. Cuestiones Jurídicas en torno a la Herencia que debe permanecer Indivisa. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos*, 2011, 8.
- [221] MARTÍNEZ DIE, Rafael. Anotaciones sobre la partición contractual. *La Notaría*. 1998, 4, 76-133.
- [222] MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. Comentario al artículo 1060 Cc. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Madrid: La Ley, 2001.
- [223] MARTÍNEZ GIJÓN. La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español. *AHDE*, 1957, 58, 221 y sigs.
- [224] MAY, Gaston. *Elements de Droit Romain*. París: Recueil Sirey, 1918.
- [225] MÉNDEZ APENELA. La venta de cosa ajena. En: *Estudios Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España: Consejo General del Notariado, DL 1988, vol. 5.
- [226] MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE. Sobre disposición de bienes en la herencia indivisa. *Revista de Derecho Notarial*, 1966, abril-junio.
- [227] MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. Aceptación y repudiación de la herencia. En: *Actas de los XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2001.
- [228] MESSINEO Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Sentis Melendo, Santiago y Neppy, V. (tradc.). Jurid. Europa-América, 1971.
- [229] MEZQUITA DEL CACHO, José Luis y MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Emilio. Aceptación, », en *Instituciones de Derecho Privado*, t. 5, vol. 2, *Fase dinámica del fenómeno sucesorio*. Madrid: Civitas, 2005.
- [230] MIQUEL GONZALEZ, J. M^a. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Albaladejo, M. y Díaz-Alabart, S. (dir.). Madrid: Edersa, 1985, T. V, vol. 2. Madrid: Edersa, 1985. 386-387.
- [231] MIQUEL GONZALEZ, J. M^a. Comentario a la Sentencia de 18 de junio de 1984: Comunidad hereditaria. Traspaso irregular de local de negocio. Impugnación por uno de los partícipes. Protección al arrendatario de buena fe. *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, 1984, 6, 1861-1868.
- [232] MIQUEL GONZALEZ, J. M^a. Comentario a los artículos 392 y siguientes del Código civil. En: *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993, t. 1.
- [233] MINGORANCE GOSÁLVEZ, M. C. *El pago de las deudas hereditarias*. Madrid: Dykinson, 2004.

- [234] MINGORANCE GOSÁLVEZ, M. C. La situación de los acreedores particulares del heredero antes, durante y después de realizada la partición. En: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. [Murcia]: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones; [Madrid]: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, vol. 2.
- [235] MONTÉS PENADÉS, Vicente L. (coord.). *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- [236] MONJE BALMASEDA, Oscar. El concepto de la herencia yacente y su tradicional vinculación al sistema de adquisición hereditario. En: GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y Méndez González, F. P. (coords.). *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. vol. 2. [Murcia]: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones; [Madrid]: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
- [237] MONTERO AROCA, Juan, et. al. *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- [238] MONTERO AROCA, Juan. *El Proceso Civil: los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- [239] MORENO CATENA, Víctor Manuel. Sucesión *mortis causa* en la titularidad de la empresa y subrogación en el arrendamiento del local donde se ubica. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, 1, 63-72.
- [240] MORENO TRUJILLO, E. *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*. Barcelona: Bosch, 1994.
- [241] MUÑOZ DE DIOS, Mariano. La divisibilidad de la herencia y posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los herederos. En: *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*. Pamplona: EUNSA, 1969, vol. 6.
- [242] MUÑOZ GARCÍA, Carmen. La necesidad de un tratamiento unitario del concurso de la herencia. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2010, 13, 141-156.
- [243] MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, Evelia. El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el derecho común español: ¿sistema de corte personalista o sistema patrimonialista?. Una perspectiva comparada. *Anuario de Derecho Civil*, 1998, 1(51), 81-175.
- [244] MUÑOZ XANCO, Juan. Naturaleza y clase de la *actio communi dividundo*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, 570, 1235-1244.
- [245] NAVARRO CASTRO, Miguel. *La responsabilidad por las deudas hereditarias*. [Madrid]: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, D. L. 2009.
- [246] NAVAS NAVARRO, Susana. El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, 2.
- [247] NIETO GARCÍA, Bartolomé. *Preparación de la sucesión en la empresa familiar*. En: Discurso leído en el acto de recepción como Académico en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Murcia. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2010.
- [248] NÚÑEZ IGLESIAS, Alvaro. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1997. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1998, 46, 261-268.

- [249] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. Comentarios a los arts. 392 a 406 Cc. En PASQUAU LIAÑO, Miguel (coord.). *Comentarios Jurisprudenciales al Código Civil*. Granada: Comares, 2009.
- [250] NÚÑEZ IGLESIAS, Alvaro. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1998. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1998, nº 46, 261-268
- [251] NÚÑEZ IGLESIAS, Alvaro. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1998. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, nº 49, 363-370.
- [252] NÚÑEZ IGLESIAS, Alvaro. Comentario del artículo 1082 Cc. En CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.). *Código Civil Comentado*. Navarra: Civitas, 2011, vol. 2.
- [253] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro y ANDRÉS SANTOS, Francisco J. *Código Civil Francés: Code Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- [254] NUÑEZ LAGOS. *El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1951.
- [255] O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991, t. 1.
- [256] O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. El arbitraje en Derecho sucesorio. *La Notaría*, número 47-48, 2007.
- [257] O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código Civil: comentado y con Jurisprudencia*. 7ª ed. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2012.
- [258] OGÁYAR y AYLLÓN, T. Naturaleza jurídica de la partición hereditaria. *RJC*, 1957, 1.
- [259] OSSORIO MORALES, J. Comentario a la sentencia del TS de 25 de enero de 1943. *RGLJ*, 1943, junio.
- [260] OSSORIO MORALES, J. El legado de parte alícuota: (en torno a la distinción entre heredero y legatario). En: *Estudios de Derecho Privado*. Barcelona, 1942.
- [261] PASCUAL, Jose A. Sobre Heredar, Heredero, Herencia en la documentación latina medieval. *Voces*, 2001-2002, 12-13, 115-124.
- [262] PAZ ARES, Cándido. Comentario del artículo 1670. En: *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1993, t. 2.
- [263] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *La herencia y las deudas del causante*. 3ª ed. Granada: Comares, 2009.
- [264] PÉREZ DE CASTRO, Nazareth. Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1994. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994, 36, 829-834.
- [265] PITA BRONCANO, Carmen Piedad. *La preferencia de los acreedores del causante*. Madrid: Dykinson, 2013.
- [266] PLANITZ, H. *Derecho Privado Germánico*. Melón Infante, Carlos (trad. 3ª ed.). Barcelona: Bosch, 1957.
- [267] PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. El concurso de la herencia. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2004, 1, 53-72.

- [268] PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER. *Anotaciones a Ennecerus*. 2ª ed. Barcelona, 1953.
- [269] POTHIER, Robert J. *Traité des Successions*, Ouvres de Pothier. París: Dabo Jeune, 1825, vol. 12.
- [270] PRATS ALBENTOSA, Lorenzo. Ley aplicable a la sucesión “*mortis causa*” en la Unión Europea y creación del Certificado Sucesorio europeo. *Diario La Ley*, 2012, 7929.
- [271] PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona, 1961, vol. 1.
- [272] PUIG I FERRIOL, Luís. El Código Civil de Cataluña: Un intento serio y logrado de actualización del Derecho civil de Cataluña y su adecuación a la problemática social y familiar de nuestros días. En: *Conferencia en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona el 10 de abril de 2012*. Barcelona, 2012.
- [273] PUIG I FERRIOL, Luís. El contador partididor-dativo. *Anuario de Derecho Civil*, 1988, 3 (41), 669-688.
- [274] PUIG I FERRIOL, Lluís y ROCA I TRIAS, Encarna. *Institucions del dret civil de Catalunya, vol. 3, Dret de Successions*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- [275] PULGAR EZQUERRA, Juana. *La declaración del concurso de acreedores*. Las Rozas (Madrid): La Ley-Actualidad, 2005.
- [276] PRATS ALBENTOSA, Lorenzo. Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en la Unión Europea y creación del Certificado Sucesorio Europeo. *Diario La Ley*, 2012, 7929.
- [277] PRESA DE LA CUESTA, A. La disolución del condominio existiendo cuotas gravadas. *BCNR*, 1984, 202-203.
- [278] PRESA DE LA CUESTA, A. Mecánica de la extinción del condominio con cuotas gravadas. *BCRN*, 1985, 217.
- [279] RAMS ALBESA, Joaquín; et al. *Apuntes de Derecho de Sucesiones*. Madrid: Dykinson, D. L. 2012
- [280] RAMS ALBESA, Joaquín José. El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones. *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, 17, 41-79.
- [281] RAMS ALBESA, Joaquín José. Las deudas de la herencia: una vieja cuestión pendiente. En: *Libro de Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones, Presente y Futuro*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006.
- [282] RAMS ALBESA, Joaquín José. *La sociedad de gananciales*. Madrid: Tecnos, cop. 1992.
- [283] REBOLLEDO VARELA, A. L (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, D. L. 2010.
- [284] REBOLLEDO VARELA, A. L. La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación. En: *La familia en el Derecho de sucesiones. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, DL 2010.
- [285] REBOLLEDO VARELA, A. L. Derecho civil de Galicia. Presente y futuro. *Revista Jurídica de Navarra*, 2008, 46, 11-44.

- [286] REBOLLEDO VARELA, A. L. *Comentario del Código Civil*, t. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.
- [287] REGLERO CAMPOS, Luís Fernando. *Institución de herederos. Designaciones erróneas, genéricas e inciertas*. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- [288] RESCIGNO, P. *Introduzione al Trattato de Diritto privato*, vol. 5, *Sucessioni*. Torino, 1984.
- [289] RESINA SOLA, Pedro. *Fundamenta iuris. Terminología, principios e "interpretación"*. Almería: Editorial Universidad de Almería, D. L. 2012.
- [290] REVERTE NAVARRO, Antonio. Sucesión *mortis causa* en la empresa y sucesión legitimaria: notas al nuevo artículo 1056. II del Código civil. En el Discurso leído el 25 de junio de 2004, en el acto de recepción como Académico de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Murcia, 2004.
- [291] RIPERT, G y BOULANGER, J. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. París, 1951, t. 3.
- [292] RIVAS MARTINEZ, J. J. *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*. Madrid: Dykinson, 1989.
- [293] RIVAS MARTINEZ, J. J. Contador-Partidor. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de la DGRN. *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, 2005, 5.
- [294] RIVAS MARTINEZ, Rafael. Embargo de participaciones indivisas y disolución de comunidad. *RDR*, 1988, 15.
- [295] RIVERA SABATÉS, Vidal. Algunas Reflexiones sobre La Venta de Herencia. *Revista de Derecho Privado*, 2009, 93, 67-104.
- [296] ROBLES LATORRE, Pedro. El concursado heredero. *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, 16, 147-171.
- [297] ROBLES LATORRE, Pedro. *La partición convencional y su impugnación*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- [298] ROBLES LATORRE, Pedro. Comentarios a los arts. 1051 a 1087 del Cc. En PASQUAU, Miguel (coord.). *Comentarios Jurisprudenciales al Código Civil*. Granada: Comares, 2009.
- [299] ROBLES LATORRE, Pedro. Adquisición de herencia por renuncia traslativa. Comentario a la STS de 20 de julio de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 2013, 92, 293-303.
- [300] ROCA JUAN, J. La renuncia liberatoria del comunero. *Anuario de Derecho Civil*, 1957, 1 (10), 91-126.
- [301] ROCA SASTRE, R. M^a. *Derecho hipotecario*. vol. 2. Barcelona, 1948.
- [302] ROCA SASTRE, R. M^a. L'herencia jacent, construccions jurídiques sobre la seva titularitat, t. 1, *Estudios sobre Sucesiones*. Madrid: Instituto de España, 1981.
- [303] ROCA SASTRE, R. M^a. La adquisición hereditaria en el Derecho Comparado. En GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel; MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.(coords.). *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. vol. 2. Murcia: Universidad de Murcia; Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
- [304] ROCA SASTRE, R. M^a. *Estudios sobre Sucesiones*. Madrid: Instituto de España, 1981, t. I.

- [305] ROCA SASTRE, R. M^a. La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1930, 63, 161-177.
- [306] ROCA SASTRE, R. M^a. La partición hereditaria ¿ es acto traslativo o declarativo de la propiedad?. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1929, 57, 641-650.
- [307] ROCA SASTRE, R. M^a. Naturaleza jurídica de la aportación social. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946.
- [308] ROCA SASTRE, R. M^a. ; PUIG FERRIOL, L.; BADOSA COLL, F. Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. Kipp. En *Tratado de derecho Civil. Ennecerus, Kipp y Wolf*, t. 5, *Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch, 1976, vol. 2.
- [309] ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, Lluís. *Derecho de Sucesiones*. 2^a ed. Barcelona: Bosch, 2002.
- [310] ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, Luís; ROCA-SASTRE, Ramón M^a y BERNÁ I XIRGO, Joan, *Derecho Hipotecario*, vol. VII, Barcelona: Bosch, 2009.
- [311] RODRIGUEZ ADRADOS, A. La partición hecha por el testador. *Revista de Derecho Notarial*, 1970, abril-junio.
- [312] RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi. La ¿necesaria? división de la comunidad de bienes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, 720, 1841-1848.
- [313] RODRÍGUEZ LÓPEZ, Felix. Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las comunidades. La comunidad de usufructuarios y el usufructo de cónyuges. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979, 535, 1269-1338.
- [314] RODRÍGUEZ LÓPEZ, Felix. La extinción de la comunidad con cuotas gravadas. *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 216, 1985.
- [315] ROMAN GARCIA, A. *Derecho de Sucesiones: Instituciones de Derecho Civil Español*, VII. Madrid: Mc. Graw Hill, 1999.
- [316] ROMERO CERDEIRIÑA, A. En torno al concepto de derecho hereditario. La última moda. *AAMN*, t. V, 1950.
- [317] ROMERO COLOMA, A. M. Problemática de la partición por el causante. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, 737, 1569-1582.
- [318] ROMERO COLOMA, A. M. El Derecho a la Herencia en el Ordenamiento Jurídico Español. Especial referencia a su función social. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997, 638, 149-162.
- [319] ROMERO COLOMA, A. M. y RUBIO TORRANO, E. *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*. Rubio Torrano, E. (dir.). Navarra: Aranzadi, 2002.
- [320] ROVIRA JAÉN, F. J. En torno a las deudas de la herencia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1969, 475, 1573-1604.
- [321] ROYO MARTINEZ, M. *Derecho sucesorio mortis causa*. Sevilla: Edece, 1951.
- [322] RUBIO TORRANO. Comentario a la sentencia de 7 de abril de 1989. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1989, 20, 497-502.

- [323] RUIZ PINO, S. *Régimen jurídico de la adopción en Derecho Romano y su recepción en el Derecho Español*. Tesis Doctoral. Universidad de Córdoba. Facultad de Derecho. Córdoba, 2010.
- [324] SALA FRANCO, Tomás. La transmisión de empresa: actos inter vivos o sucesión *mortis causa*. *Observatorio de Recursos Humanos y relaciones laborales*, 2007, 16, 52-54.
- [325] SAMAENS ARA, Carmen. *La división de la cosa común*. Madrid: Tecnos, 1995.
- [326] SANCHEZ AGESTA. *Sistema político de la Constitución Española de 1978; ensayo de un sistema*. 2ª ed. Madrid: Editora Nacional, 1981.
- [327] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. El retracto de coherederos del artículo 1067 del Código civil. *Rev. Actualidad Civil*, 2013, 4.
- [328] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen. *La partición judicial de la herencia. Un análisis del régimen legal y su aplicación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- [329] SÁNCHEZ LINDE, Mario. La aceptación de la herencia del concursado heredero. *Diario La Ley*, 2012, 7852.
- [330] SANZ ACOSTA, Luís. Posibilidad de desahucio por precario entre coherederos: análisis de la STS de 28 de febrero de 2013. *Actualidad Civil*, 2013, 6.
- [331] SANZ FERNÁNDEZ, A. *Comentarios a la nueva ley hipotecaria*. Madrid: Reus, 1945.
- [332] SANZ MARTÍN, L. Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la familia en el Derecho Romano arcaico. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2010, 43, 197-214.
- [333] SCAEVOLA, Mucius. *Código Civil comentado y concordado extensamente*. vol. XIII. Madrid, 1901.
- [334] SCIALOJA, Vittorio. *Diritto Ereditario Romano*. vol. I. Roma, 1915.
- [335] SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. El procedimiento para la división judicial de la herencia. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, 1, 497-634.
- [336] SERRANO ALONSO, E. *Manual de Derecho de sucesiones*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- [337] SERRANO GARCÍA, José Antonio. La comunidad conyugal en liquidación. *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2007, 13, 11-55.
- [338] SERRANO GARCÍA, José Antonio. La disolución del consorcio conyugal aragonés y la comunidad que continúa tras ella. En libro *Homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, vol. II. [Murcia]: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones; [Madrid]: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
- [339] SERRANO GARCÍA, José Antonio. *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*. Zaragoza: Diputación General de Aragón, 1993.
- [340] SCHMIDT, K. Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La Ley alemana de insolvencia de 1994(InsO). Pulgar Ezquerra, Juana (trad.). En: *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*. Madrid, 2002.
- [341] TOMÁS MARTÍNEZ, Gema. *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*. Madrid: Dykinson, 2000.

- [342] TORRES GARCÍA, Teodora Felipa. Una aproximación al artículo 1056. II Código Civil (posible sucesión *mortis causa* de la empresa). En GÓMEZ GALLIGO, F. J. (coord.). *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. vol II. Pamplona: Civitas, 2008
- [343] TORRES GARCÍA, Teodora Felipa. Comentario al artículo 42.6º de la Ley Hipotecaria. En DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.) *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Valladolid: Lex Nova, 2013. 438-442.
- [344] TORRES GARCÍA, Teodora Felipa. Comentario al artículo 46 de la Ley Hipotecaria. En DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.) *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Valladolid: Lex Nova, 2013. 461-466.
- [345] TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. La legítima en el Código Civil (II). En TORRES GARCÍA, Teodora Felipa (coord.). *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier, 2012.
- [346] VALVERDE, Calisto. El Estado y las sucesiones. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1904, 105.
- [347] VALLADARES RASCÓN, y DELGADO ECHEVERRÍA, J. Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones. En *Derecho de Sucesiones: presente y futuro*. XII. Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil de Santander. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2008.
- [348] VALLE MUÑOZ, José Luís. Comunidad hereditaria y partición. En: *XV Jornadas de Derecho catalán en Tossa*. Disponible en: <http://civil.udg.edu/tossa>.
- [349] VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Estudios de Derecho Sucesorio*. vol. I. 2ª ed. Madrid: Montecorvo, 1987.
- [350] VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. t. 13, vol. 2. Albaladejo García, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (dirs.). Madrid: Edersa, 1989.
- [351] VALLET DE GOYTISOLO, J. B. Relectura en torno a la comunidad hereditaria. *Revista de Derecho Notarial*, 1985, 345.
- [352] VALLET DE GOYTISOLO, J. B. Comentario a los artículos 1082 a 1087 del Código civil. En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XIV, vol. 2. Madrid, 1989.
- [353] VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Panorama del Derecho de Sucesiones*. Madrid: Civitas, 1982.
- [354] VALLET DE GOYTISOLO, J. B. En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales. *Anuario de Derecho Civil*, 1990, 4 (43), 1021-1054.
- [355] VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo. (coord.). *Unificación del Derecho patrimonial europeo*. Barcelona: Bosch, 2011.
- [356] VARA GONZÁLEZ, José Manuel. Comunidad hereditaria y enajenación de inmuebles. *Revista Jurídica del Notariado*, 1997, 22, 21-160.
- [357] VÁZQUEZ GARCÍA, D. Venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros. La validez obligacional del contrato celebrado (una nueva visión jurisprudencial). *Diario La Ley*, 8211, 13 de diciembre de 2013.
- [358] VÁZQUEZ ORGAZ, J. Responsabilidad del sucesor único o heredero en comunidad hereditaria. *Diario La Ley*, 1999, 1769.

- [359] VAQUER ALOY, A. *La comunitat hereditaria en el Dret Civil de Catalunya*. Cataluña: 1991.
- [360] VAQUER ALOY, A. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, 3.
- [361] VILLARÉS PICÓ. Cuando el derecho hereditario puede ser objeto de inscripción o solamente de anotación preventiva. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, 213, 109-116.
- [362] VITALE. *La natura giuridica della comunione*. Roma, 1967.
- [363] VOICI. *Diritto ereditario romano*. vol. 1. Milan: Giuffre, 1960.
- [364] WEBER, Max. *Economía y Sociedad: Esbozo de Sociología Comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- [365] WIETHÖLTER. *Rechtswissenschaft*. 2ª ed. Basel-Frankfurt a.M.: Helbing & Lichtenhahn, 1986.
- [366] ZURILLA CARIÑANA, Mª Ángeles. *Comentarios al Código Civil*. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (dir.). Pamplona: Aranzadi.

Recursos electrónicos

En la elaboración del presente trabajo se han utilizado distintos recursos electrónicos para la consulta de fuentes, doctrinales, históricas y normativas, especialmente las bibliotecas electrónicas y de aquellos los recursos que mantienen actualizados distintos Códigos y leyes civiles del Derecho comparado. Sin perjuicio de las referencias particulares que figuran a pie de página en el texto, se relacionan a continuación, sin ánimo exhaustivo, los principales:

- Biblioteca digital de Derecho de la Universidad de Sevilla
<http://bib.us.es/derecho/recursos/pixelegis/index-ides-idweb.html>
- Biblos-e Archivo. Biblioteca digital de la Universidad Autónoma de Madrid
<http://biblioteca.uam.es/sc/BibloseArchivo.html>
- Biblioteca Digital Hispánica (Biblioteca Nacional)
<http://www.bne.es/es/Catalogos/BibliotecaDigital>
- Bibliothèque Nationale de France
<http://gallica.bnf.fr/?&lang=ES>
- Boletín Oficial del Estado
<http://www.boe.es/>
- CENDOJ
<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>
- Código Civil alemán
<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>
- Código Civil italiano
www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter~_Dictum/codciv/Codciv.htm
- Código civil francés
<http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp>

- Código de Justiniano
<https://uwacadweb.uwo.edu/blume&justinian/code-and-value.asp>
- Código Civil portugués
<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>
- Derecho aragonés
www.derecho-aragones.net
- Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Zaragoza
www.unizar.es/derecho/standum~est~chartae/
- Derecho Romano
<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>
- Dialnet. Repositorio de la Universidad de la Rioja
www.dialnet.es
- Notas de jurisprudencia y doctrina civil, mercantil, penal y procesal
www.notasdejurisprudencia.blogspot.com
- Repertorio de la legislación vigente de la Unión Europea
<http://eur-lex.europa.eu/es/legis/latest/index.htm>
- Repertorio de la legislación de la Unión Europea en preparación
<http://eur-lex.europa.eu/es/legis/prep/latest/index.htm>

Agradecimientos

Pertenece a Max Weber la afirmación de que solo se puede saber lo que somos si se determina cómo hemos llegado a ser lo que somos, y aunque se ha empleado para explicar el valor de la Historia con mayúsculas, creo que puede servir también para dar cuenta de una historia menor.

Estoy en profunda deuda de amistad y gratitud con mis directores de tesis y amigos, los profesores Jose Antonio Cobacho y Joaquín Ataz. San Agustín nos dejó escrito que no se puede conocer a nadie sino por la amistad y es así como los conozco: por su magisterio y su incondicional apoyo a un proyecto extendido más allá de lo que ellos y yo mismo esperábamos, por permitirme en todo momento seguir mi propio ritmo, por haberme escuchado con la mejor disposición y haberme enseñado, entre muchas cosas, a examinar y pensar cualquier asunto como nuevo, desde el origen. También por haberme entregado un tiempo muy valioso y un afecto imposible de estimar. Por hallarles siempre, indefectiblemente, en su lugar, y siempre en el mismo. Y por ser hombres “para todas las circunstancias”, pero especialmente para las adversas. Ellos saben cuánto les debo por conseguir culminar este trabajo.

Estas páginas han recibido muy valiosas aportaciones de mi compañero y amigo Carlos Diez Soto, quien a lo largo de estos años me ha animado siempre a continuar madurándolo y hecho sugerencias que han contribuido a mejorarlo.

Tampoco hubiera sido capaz de realizar este trabajo sin las ventajas para escribir e investigar ofrecidas por la Universidad de Murcia y, en particular, por su Departamento de Derecho Civil. Estoy en deuda con todos y cada uno de sus miembros por haber intercambiado conmigo generosamente opiniones, información y sugerencias acumuladas en sus investigaciones, todas ellas de un gran valor para mí.

Estoy especialmente agradecido a los Profesores Antonio Reverte, por su magisterio personal e intelectual, y a Juan Roca, de quien aprendí las primeras lecciones de Derecho civil (y otras muchas después), por haber confiado en mí, por haberme puesto en contacto con el Departamento de Derecho Civil y con la actividad de investigación y por no haber dejado nunca de interesarse por mi trabajo. A Carmen García por hacerme transitable la docencia y por su permanente disposición y ánimo y a Mercedes Farias, quien me guió hacia aspectos del Derecho mercantil que me resultaron de gran ayuda, y me prestó sus propios y queridos libros.

Miguel Pérez Molina me ha honrado con su amistad, que ha testimoniado leyendo detenidamente partes amplias de este trabajo y corrigiendo sus seguro muchas faltas en

las citas clásicas. Mi compañera y amiga Miriam Tomás me prestó ayuda con la nomenclatura de la bibliografía final y me ofreció aleccionadoras explicaciones sobre el uso de la UNE-ISO 690:2013. Sin su ayuda, las cosas hubieran sido diferentes.

Debo también sincero reconocimiento al personal de la Hemeroteca “Clara Campoamor” de la Universidad de Murcia, que fue siempre capaz de remitir, en veinticuatro horas, los artículos científicos que les solicité, por difíciles de localizar que me parecieran. Han sido un modelo de servicio.

He convivido profesionalmente con la investigación durante los últimos dieciocho años y he sido testigo de las alegrías y dificultades de quienes, en cualquier disciplina, han hecho de ella su profesión o comienzan ese camino. A todos ellos debo también aportaciones de una riqueza extraordinaria para mi comprensión de la ciencia y de la investigación —y de la propia vida— y por éstos títulos, además de por su permanente ánimo, estoy en deuda con muchos investigadores. Aunque no sean conscientes de ello, pueden hallarse muchas huellas de su influencia en estas páginas.

Durante la elaboración de este trabajo he adquirido otras muchas deudas de gratitud. Por su permanente interés y ánimo —y por motivos incluso más importantes—, estoy profundamente agradecido a mis amigos Alberto, Alfredo y Jorge. Lo estoy también a todos aquellos que con la mejor intención me aportaron ideas, comentarios sugerencias, correcciones, y hasta silencios, incluso si no he sabido sacar provecho de todo ello.

Esta pequeña historia no se explicaría sin mi familia. Debo profundo cariño y gratitud a mis padres, y a mi hermano Francisco Miguel, con quien he compartido cuanto comparten los hermanos, que es mucho y para siempre.

Mis hijas, Tamar y Julia, han convivido con la comunidad hereditaria durante mucho tiempo, en el caso de Julia durante toda su vida. Han tomado como propia esta aventura, alimentada casi siempre del tiempo que podríamos haber compartido y, a cambio, han debido asistir sin inmutarse a aburridos parlamentos, tolerar las ausencias y obsesiones habituales e incluso ausentarse a veces para dejar espacio a este trabajo. Entretanto, han sabido dar todas las cosas importantes que los hijos pueden dar a sus padres. Sin ellas no hubiera sido capaz de hacerlo.

Este trabajo debe mucho a mi esposa Yolanda. A su incansable cariño, a su respeto, a su confianza, y a su paciencia infinita, o casi, al menos. Pero su autor le debe mucho, muchísimo más. Este trabajo esta dedicado a ella.