

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Departamento de Derecho Privado

LA PROHIBICIÓN DE DIVIDIR LA HERENCIA
IMPUESTA POR EL TESTADOR EN EL CÓDIGO CIVIL

TESIS DOCTORAL

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO

Madrid, 2007

A Nacho

A mis padres

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	7
NOTA INTRODUCTORIA.....	9
 CAPÍTULO PRIMERO.-LA COMUNIDAD, EN GENERAL	
I. CONCEPTO. FUENTES Y REGULACIÓN DE LA COMUNIDAD, EN GENERAL.....	13
II. TIPOS DE COMUNIDAD.....	16
A) La comunidad germánica o en mano común.....	16
B) La comunidad romana o por cuotas.....	24
1. Consideraciones generales.....	24
2. Supuestos.....	28
a) El modelo de comunidad de bienes del artículo 392 del Código civil.....	28
b) La comunidad sobre derechos reales limitados en el Código civil.....	47
c) Especial referencia a la comunidad hereditaria prevista en el Código civil. Remisión.....	48
 CAPÍTULO SEGUNDO.-LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	
I. LA HERENCIA COMO <i>UNIVERSITAS IURIS</i>	50
II. NATURALEZA JURÍDICA.....	62

III. MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA.....	68
IV. EL OBJETO DE LA COMUNIDAD.....	75
V. SUJETOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.....	84
A) Los herederos.....	84
B) Los legatarios.....	91
C) El heredero <i>ex re certa</i>	93
D) El legatario de parte alícuota.....	98
E) Otros sujetos.....	102

CAPÍTULO TERCERO.-LAS PROHIBICIONES DE DISPONER. LA PROHIBICIÓN DE DIVIDIR, EN GENERAL

I. DIVERSOS ASPECTOS SOBRE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 26 Y 27 DE LA LEY HIPOTECARIA..	106
A) Planteamiento general.....	106
B) Las prohibiciones de disponer: significado y naturaleza jurídica.....	113
C) Clases de prohibiciones de disponer.....	120
1. Las prohibiciones de disponer de origen legal.....	120
2. Las prohibiciones de disponer de origen judicial o administrativo.....	121
3. Las prohibiciones voluntarias de disponer.....	122
a) Prohibiciones impuestas en actos a título oneroso.....	122
b) Prohibiciones impuestas en actos a título gratuito.....	126
a') Consideraciones generales.....	126
b') Especial referencia a las prohibiciones testamentarias de disponer.....	129

a``) Antecedentes históricos.....	129
b``) Ámbitos formal y material.....	132
c``) Requisitos de validez y eficacia jurídica.....	145
II. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROHIBICIÓN DEL ACTO DISPOSITIVO DE DIVIDIR, EN GENERAL.....	169
A) El derecho a pedir la división: naturaleza jurídica.....	169
B) Límites al derecho de dividir.....	187
1. La exclusión del derecho de dividir impuesta por la ley.....	187
2. La indivisibilidad derivada de un negocio jurídico.....	192
a) El convenio de indivisión.....	193
b) La indivisibilidad impuesta unilateralmente.....	200
CAPÍTULO CUARTO.-LA PROHIBICIÓN DE DIVIDIR LA HERENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL	
I. LA DIVISIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.....	203
A) Noción y naturaleza jurídica de la partición hereditaria.....	203
B) Caracteres del derecho a solicitar la partición hereditaria.....	207
C) Objeto de la partición hereditaria y sujetos legitimados para su ejercicio.....	211
II. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA...226	
III. LÍMITES A LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA.....	233
A) La ley como fuente de limitaciones para la partición hereditaria.....	234
B) El convenio de indivisión.....	250

C) Especial referencia a la voluntad unilateral del testador.....	256
1. Antecedentes históricos.....	256
2. Ámbito subjetivo.....	261
3. Ámbito objetivo.....	268
4. Ámbitos formal y material.....	280

CAPÍTULO QUINTO.-LOS EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA DE DIVIDIR DEL ARTÍCULO 1051 DEL CÓDIGO CIVIL

I. LA EFICACIA JURÍDICA DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.....	287
A) Requisitos de validez.....	287
1. El carácter expreso de la prohibición de dividir la herencia.....	288
2. La justa causa.....	290
3. Criterios para fijar su duración.....	298
B) Efectos jurídicos.....	309
1. La naturaleza real de la restricción testamentaria.....	309
2. Su acceso al Registro de la Propiedad.....	318
II. EL RÉGIMEN JURÍDICO QUE ORDENA LA HERENCIA INDIVISA.....	322
III. LA DISPOSICIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO: LA POSICIÓN DEL CESIONARIO ANTE LA PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA DE DIVIDIR.....	331
IV. LA VENTA DE LA HERENCIA: LOS EFECTOS DE LA INDIVISIÓN IMPUESTA POR EL TESTADOR.....	347
V. LA POSICIÓN DE LOS ACREEDORES PARTICULARES DE LOS	

CAPÍTULO SEXTO.- LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL COMO FUENTE DE INEFICACIA DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA QUE PROHÍBE DIVIDIR LA HERENCIA

I.	LA REMISIÓN DEL PÁRRAFO 2º DEL ARTÍCULO 1051 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL.....	365
II.	¿QUÉ CAUSAS PROVOCAN LA INEFICACIA DE LA PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA Y CUÁLES NO TIENEN RELEVANCIA A LA LUZ DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 1700 DEL CÓDIGO CIVIL?.....	370
	A) La llegada del término.....	370
	B) La desaparición del patrimonio hereditario.....	374
	C) La extinción de la causa justa.....	377
	D) La muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquier partícipe de la comunidad hereditaria.....	379
	E) La remisión del artículo 1700, 3º al artículo 1699, ambos del Código civil...	387
	F) La voluntad unilateral de cualquier comunero.....	389
	CONCLUSIONES.....	398
	SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CONSULTADAS.....	409
	BIBLIOGRAFÍA.....	418

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAMN.....	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
AAVV.....	Autores varios.
AC.....	Actualidad Civil.
ADC.....	Anuario de Derecho Civil.
C. c.....	Código civil.
Comp. Nav.....	Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.
C. S. Cat.....	Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña.
L. C.....	Ley Concursal.
L. E. C.....	Ley de Enjuiciamiento Civil.
L. H.....	Ley Hipotecaria.
L. R. A. H.....	Ley de Reproducción Asistida Humana.
L. S. Arag.....	Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón.
RCDI.....	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDGRN.....	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDN.....	Revista de Derecho Notarial.
RDP.....	Revista de Derecho Privado.
RGLJ.....	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
R. H.....	Reglamento Hipotecario.

SAP..... Sentencia de Audiencia Provincial.
STS..... Sentencia del Tribunal Supremo.

NOTA INTRODUCTORIA

Bajo el título “*La prohibición de dividir la herencia impuesta por el testador en el Código civil*” se ha pretendido aportar un análisis sobre aquellas disposiciones testamentarias que suspenden el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, ya que actúan como una excepción a la regla general prevista en el párrafo 1º del artículo 1052 del Código civil, según el cual “*Todo coheredero ... podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia*”. Pese a su singularidad, en la praxis, el causante acude a ellas con relativa frecuencia, con el fin primordial de que el caudal relicto permanezca unido tras su muerte, habitualmente hasta la muerte del cónyuge que le sobrevive.

La razón principal que ha suscitado el tema de la presente Tesis Doctoral es la necesidad de abordar su estudio de forma monográfica, en orden a conocer qué fines, requisitos y consecuencias jurídicas se coligen de una restricción que postula la indivisión del patrimonio hereditario, ya que su tratamiento jurisprudencial y doctrinal ha tenido más bien un carácter tangencial.

Todo ello se ha proyectado desde la óptica planteada por el artículo 1051 de nuestro Código civil, que es el precepto que atribuye al testador la facultad de prohibir la partición hereditaria, sin perjuicio de traer a colación aquellas normas emanadas de la legislación foral que han regulado también esta figura, con el ánimo principal de poner de manifiesto que el contenido del citado precepto no resulta extravagante, y sobre todo con fines comparativos. Es cierto que hemos sintetizado la valoración de esta normativa, y abandonado la idea de profundizar sobre las distintas cuestiones que ésta plantea (pese a ser conscientes de que merece una atención más pormenorizada). Pero lo contrario rebasaría (y mucho) los límites de una investigación que ha pretendido ceñirse al ámbito del Derecho común.

Se trata de un trabajo que hemos estructurado, a modo de epítome, en tres partes íntimamente enlazadas entre sí. En la primera de ellas (que se expone en sus dos primeros capítulos) se pretende acotar el concepto de comunidad hereditaria. A continuación, la segunda (en el capítulo tercero) se dedica a las prohibiciones de disponer en general, y a la prohibición de dividir en particular. Finalmente, la tercera (a la que dedicamos los capítulos cuarto, quinto y sexto) es fruto de la fusión de las dos primeras partes: el contenido y los efectos de la imposibilidad de disolver una comunidad mediante la partición hereditaria.

Para comenzar con el estudio señalado se ha considerado necesario describir una comunidad hereditaria, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, así como explorar todos sus caracteres. Motivo: no hay que olvidar que la indivisión ordenada por el testador recae sobre ella. Son los partícipes de una comunidad hereditaria quienes van a quedar vinculados por esta carga o gravamen.

Hablamos de una indivisión que actúa como una manifestación de las prohibiciones de disponer en general, y de las testamentarias en particular, nombradas estas últimas en la regla 3ª del artículo 26 de la Ley Hipotecaria. Y digo “nombradas” porque el legislador no ha ofrecido un régimen sustantivo de las mismas. Han sido la doctrina, la jurisprudencia y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado las encargadas de construirlo, todo lo cual ha sido apreciado como criterio fundamental para componer el marco de actuación de una disposición que impide la división del caudal relicto.

Desde este prisma, todas las reflexiones se han canalizado hacia el examen de la repercusión de una restricción de esa naturaleza sobre el devenir de una comunidad hereditaria. Es en este punto donde cobra especial interés la persistencia de una causa justa que fundamente una prohibición que coarta la libertad de los comuneros. Es una forma de evitar decisiones caprichosas (sin razón) del causante. A la luz de ello, se ha

procedido a estudiar no sólo las consecuencias que la citada limitación genera, sino también qué motivos provocan su extinción. Cabe destacar aquellos que han sido mencionados explícitamente por nuestro legislador mediante una remisión a las causas de disolución de la sociedad civil, razón por la cual nos dedicamos a su estudio de un modo más exhaustivo en la última parte de esta tesis.

CAPÍTULO PRIMERO

LA COMUNIDAD, EN GENERAL

I. CONCEPTO. FUENTES Y REGULACIÓN DE LA COMUNIDAD, EN GENERAL

Lo normal es que un derecho subjetivo pertenezca a un solo titular. Pero puede ocurrir también que un mismo derecho subjetivo sea atribuido a una pluralidad de titulares (cotitulares), todos los cuales formarán una comunidad en la titularidad del derecho en cuestión¹.

La comunidad aparece cuando se hace tránsito desde la titularidad individual del derecho subjetivo a la cotitularidad (sujeto plural) de ese mismo derecho, que pasa a pertenecer a varios, pero permaneciendo inalterable². Este fenómeno origina la idea de que cuando el derecho subjetivo pertenezca “pro indiviso” a varios sujetos, estaremos en presencia de una comunidad³.

¹ Este fenómeno se produce tanto en el ámbito de los derechos reales como en el de las relaciones jurídico-obligatorias que surgen entre todos los copartícipes (vid. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 21-23).

² Vid. CICU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, traducción de González Porras, J. M., Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964, p. 717.

³ Algunos autores (p. ej., OSSORIO MORALES, J., *Servidumbres personales (ensayo de sistematización)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, p. 124; GARCÍA AMIGO, M., “*Condominio pro diviso o propiedad separada*”, RDP, 1974, p. 177; y CORRAL DUEÑAS, F. “*La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura*”, RCDI, 1984, pp. 271-307; hablan de la comunidad “pro diviso” cuando se yuxtaponen diversos aprovechamientos sobre un mismo bien (verbigracia, uno es propietario del suelo, otro del arbolado, otro de la siembra y otro del pasto; o en el caso de la propiedad horizontal). Sin embargo, se discute que la comunidad “pro diviso” sea en realidad una verdadera comunidad de derechos, porque los derechos de cada titular concurrente no son idénticos entre sí (en este sentido, BARASSI, L. *Proprietà e Comproprietà*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 104).

Para que haya comunidad, es preciso que la pluralidad de titulares de un mismo derecho subjetivo no llegue a formar un ente independiente y distinto de los copartícipes que la conforman⁴. Si no fuera así, la comunidad sería un tipo de persona jurídica. Pero sabido es que la comunidad no participa de los rasgos típicos de la persona jurídica; por ejemplo, no tiene capacidad jurídica ni de obrar propia, ni un patrimonio diferenciado del atribuible particularmente a cada uno de sus miembros⁵. La comunidad incluso carece de la estructura artificial que acompaña a la persona jurídica a través de sus órganos de actuación (*persona representata*), pues, sea cual sea el tipo de comunidad sometida a examen, resulta discutible que un comunero actúe en nombre y por cuenta de los demás, cuando usa, disfruta o administra la cosa común. Por ello, se puede decir, como indica FERRARA, que “entre comunidad y persona jurídica hay una antítesis inconciliable, un antagonismo absoluto, porque la una denota pertenencia de derechos –aunque sea por partes- a personas físicas, mientras que la personalidad implica concentración de los derechos en una unidad jurídica y por consiguiente eliminación, por lo menos formal, de todo derecho inmediato sobre los bienes de las personas de los miembros”⁶.

En cuanto a las fuentes de la comunidad, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER han señalado que no hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, porque éstos quedarían incluidos en las formas de adquisición de los derechos en general⁷; y, en realidad, así es. La comunidad es el resultado de la adquisición de un derecho por una pluralidad de sujetos; por lo tanto, habremos de fijarnos apriorísticamente en la causa de esta adquisición para determinar cuál es la fuente de la comunidad.

⁴ STS 17 de noviembre de 1997 (f. j. 2º); y RDGRN 30 de diciembre de 1991.

⁵ Vid. DE CASTRO BRAVO, F., *La Persona Jurídica*, Civitas, Madrid, 1984, p. 272.

⁶ vid. FERRARA, F., *Teoría de las Personas Jurídicas*, traducido por E. Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929, p. 432.

⁷ Vid. ENNECCERUS, L., KIPP, Th. y WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil*, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguer, J., t. II-2º, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1966, p. 752.

En cualquier caso, las fuentes de la comunidad pueden tipificarse atendiendo a un criterio clásico, como es el de su origen. Esta clasificación distingue entre la comunidad convencional (o voluntaria) y la comunidad incidental, según haya intervenido o no la voluntad de los comuneros en su constitución⁸; esto implica afirmar que todas las comunidades que tengan su causa de atribución patrimonial en el acuerdo de voluntades de una pluralidad de sujetos deberían ser tipificadas como comunidades convencionales⁹; mientras que todas las demás [como la hereditaria o la derivada de la unión, comixtión o accesión (art. 381 y 382 C. c.)] quedarían incluidas dentro de las que han sido denominadas como incidentales, al no ser fuente de constitución la voluntad del conjunto de sujetos que van a conformar la comunidad.

Con respecto a la disciplina que gobierna cada comunidad, el artículo 392 del Código civil (en adelante, C. c.) dispone que la primera ley aplicable vendría dada por los pactos contractuales; la segunda, por las disposiciones especiales, si las hubiera; y la tercera, y subsidiaria, por lo previsto en el Código civil en materia de comunidad de bienes¹⁰. Ahora bien, conviene matizar que la naturaleza jurídica propia de cada comunidad determinará, además, qué límites tendrán los pactos dedicados a ordenar su funcionamiento. Su fin no deberá ser otro que el de proteger los intereses de todos y cada uno de los comuneros.

⁸ Vid. BARASSI, L., ob. cit., p. 248; y FRAGALI, M., *La comunione*, I, vol. XIII, del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, di Antonio Cicu y Francesco Messineo, Giuffrè, Milano, 1973, p. 42. También podríamos referirnos a una comunidad de bienes legal u obligatoria frente a otra de carácter negocial o voluntaria.

⁹ Se discute sobre la admisión del contrato de comunicación de bienes como medio para constituir (convencionalmente) una comunidad a través de un acto por el que unos sujetos ponen en común unos bienes, sin formar por ello una sociedad (vid. ALBALADEJO, M., “*La distinción entre comunidad y sociedad*”, AC, 1995-3, p. 671; y TRUJILLO CALZADO, M. I., *La constitución convencional de comunidades: contrato de comunicación de bienes*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 39 y ss.). En contra, MIQUEL (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, t. V, vol. 2, Edersa, Madrid, 1985, pp. 33 y 34), quien ha considerado que la comunidad es el resultado de atribuciones patrimoniales, y no la causa de tales atribuciones.

¹⁰ A efectos del Registro, la RDGRN 30 diciembre 1991 precisa que “los pactos, como destinados a regular el régimen de la comunidad (...), son inscribibles por su transcendencia real”.

II. TIPOS DE COMUNIDAD

Desde un punto de vista histórico, se han distinguido dos tipos de comunidad: la romana o *condominium iuris romani*, y la germánica o *condominium iuris germanici*. El régimen de una y otra ha obedecido a criterios organizativos diversos. Mientras la comunidad romana o por cuotas fue concebida como una situación transitoria o incidental (*communio incidens*), que ha admitido la *actio communi dividundo*, la comunidad germánica o en mano común (*Gesamteigentum o Gemeinschaft zur Gesamten Hand*) se ha caracterizado por tomar como referencia situaciones estables que, por diversas razones, tienden a prolongarse a lo largo del tiempo, y cuya disolución no queda bajo el libre arbitrio de cualquiera de los comuneros.

En las próximas líneas, intentaremos esbozar los caracteres más relevantes de cada una de estas comunidades, así como justificar la naturaleza jurídica romana o germánica de alguna de las comunidades presentes en nuestro ordenamiento jurídico.

A) La comunidad germánica o en mano común

La comunidad germánica o en mano común (*Gemeinschaft zur Gesamten Hand*) tiene su origen en el mal llamado Derecho germánico, ya que no se habla de la existencia de un Derecho germánico, sino, más bien, de una serie de pautas propias de diversas comunidades reguladas por diferentes normas y usos jurídicos de los pueblos germánicos¹¹. Son ellas las que nos permiten oponer entre sí las comunidades romana y germánica, aunque esta última no encuentre su acomodo en un Derecho germánico unitario.

¹¹ Vid. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACÓ, J. M., *Breviario de Derecho Germánico*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1993, pp. 15-24.

Cabría señalar que la propiedad común o comunidad en mano común en los pueblos germánicos comienza siendo una comunidad de tipo tribal que poco a poco se va transformando en una comunidad de tipo familiar¹². Su origen se encuentra en el matrimonio que generaba una situación en la que los cónyuges compartían un patrimonio en un estado de propiedad en mano común. Esta comunidad familiar no se disolvía tras la muerte de uno de los cónyuges, sino que continuaba con el cónyuge superviviente y los hijos que pasaban a ocupar el lugar del premuerto¹³. Su fin no era otro que el de permitir que la familia continuara viviendo de un único patrimonio familiar que pudiera atender a las exigencias de todos sus miembros.

Con el tiempo, el vínculo de parentesco entre las personas que formaban parte de la comunidad fue sustituido por el criterio de vecindad que les unía en el desarrollo de actividades propias de la economía tradicional como el pastoreo, la ganadería o la agricultura¹⁴. Los sujetos se vinculaban no sólo por lazos familiares, sino por actos meramente convencionales, con el fin de satisfacer necesidades comunes¹⁵. Su evolución dio lugar a la propiedad comunal sobre las aguas pluviales, los montes o pastos de concejos o de vecinos, los molinos, o incluso las casas, situación reflejada en el Derecho comarcal castellano y aragonés¹⁶; y, además, se extendió al comercio,

¹² Vid. BENEYTO PÉREZ, J., *Instituciones de Derecho Histórico Español*, Bosch, Barcelona, 1930, p. 168.

¹³ Vid. PLANITZ, H., *Derecho Privado Germánico*, traducción de la 3ª edición alemana por Carlos Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 316 y 318.

¹⁴ Vid. CUADRADO IGLESIAS, M., *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Servicio de publicaciones agrarias, Madrid, 1980, pp. 54-57; y ALTAMIRA CREVEA, R., *Historia de la Propiedad Comunal*, con estudio preliminar de Alejandro Nieto, Instituto de Estudios de la Administración local, Madrid, 1981, pp. 47 y ss.

¹⁵ Vid. BARASSI, L., ob. cit., p. 101.

¹⁶ Como ejemplo, tenemos la casa de consunno, objeto de arriendo, donde cada uno toma parte proporcional en la renta, dando opción, al que tiene parte muy considerable (magna suerte), a ser el único arrendatario, si cumple con lo que se le pide. En cuanto a los pastos, tenemos la llamada defesa o dehesa castellana donde pasta el ganado vacuno impidiendo el paso a los demás o facultando al ganado de villas y lugares para apacentar en los límites de sol a sol, regresando por la noche (alera foral y facerías pirenaicas), o abriendo terrenos al ganado una vez recogidos los frutos de aquéllos (marmas

donde los hijos del comerciante fallecido solían continuar en mano común la actividad de su padre¹⁷.

Sin embargo, la propiedad comunal inicia un lento declinar a partir del siglo XV, ya que poco a poco va siendo sustituida por un fenómeno que dará su fruto en el siglo XIX: la atribución del derecho de propiedad a la *universitas municipal*. El grupo de vecinos es suplantado poco a poco por el Municipio, aunque los bienes comunales, que se explican con los caracteres propios de una comunidad en mano común, no llegan a desaparecer del todo, sino que conviven con este nuevo fenómeno¹⁸.

Esta comunidad germánica o en mano común se caracteriza, pues, por prestar una especial atención a la colectividad. Lo relevante es el elemento corporativo, y no el individual ya que el comunero sólo es un miembro más del grupo social al que pertenece¹⁹. Como decía FERRARA, “el sujeto es una persona colectiva o una pluralidad de personas coligadas”²⁰.

La colectividad o grupo es el titular del derecho existente sobre los bienes comunes, de modo que es a ella a la que corresponde su administración, disfrute y disposición. Significa que se admite una administración conjunta o una gestión organizada conforme a un sistema de jerarquía. Algún autor ha aplicado el principio “*dominium plurium in solidum*” en oposición al principio romano “*duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*”²¹. Pero esta afirmación merece

asturianas) (vid. LALINDE ABADÍA, J. *Iniciación histórica al Derecho español*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 745-746).

¹⁷ Vid. FERRARA, F., ob. cit., pp. 436-438.

¹⁸ Sobre la relación entre el Municipio y los bienes comunales, NIETO, A., *Bienes comunales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 200-212.

¹⁹ Vid. SALIS, L., *La comunione*, v. 4, t. 2º del *Trattato di Diritto Civile italiano*, di Filippo Vassalli, Torino, 1939, p. 32.

²⁰ Vid. FERRARA, F., ob. cit., p. 50.

²¹ Vid. FLÓREZ DE QUIÑONES, V., “Comunidad o servidumbre de pastos”, RDP, 1933, p. 178.

ser precisada, porque lo que distingue a la comunidad germánica no es que el derecho -objeto de la comunidad- no venga revestido de la característica de la exclusividad, sino el hecho de que cada uno de los copartícipes aparezca investido de todas las facultades de uso y disfrute sobre la cosa común. De este modo, tanto los beneficios que se puedan obtener de la explotación de la cosa común, como los daños que pueda sufrir, repercutirán sobre la comunidad en su conjunto.

Suele afirmarse que la falta de atribución de participaciones a los comuneros en la cosa común como medidas de valor de una porción del derecho compartido es un elemento peculiar de la comunidad germánica. Su fundamento se halla en el vínculo personal que les une (por ejemplo, familiar, de cohabitación o vecindad) y crea una cohesión entre sus miembros, en la que prevalece el interés de la colectividad sobre el individual de cada uno de ellos²². La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de febrero de 1997 (f. j. 2º) así lo ha manifestado: la diferencia básica entre comunidad romana y germánica estriba en que “en la primera los cotitulares están relacionados entre sí por la unidad de la cosa en la que tienen una participación patrimonial; en la segunda lo que hay es un vínculo personal entre los partícipes al que se halla subordinada la relación real”.

No obstante, la noción de cuota no está del todo ausente en la comunidad germánica. Aquélla existe, aunque con un alcance distinto a la prevista en una comunidad romana. Se trata de una cuota de reparto que se hará efectiva en el momento de la liquidación de la comunidad. En este sentido aquélla actuará como una mera expectativa para el caso de disolución del vínculo personal²³. Por tanto, constante la comunidad no habrá una cuota exclusiva de la que el comunero pueda

²² Vid. ROCA SASTRE, R. M., “*La partición hereditaria ¿es un acto traslativo o declarativo de la propiedad?*”, RCDI, 1929, p. 652.

²³ Vid. GARCÍA GRANERO, J. C., “*Cotitularidad y comunidad. ‘Gesammte Hand’ o comunidad en mano común*”, RCDI, 1946, pp. 230-231; LACRUZ BERDEJO, J. L., “*En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales del Código Civil*”, Madrid, 1950, pp. 29 y ss.; y MARTÍN-RETORTILLO, C., “*Comunidad de bienes de origen comunal*”, RCDI, 1961, p. 758.

disponer libremente, ni una cuota que le atribuya una proporción de goce de la cosa puesto que su aprovechamiento se hará de forma colectiva e indeterminada.

La relación personal o familiar entre los sujetos excluirá la facultad de sustituir libremente a cualquiera de ellos, por negocio *inter vivos* o *mortis causa*, lo que impedirá la existencia de cuotas negociables o disponibles por negocios²⁴. De este modo, se evitará la posibilidad de que terceros extraños ocupen el lugar de un copartícipe dentro de la comunidad²⁵. Asimismo, el comunero tampoco podrá ejercitar la *actio communi dividundo*²⁶. Todo ello es fruto de la idea presente en todo *condominium iuris germanici*: la primacía del derecho del grupo sobre el del comunero individualmente considerado²⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico, se ha cuestionado la supervivencia de algunos tipos de comunidad inspirados en los principios germánicos de la *zur Gesamten Hand*, admitidos, de modo claro, en otros países de nuestro entorno²⁸. Los principios individualistas que presidieron la Codificación española no acogieron la idea de una propiedad comunal, la cual sólo se mantuvo en el ámbito de algunos Derechos forales. Sin embargo, esto no fue óbice para que alguno de los rasgos propios de la *Gesamten Hand* estuvieran presentes en ciertas comunidades específicas, lo que no significa que el reflejo de aquéllos pueda justificar la existencia

²⁴ STSJ de Cataluña 11 de febrero de 1997.

²⁵ Vid. GONZÁLEZ, J., “*La comunidad hereditaria*”, RCDI, 1931, pp. 174 y ss. La muerte de un comunero no pondría fin a la comunidad. Se podría admitir la subrogación de otro en su lugar, con independencia de las reglas sucesorias a aplicar, o que la parte del muerto acrezca a los demás, como mera expectativa para el caso de una posible disolución del lazo personal que les vincula.

²⁶ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., “*Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos*”, RGLJ, 1929, p. 234; y ROCA SASTRE, R. M., “*La comunidad de gananciales: destino de ésta en caso de renuncia*”, RCDI, 1930, p. 169.

²⁷ Vid. BARASSI, L., ob. cit., pp. 175 y ss.

²⁸ En el Derecho alemán (vid. ENNECCERUS, L., KIPP, Th. y WOLF, M., ob. cit., pp. 378 y ss.) y en el italiano (vid. FERRARA, F., ob. cit., p. 436).

de una regulación positiva de la especie de comunidad germánica en nuestro Derecho común²⁹. Nos ocupamos seguidamente de algunos de estos discutidos supuestos:

- a) La comunidad conyugal de gananciales en el Código civil³⁰.- La explicación de su naturaleza jurídica a través de los rasgos propios de la comunidad germánica o en mano común goza de una notoria aceptación³¹. Sin embargo, reducir la comunidad de gananciales a la mera fórmula de la comunidad germánica supone acudir a un régimen dogmático minimalista, ya que aquélla difiere en ciertos aspectos del patrón ideal de una comunidad en mano común³². Por ejemplo, es cierto que los cónyuges no pueden disponer de su titularidad compartida sobre el patrimonio común, siendo éste un rasgo propio de la comunidad germánica. Pero no se tiene

²⁹ Vid. GARCÍA GRANERO, J. C., ob. cit., pp. 383 y ss.; y BRIOSO ESCOBAR, E. L., “*Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división*”, RDN, 1980, p. 18. DE COSSIO Y CORRAL, A. (*Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, t. 50-vol I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, p. 37) ha sostenido que carece de interés práctico calificar a las comunidades como romanas o germánicas porque las escasas diferencias existentes en nuestro ordenamiento entre la una y la otra no afectan a la esencia de esas instituciones.

³⁰ Se ha discutido si es una comunidad, una sociedad o una mera cotitularidad (vid. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho de Familia*, Suárez, Sevilla, 1949, pp. 192 y ss.; y BLANQUER UBEROS, R., “*Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*”, RDN, 1981, p. 27.).

³¹ Entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. últim. cit., pp. 230 y ss; HERNÁNDEZ-ROS CODORNIÚ, R., “*Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición*”, RDP, 1943, p. 512; GARCÍA GRANERO, J., ob. cit., p. 510; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, 1993, p. 635; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 380-381; y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 2006, p. 158. En materia de jurisprudencia, las SSTS de 29 de diciembre de 1987, de 4 de febrero de 1988, de 13 de julio de 1988, de 19 de julio de 1989, de 12 de junio de 1990, de 23 de diciembre de 1992, de 14 de febrero de 2000, de 22 de diciembre de 2000, de 21 de diciembre de 2001, y de 17 de enero de 2003. También las RRDGRN de 2 de febrero de 1983, de 22 de mayo de 1986, de 16 de octubre de 1986, y de 4 de mayo de 2001.

³² Vid. RAMS ALBESA, J. J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 35. DE LOS MOZOS, J. L. (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1984, pp. 17-18) se refiere incluso al origen romano de la comunidad de gananciales.

en cuenta que esta afirmación tan sólo es válida en cuanto a los actos *inter vivos* porque en cuanto a los actos *mortis causa* el artículo 1379 C. c. recoge que “*Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales*”, lo que supone un alejamiento del modelo germánico³³.

Por consiguiente, la sociedad conyugal podría ser considerada más bien como una comunidad de bienes especial de Derecho de familia³⁴, constituida por una masa patrimonial sin personalidad jurídica propia, y dotada de sus propias normas de gobierno.

- b) Comunidades familiares y sucesorias de los Derechos forales³⁵.- Se trata de comunidades que perduran por generaciones, y que sirven para mantener indivisa la propiedad agraria con el fin de mejorar la explotación de la tierra³⁶. En ellas predomina de un modo claro los rasgos propios de las comunidades germánicas o en mano común: el vínculo personal que une a los comuneros derivado de una vida en común, de una comunidad de

³³ Otros ejemplos nos los dan los artículos 1384 (“*Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*”) y 1392.1º (“*La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1.º Cuando se disuelva el matrimonio*) C. c..

³⁴ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., ob. cit., pp. 95-97.

³⁵ Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXIII, v. 2, dirigidos por M. Albaladejo, Edersa, Madrid, 1990, p. 163; SERRANO GARCÍA, J. A., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, p. 394; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 17-18; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F., *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por E. Rubio Torrano, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 282; RUBIO TORRANO, E., *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, dirigidos por E. Rubio Torrano, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 293-294; BELLO JANEIRO, D., “*La Ley 4/95, 24 mayo, de Derecho civil de Galicia*”, RDN, 1995, pp. 9 y ss; y BADENAS CARPIO, J. M., “*Naturaleza jurídica de la sociedad rural menorquina*”, AC, abril 2002, p. 63.

³⁶ Vid. MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, L., “*El asociacionismo agrario en el Derecho foral histórico*”, RDP, marzo, 1987, pp. 224 y ss.

trabajo, de ganancias y de pérdidas; la ausencia de cuotas; la atribución de una administración y disposición conjunta de los bienes; la falta de una acción divisoria que ponga fin a la comunidad; y la no extinción de la comunidad por muerte de los comuneros, lo que conlleva un derecho de acrecimiento en favor de los demás.

- c) Las comunidades vecinales y los aprovechamientos comunales de pastos y leñas³⁷.- Se ha querido tener presente una práctica tradicional en algunos territorios de España que tendencialmente se ha explicado en términos de comunidad germánica o en mano común³⁸.

Merecen una especial atención los montes vecinales en mano común regulados por la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, cuyo carácter germánico resulta innegable³⁹. Según su artículo 1 son montes que pertenecen a “*agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas*” que vienen “*aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquéllas en su*

³⁷ Vid. el Capítulo III, Título VII, del Libro Segundo del Código civil, bajo el título “de las servidumbres voluntarias”. Nuestro legislador ha empleado el término “servidumbre” y el de “comunidad” indistintamente, lo que ha generado una cierta confusión al tratar de explicar su naturaleza jurídica (vid. CUADRADO IGLESIAS, M., *Comentarios del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1518-1519; DÍEZ- PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 905; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, t. I, Centro Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 499 y 500).

³⁸ Las comunidades de pastos creadas al amparo de lo dispuesto por el artículo 600 C. c. participarán de una naturaleza romana o germánica en función de lo dispuesto por su título constitutivo (vid. ROCA JUAN, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VII, vol. 2, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1990, p. 274). Sólo las constituidas con anterioridad a la aprobación del Código civil son un ejemplo de la supervivencia de la propiedad comunal sobre terrenos privados (vid. NIETO GARCÍA, A., “*Bienes comunales*”, RDP, 1960, nota 50, p. 363; y AGUDO PÉREZ, J. L., “*Los derechos de pastos aragoneses de origen foral*”, Revista de Derecho Civil de Aragón, 1999, pp. 137 y ss.).

³⁹ SSTS de 14 de mayo de 1998 (f. j. 2º).

condición de vecinos”. Se trata de una propiedad colectiva que tiene por objeto unos bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, cuya administración y disfrute recaerá, de forma exclusiva, en la comunidad propietaria⁴⁰.

B) La comunidad romana o por cuotas

1. Consideraciones generales

La comunidad romana o por cuotas (*communio iuris romani*) aparece inspirada en los principios individualistas del Derecho romano, por lo que, a diferencia de la germánica, se caracteriza por atribuir un derecho autónomo a cada uno de los cotitulares del que cada uno de éstos puede disponer libremente, así como una *actio communi dividundo*. Pero esta comunidad es fruto de una evolución, ya que los romanos conocieron diversas situaciones de pertenencia conjunta de una misma cosa a varios sujetos: el *consortium ercto non cito*, la *societas* y la *communio*.

El *consortium ercto non cito* surgía entre los hijos (*sui heredes*) a la muerte del padre, y representaba más una relación jurídico-familiar que una simple comunidad patrimonial hereditaria, ya que no sólo incluía los bienes de la herencia, sino también las nuevas adquisiciones⁴¹. No existían cuotas de participación y cada uno de sus miembros era propietario pleno de las cosas comunes (dominio *in solidum*), por lo que

⁴⁰ Cfr. el artículo 11.4. de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril de Montes. También MALUQUER DE MOTES BENET, C. J., “La consideración de los bienes comunales por la jurisprudencia a partir de la publicación del Código civil”, en *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, coordinadores Salustiano de Dios, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano, Centro de Estudios registrales, Madrid, 2002, pp. 575 y ss.

⁴¹ Vid ARIAS RAMOS, J., “Los orígenes de la sociedad: *societas* y *consortium*”, RDP, 1942, pp. 141 y ss.

cada uno de ellos podía disponer de éstas, quedando los demás obligados a respetar este acto dispositivo. Esta forma de comunidad comenzó a decaer con la República, y desapareció al principio del período clásico. De este *consortium* de carácter familiar se derivó, después, la *societas omnium bonorum*.

A pesar de emplear el término *societas*, esta forma de organización fue la de una comunidad que tenía su origen en un acto jurídico formal, a través del cual unos sujetos ponían en común una serie de bienes, y quedaban vinculados todos ellos entre sí. Su significado quedaba reducido al de comunidad convencional, diferenciándose posteriormente del llamado contrato de sociedad a través de la *affectio societatis*⁴². Su objeto era la constitución de un dominio sobre un conjunto de cosas comunes, donde cada comunero era pleno propietario de una parte de la cosa común -de la que podía disponer libremente-, así como acreedor de los créditos y deudor de las obligaciones sociales⁴³. Se formaba una *arca communis*, donde el patrimonio pertenecía a los socios en régimen de condominio. Sólo se extinguía esta forma de comunidad por muerte de un comunero o a través de la *actio familiae erciscundae*.

En los comienzos de la República, se inicia una forma de cotitularidad, llamada condominio o *communio pro indiviso*⁴⁴. Su diferencia con el viejo *consortium* se encontraba en que cada uno de los copropietarios no tenía la propiedad plena (*in solidum*) sobre la totalidad de la cosa común, ni la propiedad sobre una parte material de ésta, sino que cada uno era titular de una parte ideal (*quota*) del derecho de propiedad sobre la totalidad de la cosa común indivisa⁴⁵. Cada comunero tenía una *pars dominii* o *pars pro indiviso* que actuaba como límite al derecho individual de cada titular. Ello exigía unas reglas que trataran de armonizar la convivencia entre

⁴² En la *societas* está el origen tanto de la comunidad como de la sociedad.

⁴³ vid. ARIAS RAMOS, J., ob. cit., p. 143.

⁴⁴ Se habla de *rem communes esse, rem communem habere* o *rem plurium esse*.

⁴⁵ Para D'ORS y BONET (*El problema de la división del usufructo*”, ADC, 1952, p. 65), el fundamento jurídico de la propiedad dividida por cuotas está perfectamente admitida en el Derecho Romano, donde se prevé la acción reivindicatoria parcial, que se refiere a una petición parcial de la propiedad.

todas las cuotas, por lo que cada comunero podía usar la cosa común mientras no lesionara el derecho de los demás, y percibir los frutos dentro de los límites marcados por su cuota; incluso, podía disponer libremente de su cuota, pero no de toda la cosa, ya que, al no admitirse el dominio solidario se requería el consentimiento de todos los comuneros para este acto dispositivo. Sin embargo, el comunero sí podía ejercer acciones dominicales referentes a toda la cosa. También disfrutaba del *ius adscrescendi*, en virtud del cual podía expandir su derecho sobre la parte de los que renunciaban a su cuota en la comunidad; y del *ius prohibendi*, que le permitía impedir a los demás cualquier actividad sobre la cosa común con el empleo del correspondiente veto. A ello cabría añadir que cualquiera comunero disponía de la *actio communi dividundo* para poner fin a dicha comunidad.

Como hemos podido comprobar a lo largo de su evolución histórica, la comunidad romana se ha caracterizado por ser un tipo de cotitularidad que se ha regido por unos principios claramente individualistas frente a los colectivistas más propios de una comunidad germánica. Pero ello no ha sido óbice para que, en materia de administración, disfrute y disposición de la cosa común, hayan existido unas reglas sometidas a un régimen de mayoría o unanimidad, con el fin principal de organizar la coexistencia de las diversas cotitularidades mientras persistiera la correspondiente comunidad; es decir, con el fin de velar, al fin y al cabo, por el interés de la comunidad.

A diferencia de la comunidad germánica, existe una cierta unanimidad doctrinal al considerar que el *condominium iuris romani* es una organización problemática y, por ende, transitoria; y es que no suelen ser lazos personales los que unen a sus miembros, sino más bien sus singulares intereses patrimoniales, que coinciden (voluntaria o incidentalmente) en un momento dado. De ahí que se reconozcan titularidades individuales de los condóminos en cuanto a su cuota; una *quota* que actúa como una medida de participación en el derecho común y que se va a integrar en el patrimonio del comunero. Ello se traduce en que el comunero puede disponer de su cuota en favor de un extraño, sin necesidad de requerir el

consentimiento de los demás, y salir de la comunidad a través de la *actio communi dividundo*, ejercitable libremente por cualquier copartícipe.

No obstante, la STS de 10 abril de 1990 (f. j. 1º) ha querido reducir las diferencias entre el *condominium iuris romani* y el *condominium iuris germani* al advertir que “la diferenciación es más de tipo conceptual”, porque tanto en una como en la otra “ese carácter que le es común, la de la su indivisión actual” hace que existan “cuotas o porcentajes (...) ideológicos o imaginativos en total oposición a toda significación de determinación o división material o física específica (...)”.

En cualquier caso, nuestro Código civil se hace eco de los principios propios de la comunidad romana en la regulación que nos ofrecen los artículos 392 y siguientes sobre la comunidad de bienes, que aparecen claramente impregnados de los principios individualistas que presidieron la Codificación, y que pasamos a examinar a continuación.

2. Supuestos

a) El modelo de comunidad de bienes del artículo 392 del Código civil

De esta figura presentaremos su concepto, naturaleza jurídica y fundamentos en los que se apoya su carácter romano.

Comenzamos aclarando que el artículo 392 C. c. no aporta un concepto de “comunidad de bienes”. Tan sólo describe el supuesto de hecho que se subsume en esta figura, al disponer que “*Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*”.

En una primera aproximación, cabría considerar a la comunidad como una relación jurídica que vincula a varias personas, y que tiene su origen en la concurrencia de unos intereses particulares de idéntica naturaleza sobre una cosa o patrimonio. Aquéllas serían cotitulares de unos intereses que les confiere el derecho subjetivo en el que participan, entendido éste como el conjunto de utilidades que proporciona aquél a sus titulares⁴⁶. No obstante, aunque es correcta esta definición de la comunidad de bienes, los términos empleados por el Código civil generan dudas en cuanto al contenido de esta figura jurídica.

⁴⁶ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia general de la Legislación Española*, t. III, Madrid, 1890-1910, pp. 183 y ss.; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Jurisprudencia del Código Civil*, t. II, Madrid, 1901, p. 116; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., ob. cit., p. 126; CASTÁN TOBEÑAS, J. M., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 2, vol. 1, 14ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1992, p. 459; En contra, BORRELL Y SOLER, A. M., *El Dominio según el Código Civil Español*, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 178 y ss.

Algunos autores han sostenido la idea de que el artículo 392 C. c. acoge tan sólo una especie de comunidad de bienes, como es la copropiedad o el condominio, porque el legislador emplea la expresión “*propiedad de una cosa o de un derecho*” para definir el supuesto de hecho⁴⁷.

Por el contrario, otros autores han defendido una postura más amplia al mantener que el citado precepto regula la comunidad de bienes como género, dentro de la cual la copropiedad sería su supuesto más trascendente, y por ello la principal destinataria de su régimen⁴⁸.

Nos resulta más convincente esta última posición. Aunque deja patente la imprecisión terminológica de nuestro legislador al describir la comunidad de bienes en términos de “*propiedad de una cosa o de un derecho*”, porque no tiene en cuenta que el dominio en sentido propio sólo recae sobre cosas corporales, y no sobre derechos. Siendo esto así, cabría preguntarse si puede ser admitida una interpretación correctora del término “*propiedad*” a fin de que éste sea sustituido por el de “titularidad”. La consecuencia inmediata de la inevitable respuesta positiva sería la de definir la comunidad de bienes como la titularidad de una cosa o derecho compartida por varios sujetos pro indiviso, donde la titularidad sobre la cosa equivaldría al específico derecho real de propiedad. Por consiguiente, como ha reconocido la STS de 14 de abril de 1989 (f. j. 3º), el artículo 392 C. c. “no limita la comunidad de la propiedad de las cosas en su sentido material, puesto que (...) la cotitularidad que comporta toda situación de comunidad puede recaer sobre toda clase de derechos”. Este fenómeno ha permitido hacer extensible la aplicación del régimen jurídico de la comunidad de

⁴⁷ vid. MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 6; y RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil*, t. III, Bosch, Barcelona, 2001, p. 301.

⁴⁸ Vid. ENNECCERUS, L., KIPP, Th., y WOLF, M., ob. cit., p. 754; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., ob. cit. p. 126; y CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil...*, cit., p. 458.

bienes del Código civil sin ningún prejuicio a cuestiones relacionadas con cualquier tipo de cotitularidad⁴⁹.

De lo expuesto anteriormente, la STS de 14 de noviembre de 1998 (f. j. 2º) ha deducido que “el artículo 392 del Código civil se refiere tanto a la propiedad como a otros derechos, lo que autoriza a que puedan tener en comunidad no sólo bienes y derechos reales, sino también créditos (...)”⁵⁰. Por tanto, el derecho que se comparte no ha de estar ligado necesariamente a la tenencia de una cosa, sino que también lo puede estar a una mera prestación⁵¹. Ahora bien, esto no debe constituir un impedimento para desarrollar una labor interpretativa que excluya aquellos derechos de crédito que por su naturaleza no encajen en la figura de “la comunidad de derechos” del artículo 392 C. c. Esto es lo que sucede con aquellos créditos susceptibles de ser fragmentados (como los créditos parciarios), o con aquellos otros que no tienen un carácter exclusivo (como sucede con los créditos de carácter solidario)⁵². No ocurre lo mismo con los créditos mancomunados indivisibles⁵³, a los que la escasa regulación del Código civil (arts. 1139 y 1150 C. c.) exige una aplicación subsidiaria de las normas de la comunidad de bienes del mismo cuerpo legal⁵⁴.

⁴⁹ Por ejemplo, la aplicación de las normas de la comunidad de bienes a las uniones *more uxorio* [SSTS de 18 de mayo de 1992 (f. j. 4º), de 18 de marzo de 1995 (f. j. 3º), de 22 de enero de 2001 (f. j. 2º), y de 16 de julio de 2002 (f. j. 4º)].

⁵⁰ En este sentido, ROCA JUAN, J., “La renuncia liberatoria del comunero”, ADC, 1957, pp. 109 y 110; TORRES LANA, J. A., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por Albácar, J.L., t. II, Madrid, 1991, p. 263; DÍEZ-PICAZO, L., ob. últim. cit., p. 902; y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos* ..., t. III-2, cit., p. 347. En contra, GARCÍA GRANERO, J. C. (ob. cit., pp. 145 y ss.) y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (ob. cit. pp. 25 y 29), quienes mantienen que la comunidad de bienes del artículo 392 C. c. sólo tiene por objeto derechos reales porque son derechos subjetivos absolutos, exclusivos, en los que no es posible, por su propia naturaleza, ni la gradación, ni la concurrencia, por lo que son los únicos susceptibles de ser tenidos en común.

⁵¹ SSTS de 10 de abril de 1990 (f. j. 1º), y de 18 de noviembre de 2000 (f. j. 2º).

⁵² Sobre la naturaleza jurídica de los créditos solidarios, BALLARÍN MARCIAL, A., “Titularidad solidaria”, en AAMN, T. XIII, 1962, p. 196.

⁵³ En este sentido, la STS de 14 de noviembre de 1998 (f. j. 2º).

⁵⁴ Vid. GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1983, p. 207.

En consecuencia, si consideramos a la comunidad de bienes del Código civil como un género, y no una especie, quedarían integradas en ella la cotitularidad de los derechos reales, la de los derechos de crédito (que no sean susceptibles de ser fragmentados) y la de los patrimonios o masas patrimoniales.

Sobre la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes regulada por el Código civil planea el problema de cómo compatibilizar el carácter exclusivo del derecho subjetivo ordinario con su atribución a varios titulares. A simple vista, parecen presupuestos antagónicos si consideramos que la unidad del derecho compartido conlleva un poder de exclusión que evita que varios sujetos puedan disfrutar de idénticas facultades sobre una misma cosa. Tal planteamiento derivaría de la máxima romana “*duorum vel plurium, in solidum dominium, esse non potest*”, que impide la simultánea coexistencia de diversos dominios sobre un mismo objeto y sólo admite la concurrencia de derechos de contenido desigual, como por ejemplo, la propiedad y los *iura in re aliena*.

Diversas teorías han dado lugar a diferentes soluciones dogmáticas con el único fin de conciliar los elementos objetivo y subjetivo de la comunidad de bienes. La densidad y complejidad del tema aconseja realizar una sucinta exposición de las principales corrientes doctrinales en este punto, por ser tema que extravasa el objeto de nuestro trabajo. De ellas nos ocupamos a continuación.

- a) La consideración de la comunidad como una colectividad con personalidad jurídica.- Esta postura no ha tenido aceptación en nuestra doctrina ni en la jurisprudencia, pese a que las leyes laborales y fiscales han contemplado a la comunidad como un sujeto de derechos

y obligaciones⁵⁵. Esta atribución de personalidad es una falacia. Su objetivo primordial no es otro que simplificar el tratamiento que, a tales efectos, resulta oportuno dar a una comunidad de bienes. Pero este planteamiento no puede tener acogida en el ámbito de nuestro Código civil porque la comunidad de bienes no es un ente diferenciado del conjunto de sujetos que la conforman⁵⁶. Al contrario, los titulares del derecho son el “partícipe” (arts. 393 y 394 C. c.), el “copropietario” (art. 395 C. c.) o el “condueño” (arts. 397 y 399 C. c.), los cuales forman parte de la comunidad. Estos términos los emplea el propio Código civil para expresar la idea de que los sujetos del derecho son todos y cada uno de los comuneros. Sólo el artículo 405 C. c.⁵⁷ disiente de la tónica general al utilizar el término “comunidad” como sujeto obligado frente a un tercero. No obstante, esta mera referencia no sirve para justificar un trato diferenciado a la comunidad, ya que la verdadera pretensión del legislador sólo es la de precisar que, tras la división, la obligación pendiente vincula al conjunto de sujetos que han estado unidos por una relación jurídica de comunidad, ahora extinguida, y no la de reconocer una personalidad jurídica a esta última.

⁵⁵ Por ejemplo, el artículo 35. 4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, según el cual *“Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las Leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición”*.

⁵⁶ Vid. *supra*, nota 4.

⁵⁷ El artículo 405 C. c. dispone que *“La división de una cosa común no perjudicará a tercero Conservarán, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad”*.

- b) La teoría de la división ideal de la cosa o teoría de la propiedad plúrima parcial.- Esta teoría ha tenido una cierta acogida por parte de nuestros autores⁵⁸. Explica la combinación de la unidad del objeto de la comunidad con la atribución de cuotas intelectuales a cada uno de sus miembros a través de la idea del concurso de varios derechos, autónomos e independientes entre sí, con varios titulares, donde cada derecho no se refiere a toda la cosa, sino a una parte de ella. Cada uno de los comuneros tendría una cuota ideal de la cosa, y la suma de todas ellas constituiría la comunidad.

Sin embargo, esta teoría no nos conviene porque tropieza con el concepto de comunidad que venimos manteniendo hasta ahora, donde el objeto de la comunidad es el derecho y no la cosa, en cuyo caso la cuota ideal debería recaer sobre aquél, y no sobre ésta.

Las reglas del Código civil son claras al respecto, y tan sólo podríamos albergar alguna duda en relación con lo dispuesto por el artículo 399 C. c., según el cual *“Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte ...”*. Pero aquélla quedaría disipada si pusiéramos el énfasis en el adjetivo *“plena”*, y no el sustantivo *“parte”*, porque consideraríamos que el fin de la disposición legal sería la de hacer hincapié en la existencia de una cuota del derecho de propiedad libre de cargas y gravámenes, y no en la idea del dominio sobre una parte de la cosa.

⁵⁸ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., ob. cit., pp. 182 y ss; MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. III, Reus, Madrid, 1918, pp. 411-417; EICHLER, H., *“La idea de copropiedad”*, ADC, 1961, pp. 915 y ss; y con ciertos matices MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 13.

- c) La teoría de la división ideal del derecho.- Esta teoría se diferencia de modo claro de la anteriormente expuesta en que la división ideal recae sobre el derecho, y no sobre la cosa, dando lugar su recomposición al derecho íntegro sobre todo el objeto común⁵⁹. Con ella se explicarían aquellos preceptos del Código civil que consagran los actos “*pro parte*” del comunero, como, por ejemplo, el artículo 393, párrafo 1º, C. c., conforme al cual “*El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas*”; o el artículo 399 del mismo cuerpo legal que prevé lo siguiente: “*Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte ..., pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento ...*”. Sin embargo, colisionaría con aquellos otros que permiten la actuación individual del comunero sobre el derecho común. Tal es el caso de lo dispuesto por el artículo 394 C. c., el cual determina que “*Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes ...*”; o del párrafo 1º del artículo 398 C. c. que dispone que “*Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes*”, motivo por el cual los actos de varios comuneros podrán repercutir sobre el derecho en su totalidad.

Por otra parte, la teoría de la división ideal del derecho en tantos derechos parciales como sujetos haya resulta cuestionable, porque podría conducir a la idea de que también se dividen las facultades que este derecho comporta, y esto no es así. Las facultades de uso, disfrute y disposición no se dividen en tantas partes como comuneros haya, sino que se comparten. La razón la hallamos en que estas facultades tienen su origen en un mismo derecho, que es el que actúa como causa de atribución, por lo que cada uno de los miembros de la comunidad tendrá cada una de estas facultades por entero siempre que no perjudique a los demás (*ex art. 394 C. c.*). En tal caso su ejercicio requerirá de un

⁵⁹ vid. FERRARA, F., ob. cit., p. 418.

proceso de coordinación entre todos los cotitulares para que aquéllas puedan ser ejercitadas.

- d) La teoría de la propiedad plúrima total.- Se trata de una teoría que ha sido defendida por don José BELTRÁN DE HEREDIA, quien aboga por una concurrencia de derechos propiedad autónomos sobre una misma cosa, de modo que “el derecho de propiedad no está, por tanto, dividido en partes materiales o ideales, sino que cada copropietario tiene un derecho de propiedad *pleno*, en cuanto a extensión, igual al derecho de propiedad exclusivo, cualitativamente. Pero, al estar limitado cada uno de ellos, en su ejercicio, por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, resulta diverso cuantitativamente, es decir, en cuanto a intensidad del derecho de dominio exclusivo”⁶⁰. Significa, según la STS de 28 de mayo de 1986 (f. j. 4º), que “cada copropietario tiene 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 (...)”.

En su defensa el autor aporta lo dispuesto por los artículos 394 y 395 C. c.⁶¹, de donde se infiere la idea de que cada comunero tiene un derecho sobre la totalidad de la cosa, aunque sin violar el principio “*duorum vel plurium, in solidum dominium, esse non potest*”. Esta tesis no defiende el llamado dominio solidario, porque la propiedad de

⁶⁰ vid. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., ob. cit. p. 171.

⁶¹ Dice el artículo 394 C. c. que “*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*”. Por su parte, según el artículo 395 C. c., “*Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. ...*”.

un comunero no es igual a la de otro con un poder idéntico e ilimitado sobre la misma cosa. Por el contrario, mantiene la concurrencia de varios derechos de propiedad sobre la misma cosa, de igual naturaleza en cuanto al contenido, pero de distinta intensidad en cuanto al poder, ya que el objeto del derecho no es la cosa en su materialidad, sino en cuanto a las utilidades que proporciona a su titular⁶².

La crítica que se ha dirigido a esta postura doctrinal procede del hecho de que la actuación de un copartícipe sobre la cosa común está sometida al régimen de unanimidad o mayoría de los artículos 397 y 398 del C. c., de modo que un comunero no dispondrá de un derecho cualitativamente idéntico al del propietario único, porque no tendrá sus mismas facultades reducidas a escala⁶³.

Todas las teorías expuestas nos muestran el estado de la cuestión referida a la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes del Código civil. Pero ninguna de ellas se ajusta en puridad a lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico. Aunque parece que la teoría plúrima total es la que mejor se acomoda, aun siendo conscientes de que también requiere ser matizada por las cuestiones que en sí genera.

Por este motivo, LACRUZ ha señalado que “la participación en una propiedad de varios” no es un “trozo ideal del derecho de dominio o de la cosa sobre la que ésta recae, sino expresión de un derecho distinto que puede alcanzar las cotas de la propiedad individual, pero cuyo carácter absoluto está condicionado y modalizado por la concurrencia de otros titulares”⁶⁴. Con estos términos pretende recalcar que, aunque es cierto que cada uno de los comuneros tiene un derecho cualitativamente idéntico al de los demás, no se puede sostener que éste tiene un contenido idéntico al que integra

⁶² Vid. CICU, A., ob. cit., p. 717.

⁶³ Vid. MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 10.

⁶⁴ vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, t. III-2, cit., p. 355.

el derecho de un titular único. La concurrencia de varios titulares repercutirá de modo directo sobre la actuación individual del comunero, que quedará sometida a las reglas de la mayoría y unanimidad previstas en el Código civil; unas reglas que servirán para ordenar el funcionamiento de la comunidad⁶⁵ En consecuencia, la situación del comunero siempre estará condicionada por la cuota ideal atribuible al partícipe, lo que restringirá su poder sobre la cosa común⁶⁶.

De esta concepción, tal y como afirma la STS de 28 de mayo de 1986 (f. j. 4º) “arranca el concepto de ‘cuota’, como razón o medida en cuya virtud se limitan y armonizan recíprocamente las posiciones de los cotitulares. Por tanto, los derechos se extienden sobre toda la cosa dentro del ámbito que la cuota señala”. Siendo esto así, constatamos como la cuota es un elemento sustancial en la comunidad de bienes del Código civil al actuar como representación aritmética del derecho atribuido a cada comunero. Su relevancia hace que esta figura merezca una atención un tanto más detallada, ya que se va a constituir en el pilar fundamental para atribuir a la comunidad de bienes una naturaleza romana, tal y como vamos a exponer a continuación.

⁶⁵ A los miembros de una comunidad se les exige una interrelación entre todos ellos a fin de encontrar una voluntad colectiva que va a cercenar la voluntad individual de cada uno de ellos. Éste es el motivo por el que se admite el uso y disfrute particular sobre la totalidad de la cosa siempre que no se impida a los demás utilizarla “*según su derecho*” (ex art. 394 C. c.). Lo mismo podríamos apuntar en cuanto a la facultad de disposición atribuible al comunero, cuyo ejercicio viene limitado por la cuota asignada al comunero. En este caso, además habría que distinguir entre la disposición de la cuota del derecho común y la disposición de la totalidad de este último. Para explicar estas dos vertientes de la facultad de disposición no cabe referirse al artículo 399 C. c., porque no se puede aplicar en términos de atribución de distintos poderes de disposición en función si el comunero enajena todo, o parte del derecho, ya que se trata de una única facultad de disposición que confiere poderes sobre la totalidad, o sobre una parte del derecho. Acertadamente MIQUEL (ob. cit., p. 11) ha argumentado que cuando se dispone conjuntamente lo que hay es una coordinación, pero no objetos distintos de disposición. Por tanto, no existen tantas facultades de disposición como comuneros haya, sino distintos modos de usar una única facultad de disposición.

⁶⁶vid. BRIOSO ESCOBAR, E. L., ob. cit., pp. 45-48.

La mayor parte de nuestra doctrina⁶⁷ y de la Jurisprudencia⁶⁸ ha considerado que la regulación de la comunidad de bienes del Código civil se inspira en los principios de la comunidad romana o por cuotas. Se justifica esta tesis en que sus reglas se fundamentan en las siguientes pautas: la presencia de las cuotas como medidas de participación en el derecho común (art. 393 C. c.), la disponibilidad de la cuota por su titular a su libre arbitrio (art. 399 C. c.), y el reconocimiento del libre ejercicio de la acción divisoria por cualquier copartícipe como causa de extinción de la comunidad (art. 400 C. c.). Examinaremos a continuación cada uno de estos aspectos.

- a) La relación entre el copartícipe y la cosa común: la cuota.- Al igual que sucedía en la comunidad romana, la cuota tiene una especial relevancia en la comunidad de bienes del Código civil. Condiciona la relación entre el sujeto y la cosa común, objeto del derecho compartido a los efectos de su administración y disposición. Sirve para determinar la porción material atribuible a cada cotitular tras la correspondiente división⁶⁹, pero también actúa como valor numérico para medir la participación en los beneficios y las cargas; así, el artículo 393 C. c. dispone que *“El concurso de los partícipes, tanto*

⁶⁷ Entre otros, ESPÍN CANOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. II, Edit. Revista Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 252; ENNECCERUS, L., KIPP, Th. y WOLF, M., ob. cit., p. 752; BRIOSO ESCOBAR, E. L., ob. cit., pp. 16-18; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil ...*, t. II, v. 1, cit., pp. 520; MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 13; LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. últim. cit., pp. 347 y ss; y DÍEZ-PICAZO, L., ob. últim. cit., p. 903. Algunos autores discrepan de la tónica general, apoyándose en que el Código Civil admite que, en materia de actos de administración, un acuerdo mayoritario pueda vincular a una minoría (art. 398 C. c.), alejándose del sistema romano de la unanimidad. Este argumento ha sido utilizado para defender la tesis de que la comunidad de bienes del Código Civil no puede ser definida a través de los modelos doctrinales germánico o romano (vid. DE CASTRO BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972, p. 64; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., ob. últim. cit., Madrid, 1999, pp. 482-483).

⁶⁸ Entre otras, SSTs de 30 de septiembre de 1982 (cdo. 2º), de 4 de febrero de 1988 (f. j. 2º), de 10 de abril de 1990 (f. j. 1º), de 2 de julio de 1998 (f. j. 2º), de 28 de julio de 1999 (f. j. 2º), y de 30 de julio de 1999 (f. j. 2º).

⁶⁹ “No hay precepto legal alguno en la regulación de la comunidad de bienes que permita a la autoridad judicial la alteración de las cuotas de los copartícipes (...)” [STS 9 de octubre de 2002 (f. j. 3º)].

en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas". De este modo, al tratar de repartir los posibles frutos (verbigracia, las acciones derivadas de un derecho de suscripción preferente), o asumir ciertos gastos (por ejemplo, los impuestos o el reparto de dividendos pasivos para el pago de deudas), se tendrá en cuenta este criterio.

Se conmina a que cada comunero contribuya al mantenimiento de su parte ideal en la cosa común conforme a su cuota. Así lo establece el artículo 395 C. c.: "*Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común*". Son gastos que tendrán su origen en el mantenimiento de la cosa objeto del derecho común y que, por tanto, se encontrarán íntimamente ligados a las expectativas que cada comunero tendrá puestas en ella. Se trata de conservar la cosa común, para que cada sujeto pueda materializar su cuota en el momento en que se proceda a la división de aquélla, actividad que no podrá realizar si el objeto se pierde o destruye. Se busca salvaguardar las futuras cuotas reales, admitiendo que tales gastos puedan ser sufragados incluso por uno sólo de los comuneros, en cuyo caso el gasto soportado por un comunero dará lugar a un crédito que le permitirá reclamar a los demás su participación en proporción a su cuota.

Los gastos de conservación generarían obligaciones *propter rem*, que tienen su origen en la cotitularidad del derecho, y no viceversa; de ahí que aquéllas nazcan para quien es titular cuando se ha generado el gasto y no vinculen al que ha dejado de serlo⁷⁰. Por ello,

⁷⁰ Vid. BONET CORREA, J., "*La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio del Código Civil*", RGLJ, 1961 (II), pp. 16 y ss. En el mismo sentido, vid. arts. 544, 575 y 1695, 3ª, todos ellos del Código civil.

conforme al artículo 395, *in fine*, C. c., “Sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio”, una renuncia que liberará al sujeto de los gastos y aumentará la parte de los demás, según su cuota⁷¹. Son gastos que afectarán a todas y cada una de las cuotas ideales de los cotitulares, ya que estarán profundamente interrelacionadas. La indivisión les constriñe a que ninguno pueda, bajo su libre arbitrio, decidir si quiere, o no, conservar la cosa común, porque su decisión afectará siempre al resto. Si de lo que se trata es de defender la posible porción material de la cosa indivisa, cada uno de los comuneros deberá observar la regla del artículo 395 C. c. y contribuir a su conservación conforme a su cuota de participación en la comunidad, salvo pacto en contrario de todos los comuneros; es decir, salvo que los comuneros hayan pactado una cuota en materia de obligaciones y frutos distinta de la porción atribuible al sujeto partícipe en el derecho común.

- b) La disponibilidad de la cuota.- Declara el artículo 399 C. c. que “*Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento ...*”⁷². Por tanto, se admite que el comunero pueda disponer de su cuota libremente y sin necesidad de que concurra el consentimiento de los demás copartícipes, aunque

⁷¹ Se discute sobre si surge el *ius adreascendi*, o si la renuncia implica una derelicción que lleva a la *ocupatio* (vid. ROCA JUAN, J., ob. cit., pp. 94 y ss.).

⁷² Su precedente jurídico lo encontramos en La Ley 55, Tít. 5º, Partida 5ª, donde se admite la venta por un comunero de su parte en la cosa común a otro partícipe o a un extraño. Posteriormente, el Proyecto de 1851 no prevé esta facultad, aunque sí lo hace el Anteproyecto de 1882, cuyo artículo 401 presenta un contenido idéntico al actual artículo 399 C. c., el cual se inspiró en el artículo 679 Código civil italiano de 1865.

después éstos tengan la posibilidad de ejercitar un derecho de retracto, si la cuota ha sido enajenada a un extraño⁷³.

La enajenación, la cesión o la hipoteca son ejemplos del ejercicio de la libre autonomía por parte del copartícipe. El artículo 399 del C. c. permite incluso al comunero “*sustituir otro en su aprovechamiento*”, expresión que se ha de interpretar como una cesión de los “*frutos y utilidades*” de la cosa que corresponden a cada copartícipe, sin que el cedente pierda por ello su cualidad de comunero (art. 490 C. c.). Los frutos y utilidades de la cosa pertenecerán al sustituto, y el cedente soportará los gastos necesarios para producirlos en la parte que le corresponda como titular del derecho que es, aunque después lo pueda repercutir sobre el cesionario, si así lo acordaron (por ejemplo, las rentas obtenidas tras un arrendamiento). Los demás copartícipes nada podrán reclamar al cesionario, por no ser éste parte de la comunidad.

El citado precepto del Código civil precisa que “... *el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad*”. Esto no significa que los efectos de estos negocios dependan de la adjudicación de bienes concretos, tras la extinción de la comunidad, porque si fuera así, carecería de virtualidad el artículo 399 C. c.⁷⁴. Muy por el contrario, no se suspenderá la validez ni la eficacia del acto de enajenación de la cuota, por lo que el comunero dispondrá de un poder jurídico de dimensión limitada, aunque de

⁷³ Un derecho que la STS de 7 julio 1995 (f. j. 3º) califica como “derecho de adquisición preferente concedido por ministerio de la ley, con naturaleza de derecho real”. También se pronuncian en el mismo sentido la STS de 3 de marzo de 1995 (f. j. 3º).

⁷⁴ Aunque pueden quedar pendientes los efectos de la enajenación de un bien por uno de los comuneros hasta que tal bien le sea adjudicado tras la correspondiente división. En este caso, los efectos del acto no serán reales, sino obligacionales.

contenido pleno. Digamos que el objeto de la enajenación no será una parte material de la cosa común, sino el derecho del comunero sobre la cosa en la medida establecida por su participación; un derecho que sólo se materializará cuando se produzca la división de la cosa común.

Por consiguiente, el adquirente de la cuota ocupará el lugar del partícipe en la comunidad a todos los efectos, aunque, respecto de la hipoteca, ésta recaerá sobre toda la cosa *pro parte* hasta que se produzca la división que transforme la cuota ideal en una porción real, a partir de la cual la parte adjudicada a los demás quedará libre de esta carga⁷⁵.

Sin embargo, a pesar de atribuir al comunero una facultad que le permitiría disponer libremente de su cuota, existen límites. Algunos vienen dados por la propia naturaleza personalísima e intransmisible del derecho que se trata de enajenar (por ejemplo, art. 525 C. c.); en cambio, otros van a tener su origen en prohibiciones de disponer impuestas por la ley, por resoluciones judiciales o administrativas, o por actos voluntarios, que van a impedir al comunero disponer de su cuota (arts. 26 y 27 L. H.).

⁷⁵ Esta conclusión puede inferirse de lo dispuesto por los artículos 54 y 216 del Reglamento hipotecario (en adelante R. H.), al permitir la inscripción de la parte indivisa de un derecho (y su hipoteca) siempre que “*se determine previamente la cantidad de que cada ... porción deba responder*”. De ahí que la hipoteca pueda recaer sobre una parte indivisa de la finca, siempre que se limite esta porción, ora deslindándola materialmente, ora determinando su cuantía con relación al valor total del inmueble, ora precisando la proporción en que la referida parte se encuentra con respecto a la total cabida de la finca. Por tanto, no hay que confundir los problemas derivados de la ejecución hipotecaria por parte del acreedor con la suspensión de los efectos de la hipoteca de la cuota.

- c) La *actio communi dividundo*.- Esta facultad tiene un rancio abolengo histórico. Hunde sus raíces en los postulados individualistas de la comunidad romana o por cuotas⁷⁶. Se ha justificado su origen en aforismos tales como “*communio est mater discordiarum*”; o “*in communione nemo detinetur invetus retinere*”, que miran con disfavor a la comunidad, por lo que, tal y como ha manifestado la STS de 19 de octubre de 1992 (f. j. 3º), “la transformación del derecho por cuota de condominio en propiedades privadas e individualizadas, viene a ser la regla normal que se ha de procurar, ya que encuentra aval firme no sólo en razones estrictamente jurídicas, sino también económicas e incluso sociales, para posibilitar convivencias más armónicas”.

El párrafo 1º del artículo 400 C. c. dispone que “*Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad*”. A tal fin, permite que cada uno de ellos pueda pedir en cualquier tiempo “*que se divida la cosa común*”, debido a la imprescriptibilidad de la *actio communi dividundo* (art. 1965 C. c.).

Esta acción representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, motivo por el cual su ejercicio no estará sometido a circunstancia obstativa alguna⁷⁷. En este sentido, la STS de 27 de diciembre de 1999 (f. j. 2º) ha llegado a manifestar que el hecho de que pueda atribuirse el usufructo total de la cosa a uno sólo de los copropietarios, supone la exclusión de los demás en cuanto al uso y disfrute, pero ello no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa común. Con base en esto, los comuneros podrán pactar libremente cómo realizar la división de la cosa común

⁷⁶ En la Ley 11, Título 10 de la Partida 5ª y en las Leyes 1ª y 2ª, Título 15 de la Partida 6ª (vid. MANRESA NAVARRO, J. M., ob. cit, pp. 392-393; y BRIOSO ESCOBAR, E. L., ob. cit., p. 50).

⁷⁷ SSTS de 8 de marzo de 1999 (f. j. 1º).

(art. 402 C. c.); y si nada pactaron, el artículo 406 C. c. remite a las reglas de la comunidad hereditaria en materia de partición, que sólo regirán con carácter supletorio o complementario de las disposiciones específicas de los artículos 400-405 del mismo cuerpo legal, y en tanto no se opongan o estén en contradicción con ellos⁷⁸.

El Código civil legitima al “copropietario” para pedir la división de la cosa común, ante lo cual algunas Sentencias del Tribunal Supremo han exigido que se ostente la cualidad de copropietario para ejercitar tal acción⁷⁹. De este modo, sólo quien comparta “el dominio” de la cosa podrá emprender una acción de esta naturaleza, dirigiéndola siempre contra los que pudieran disponer de su cuota en este mismo sentido⁸⁰. Sin embargo, venimos manteniendo que, puesto que los artículos 392 y siguientes del Código civil regulan una comunidad de derechos con carácter general, aunque se refieran a la copropiedad como figura más relevante, cualquier comunero estará legitimado para ejercitar la *actio communi dividundo*, sea cual sea la naturaleza del derecho compartido, aunque con ciertos matices. Son estos los que nos conducen a la idea de que todo derecho es divisible, salvo que su división incida en el desarrollo de la función para la que fue constituido⁸¹, o exista una prohibición expresa al respecto. De ahí, por ejemplo, que la STS de 6 de marzo de 1956 (cdo. 1º) sólo admitiera la división del usufructo cuando

⁷⁸ Vid. arts. 1051 y ss.

⁷⁹ SSTS de 26 de diciembre 1981 (cdo. 3º), y de 5 de junio de 1987 (f. j. 2º).

⁸⁰ Por ello, los usufructuarios no deben ser demandados al instar la división [SSTS de 13 de diciembre de 1983 (cdo. 5º); y de 20 de abril de 1988 (f. j. 5º)]. Aunque resulta discutible el caso del usufructo pro indiviso de parte de la cosa [STS 17 de mayo de 1958 (cdo. 4º)].

⁸¹ En los casos de atribución de vivienda habitual a uno de los cónyuges tras el divorcio se ha discutido sobre si el ejercicio de la acción de división puede prosperar. La STS de 22 de septiembre de 1988 (f. j. 3º) ha estimado que “en situación de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio), llegada la sentencia firme”, habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 96 del C. c., pero si el piso es privativo y no se ha fijado “plazo prudente de duración del uso y no permitiendo nuestro derecho la perpetuación de la división”, procede dar lugar a la división.

recayera “sobre cosas susceptibles de materializar en ellas el propio derecho”.

No podrán pedir la división de la cosa común quienes no sean partícipes de una comunidad, aunque todo tercero, por virtud de un derecho real o personal sobre aquella (por ejemplo, el usufructuario pro parte, o acreedor de un comunero), podrá acogerse a lo dispuesto, bien por el artículo 403 C. c., bien por el artículo 405 del mismo cuerpo legal, para defender su interés jurídico. Ahora bien, la división de la cosa común no perjudicará a este tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de la partición⁸².

Esta facultad de pedir la división de la cosa común no tiene carácter absoluto. Hay límites, tanto subjetivos como objetivos, que impedirán su ejercicio a los copartícipes. Éstos quedan recogidos en la STS de 11 de mayo de 1999 (f. j. 1º): “a) Cuando hay pacto vinculante entre los partícipes para continuar la situación indivisoria por el tiempo autorizado por la ley o resulta impuesta por el donante o testador (...); b) Si la cosa resultase inservible, según su uso y destino, por consecuencia de la división a practicar (artículo 401 C. c.); y c) Si fuese esencialmente indivisible o desmereciese mucho por la división (...)”.

La indivisibilidad podría tener su origen en un negocio jurídico, como es aquel al que se refiere el artículo 400, párrafo 2º, C. c.: “... *será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años*”.

⁸² SSTS de 28 de febrero de 1991 (f. j. 5º), y de 12 de mayo de 1997 (f. j. 3º).

La indivisibilidad impuesta unilateralmente (por el testador o el donante) nos conduciría al ámbito de las prohibiciones de disponer y al estudio de su eficacia real (art. 1051 C. c. y 26 L. H.).

Finalmente, la indivisibilidad objetiva impediría que la cuota ideal se tradujera en porciones concretas de la cosa si de su división ésta “*resulta inservible*”⁸³. En tal caso, la ley impone su indivisión material a través del artículo 401 C. c., aunque admite la partición económica acudiendo al procedimiento de venta en pública subasta (art. 404 C. c.)⁸⁴.

⁸³ SSTS de 20 de mayo de 1996 (f. j. 5º), y de 30 de septiembre de 1996 (f. j. 4º). En la jurisprudencia está presente la idea de la indivisibilidad jurídica por motivos económicos (SSTS de 25 de enero de 1993, de 3 de abril de 1995, de 13 de julio de 1996, de 12 de marzo de 1998, de 11 de mayo de 1999, de 30 de julio de 1999, de 19 de junio de 2000, de 10 de julio de 2000, y de 22 de julio de 2002). En cualquier caso, serán los Tribunales los que, en virtud del principio de libre apreciación de la prueba pericial, juzguen libremente acerca de si es o no esencialmente divisible la cosa común.

⁸⁴ En el Capítulo III de esta tesis nos encargaremos de estudiar, con una cierta profundidad, los límites expuestos en relación con el ejercicio de la facultad divisoria atribuida al comunero.

b) La comunidad sobre derechos reales limitados en el Código civil

Una vez mostrada la naturaleza romana de la comunidad de bienes regulada por el Código civil cabría hacer una breve referencia a aquellas comunidades que tienen por objeto derechos reales limitados, y que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 392 C. c.. Son comunidades sobre las que se va a proyectar el régimen jurídico de la comunidad de bienes prevista en el Código civil, salvo lo dispuesto por su título constitutivo o por las disposiciones especiales que sobre aquéllas pudieran existir.

Nos referimos al cousingo, cuyo reconocimiento expreso nos viene dado por el artículo 469 C. c., según el cual *“Podrá constituirse el usufructo ... a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente....* De aquí se deriva la posibilidad de constituir una comunidad de aprovechamiento que permite a sus titulares disfrutar de una misma cosa o derecho ajeno, bien sea un derecho real (por ejemplo, otro usufructo), bien sea uno de crédito (verbigracia, títulos valores o acciones de una empresa), al mismo tiempo.

También cabría tener presente lo dispuesto por el artículo 531 C. c. que reconoce expresamente que *“También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad ...”*.

Asimismo, no debemos pasar por alto la posible cotitularidad de un derecho real de garantía. Aunque en este caso habría que conciliar la naturaleza indivisible de los derechos reales de garantía prevista en el artículo 1860, párrafo 1º, C. c. con la

acción de división que todo comunero tiene reconocida en el artículo 400, párrafo 1º, C. c.⁸⁵.

c) Especial referencia a la comunidad hereditaria prevista en el Código civil. Remisión

En lo que concierne a la comunidad hereditaria señalar que su naturaleza jurídica se explica en términos de comunidad romana por los motivos que voy a tratar de exponer y desarrollar en el próximo capítulo al que me remito.

⁸⁵ No entramos a examinar cada una de estas comunidades porque nos desvía del objeto de esta tesis, aunque no descartamos dedicar a ellas unas líneas en otro lugar.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

I. LA HERENCIA COMO *UNIVERSITAS IURIS*

El momento de la muerte de una persona o “*el de la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte*”, si estamos ante una declaración de fallecimiento (art. 195, párrafo 2º, C. c.), es un hecho decisivo, porque tras él se producirá la apertura de la sucesión (art. 657 C. c.)⁸⁶. A partir de aquí, se irán sucediendo una serie de fases que podrán desembocar en la adquisición de la herencia, y, en su caso, en la formación de una comunidad hereditaria, si son varias las personas que aceptan su llamamiento.

Nuestro Código civil no regula específicamente la comunidad hereditaria, salvo el tema de su partición, por lo que la ausencia de un régimen jurídico expreso ha obligado a la doctrina a tomar en consideración las normas de la comunidad ordinaria, lo cual ha generado múltiples discusiones en torno a cuestiones no resueltas de manera clara por nuestro Código civil; entre ellas, destacaremos la que ha versado sobre los efectos de la concurrencia de una pluralidad de herederos sobre una herencia formada por un conjunto de bienes y derechos singulares. Y es que, aunque no quepa duda alguna sobre la atribución de derechos cualitativamente idénticos entre sí a cada uno de los coherederos, los problemas jurídicos dimanantes de la multiplicidad de los elementos singulares que conforman el patrimonio hereditario generan dudas en torno a la idea de si a aquéllos se les atribuye un derecho abstracto (que recaerá globalmente sobre la herencia) o si, por el contrario, se les asigna un derecho hereditario *in concreto* que implicaría una participación o cuota de cada heredero sobre cada uno de los bienes que la integran⁸⁷. Lo que se ha discutido, en definitiva, es si la herencia puede ser considerada como una *universitas* a fin de atribuirle un tratamiento de unidad global, con independencia de los bienes y derechos concretos que comprendiera. Optar por una u otra posición tiene una enorme trascendencia práctica porque, al fin y al cabo, se trata de saber si uno de los coherederos puede enajenar por

⁸⁶ El artículo 657 C. c. dispone que “*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*”.

⁸⁷ Vid. FERRANDIS VILELLA, J. *La comunidad hereditaria*, Bosch, Barcelona, 1954, pp. 15-49.

sí solo su participación sobre alguno de los objetos singulares, o si únicamente se admite la libre disposición de una cuota proyectada sobre el conjunto de bienes que integra la herencia.

Concebir la herencia como una *universitas* implica afirmar que ésta es una unidad orgánica abstracta que comprende bienes, derechos y obligaciones del causante, todo lo cual se constituye en objeto del correspondiente derecho hereditario⁸⁸. Significa que, a través de una labor de abstracción, todas las titularidades singulares quedarán subordinadas a una titularidad superior que afectará a todo el conjunto.

La herencia será considerada, no como una mera *universitas rerum* que unifica una pluralidad de cosas singulares, sino como una *universitas iuris* que engloba el conjunto de relaciones jurídicas del causante⁸⁹. Por ende, si la titularidad de la herencia perteneciera a una comunidad hereditaria, las cuotas atribuidas a cada coheredero representarían las partes de un todo, y no fracciones sobre cada uno de los objetos particulares que la integran. Por este motivo, la STS de 28 de mayo de 2004 (f. j. 4º) ha manifestado que “la comunidad hereditaria está formada por un patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente, es decir, éstos tiene un derecho que no está concretado sobre bienes determinados, sino que recae sobre el total que integra el contenido de la herencia”. De este modo, mientras no se produzca la división, los herederos poseerán “el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos (...)”⁹⁰. Sólo tras la división, las cuotas abstractas de los coherederos se transformarán “en un derecho

⁸⁸ Vid. CICU, A., ob. cit., p. 26.

⁸⁹ vid. CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 227.

⁹⁰ STS de 25 de junio de 1965 (cdo. 3º).

concreto sobre los bienes que a cada coheredero se le hayan adjudicado, ostentando a partir de dicha adjudicación, una titularidad ordinaria”⁹¹.

La defensa de la naturaleza orgánica de la herencia ha invitado a agrupar unitariamente las relaciones jurídicas activas, así como las pasivas, surgiendo de la unión un nuevo objeto del derecho hereditario. Ello ha obligado a valorar los efectos de la aceptación de la herencia, sobre la cual PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS advierte que la herencia “persiste como entidad funcional independiente no sólo tras la muerte, sino también (...) tras la aceptación (...)”⁹². No cabe hacer una distinción entre la aceptación pura y simple, y la aceptación a beneficio de inventario, ya que el Código civil no marca dos modos de ser heredero: herederos puros y simples, y herederos a beneficio de inventario⁹³. Hay una única aceptación de la herencia que genera una responsabilidad que queda restringida a los bienes de la herencia, a fin de evitar que los actos dispositivos sobre los bienes hereditarios por parte de los herederos puedan burlar los intereses de los acreedores y legatarios. Siendo esto así, la responsabilidad *ultra vires* surgiría cuando el heredero no hubiera realizado el correspondiente inventario, pero, incluso en este caso, no desaparecería la autonomía del patrimonio hereditario, ya que habría sujetos interesados (por ejemplo, los acreedores) en mantener la cohesión entre los bienes hereditarios de una parte, y las cargas y las deudas de otra⁹⁴. Consiguientemente, se podría hablar de un nexo que vincularía el activo y el pasivo de la herencia si afirmáramos que la primera partida tiene como destino liquidar la segunda.

Se ha planteado que la unión entre el activo y el pasivo de la herencia pueda estar basada también en un mero vínculo económico comparable al existente en una

⁹¹ STS de 5 de noviembre de 1992 (f. j. 4º). En el mismo sentido la STS de 6 de octubre de 1997 (f. j. 4º).

⁹² Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, t. 61-vol. 1.º del *Tratado práctico y crítico del Derecho civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 31.

⁹³ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 69-71.

empresa. La finalidad de las deudas contraídas sería la de posibilitar el funcionamiento del patrimonio del causante, que se articularía como si fuera una entidad empresarial⁹⁵. Sin embargo, en la herencia falta una labor que permita combinar el conjunto de elementos particulares con la actividad humana propia de una empresa. Y es que la utilidad de la herencia no es otra que la de cada uno de los bienes singulares que forman parte de ella. No existe un destino propio de la herencia, tal y como puede suceder con otros complejos patrimoniales.

Los argumentos esgrimidos para considerar a la herencia como una *universitas iuris* han sido proporcionados fundamentalmente por los artículos 1531, 1533 y 1534 C. c.⁹⁶, de donde se derivado la postura doctrinal que sostiene que el acto de enajenación de la herencia no equivale a una suma de ventas de objetos singulares, sino a la disposición de una cosa única: la herencia⁹⁷. Los objetos no se contemplarían aisladamente (*uti singuli*), sino como partes de un todo (*uti universitas*), motivo por el cual no se aplicarían las reglas de saneamiento de la compraventa en relación con cada una de las cosas singulares⁹⁸. Los citados artículos 1533 y 1534 serían aplicaciones del valor de universalidad que da a la herencia el artículo 1531, al exigir que se mantenga íntegra la cosa vendida, obligando al vendedor a abonar los frutos al comprador, y a éste a satisfacer al primero lo pagado en concepto de deudas y cargas de la herencia. Pero, aunque no hay óbice alguno que impida al heredero-vendedor solicitar el reintegro de lo pagado al comprador cesionario mucho después de la venta, ello no va

⁹⁵ Vid. CICU, A., *La divisione ereditaria*, s. e, Milano, 1948, p. 7.

⁹⁶ Dice así el artículo 1531: “*El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero*”.

Añade el artículo 1533: “*Si el vendedor se hubiese aprovechado de algunos frutos o hubiese percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, deberá abonarlos al comprador, si no se hubiese pactado lo contrario*”.

Finalmente, el artículo 1534: “*El comprador deberá, por su parte, 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, salvo pacto en contrario*”.

⁹⁷ Frente a esta posición doctrinal existe otra que explica los efectos de la enajenación de la herencia desde otra perspectiva: se produce una transmisión de bienes particulares que no llegan a constituirse en una unidad superior. De ella nos ocuparemos en el Capítulo V de esta tesis.

⁹⁸ Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Estudios sobre Sucesiones*, t. II, s. e, Madrid, 1981, p. 14 y 25.

a significar que el heredero transmita el pasivo de la herencia a otro sujeto del mismo modo que el resto de los bienes. Su cualidad de heredero-responsable lo impide, por lo que, en el caso de que no haya sido liquidado el pasivo de la herencia, los acreedores podrán reclamar al heredero por este concepto.

En contra de la tesis que define la herencia indivisa como una *universitas iuris*, CHAMORRO mantiene la idea de que no hay una única comunidad hereditaria, sino tantas comunidades independientes de bienes como cosas y derechos reales haya, y tantos créditos y obligaciones mancomunadas, como derechos y obligaciones existan⁹⁹. Niega la universalidad de la herencia porque ve en ella una mera pluralidad de objetos singulares compartidos por varios coherederos, lo que le lleva a oponerse a la defensa de un derecho hereditario *in abstracto* sobre una herencia como objeto único, es decir, como *universitas iuris*¹⁰⁰. Considera que sólo hay derechos reales o de crédito que se transmiten inalterados del causante a los herederos, por lo que hablar de *derechos hereditarios* no tiene más sentido que indicar la procedencia de los mismos, sin ninguna otra connotación añadida¹⁰¹. En consecuencia, el hecho de que exista una pluralidad de herederos no producirá alteración sustantiva alguna en los objetos singulares que integren la herencia, los cuales seguirán manteniendo su misma naturaleza¹⁰².

Análoga postura ha defendido don Alfonso DE COSSIO, quien ha argumentado que “si concebimos la herencia como objeto distinto de los elementos singulares que la integran, habremos de llegar a una conclusión absurda, porque una

⁹⁹ Vid. CHAMORRO PIÑERO, S., “*Los derechos hereditarios*”, RGLJ, 1941, pp. 325-331. En el mismo sentido, vid. MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 17.

¹⁰⁰ Vid. CHAMORRO PIÑERO, S., ob. cit., *ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² En concreto, CHAMORRO (ob. cit. pp. 324-325) ha sostenido que “la pluralidad de titulares en un derecho no acarrea más consecuencias que exigir una regulación para hacer posible su ejercicio y evitar la contradicción de intereses; pero en nada trasciende esta regulación a la naturaleza o al objeto del propio derecho indiviso. Por ello, es improcedente presentar el problema del derecho hereditario como esencialmente distinto según se trate de heredero único o de varios herederos”.

de dos o ese derecho recae sobre la totalidad de la masa (bienes, derechos y obligaciones), en cuyo caso puede ocurrir que representando ésta sólo el pasivo (en la hipótesis de que no hubiera bienes de ninguna clase) se dé un derecho sobre una masa de deudas, lo que carece de sentido; o bien que tal derecho recaiga sólo sobre el posible activo, en cuyo caso no se trataría ya propiamente de un derecho sobre la herencia, sino únicamente sobre los elementos restantes *deducto aere alieno*. Pero este derecho no sería sobre bienes determinados, porque entonces se identificaría con los derechos concretos que sobre estos mismos bienes recayesen, siendo ociosa tal duplicación, sino sobre una porción del patrimonio que aún no se habría determinado y que tal vez no pudiera llegar a determinarse por no existir o por quedar totalmente absorbida por las deudas (en el supuesto del beneficio de inventario)”¹⁰³. Estaríamos ante un derecho que podría carecer de objeto, o recaer sobre una mera expectativa, que sólo se convertiría en un objeto de derecho si pagadas las deudas quedara remanente hereditario.

Por tales motivos, los partidarios de esta tesis han alegado que, en la sucesión a título universal, no se adquiere una *universitas*, sino el título de heredero que permitirá adquirir todos los derechos del difunto inalterados una vez hecha la exclusión de las relaciones atribuidas singularmente a los legatarios¹⁰⁴. Ello se traduce en la falta de un derecho *in abstracto* sobre la masa hereditaria y en la existencia de un derecho *in concreto* sobre los bienes particulares que la integran, en cuya titularidad se subrogará el heredero, sobre todo si tenemos en cuenta que los efectos de la adjudicación de los bienes se retrotraerán al momento de la muerte del causante, en cuyo caso sólo podremos hablar de un derecho hereditario *in concreto*. Resulta, por tanto, ajena a la realidad la construcción del derecho abstracto¹⁰⁵.

¹⁰³ Vid. DE COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, revisado y puesto al día por Manuel De Cossío Martínez y José León Alonso, Civitas, Madrid, 1988, p. 566.

¹⁰⁴ Vid. CHAMORRO PIÑERO, S., ob. cit., p. 325.

¹⁰⁵ Vid. DE COSSÍO, A., ob. últim. cit., *ibidem*.

Sin embargo, si proclamamos que en una comunidad hereditaria hay tantas comunidades como bienes, derechos y obligaciones que la integren, ¿cómo podremos justificar la indivisibilidad de la *actio familiae erciscundae* (art. 1052 C. c.)? No hay tantas *actiones communi dividundo* como bienes, derechos y obligaciones conforman la herencia¹⁰⁶. Muy por el contrario, la acción de división, que tiene su origen en la *actio familiae erciscundae* romana, sólo se proyecta sobre ese complejo de bienes y derechos que llamamos herencia, y no sobre cada bien particular de ésta; de ahí que la STS 30 de abril de 1999 (f. j. 2º) manifieste que sólo “en razón a la partición efectuada, los derechos hereditarios abstractos” se convertirán “en cuotas de titularidad concreta”.

Por otra parte, la defensa de la concurrencia de varias comunidades sobre diversos objetos singulares permitiría que cada coheredero pudiera disponer de la cuota atribuida sobre cada uno de los bienes particulares que integran la herencia, cosa que resulta jurídicamente imposible. El motivo lo encontramos en que el heredero sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia. De este modo, lo que tendrá el heredero será una participación que expresará una medida aritmética sobre una universalidad. El coheredero, después de aceptar la herencia y antes de partirla, sólo tendrá un derecho sobre todas y cada una de las cosas singulares, que sí podrá ser enajenado. FERRANDIS VILELLA observa que ello atenúa la rigidez de una situación que impide que se pueda disponer de una parte ideal en cada bien determinado, “y puede ser especialmente beneficioso en el caso de no ser posible la partición durante largo tiempo”¹⁰⁷. El autor añade que la disposición de la cuota está reconocida en el artículo 1067 C. c.¹⁰⁸, y que este precepto “solamente contempla la venta de cuota desde el punto de vista de la relación entre el heredero que vende y sus coherederos, en cuanto establece a favor de éstos un derecho de retracto (...), que no

¹⁰⁶ La *actio communi dividundo* cede ante la *actio familiae erciscundae* cuando estamos ante una herencia indivisa [SAP Badajoz (Sección 1ª), de 27 de octubre de 1995 (f. j. 1º)].

¹⁰⁷ vid. FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 44.

¹⁰⁸ El artículo 1067 C. c. dispone que “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 que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber”.

tendría razón de ser si lo que se enajenara fuese una cuota en cada cosa, pues en este supuesto bastaría con el retracto de comuneros”¹⁰⁹.

En consecuencia, el heredero podrá disponer de su cuota sobre el caudal relicto, sin necesidad de contar con el consentimiento de los demás, pero no tendrá la facultad de disponer de una cuota sobre un objeto singular con efectos reales. Aunque nada impide que pueda disponer de ella con efectos obligacionales¹¹⁰. Ello explicaría la figura del cesionario del artículo 403 C. c., que aún no ha ingresado en la comunidad, pero que tiene un derecho de crédito sobre una cosa concreta o sobre una cuota¹¹¹.

La cuota del heredero recaerá sobre la totalidad del caudal relicto, razón por la cual será llamado a toda la universalidad en la medida de su participación, sin que exista una especial atribución de bienes hasta que no se produzca la partición. Si no fuera así, la organización de la comunidad se complicaría al encontrarnos con sujetos diversos (extraños y herederos), lo que disminuiría la posibilidad de obtener bienes enteros y (correlativamente) aumentaría los gastos y las divisiones civiles por venta de los bienes.

El reconocimiento de la figura de la *usucapio pro herede*, mediante la cual cualquier persona, aun careciendo totalmente del derecho sobre la herencia, puede adquirirla por la posesión pacífica de las cosas hereditarias, sin que sea necesaria ni la buena fe ni el justo título, incide en la idea de que la *hereditas* es considerada como un todo.

¹⁰⁹ Vid. FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., *ibidem*.

¹¹⁰ En este sentido, CHAMORRO PIÑERO, S., ob. cit., p. 333.

¹¹¹ Vid. MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 18.

La *petitio hereditatis* también aparece como otra manifestación de la unidad del patrimonio hereditario, pues a través de ella se pide la entrega de la herencia, o de parte de ella, a quien estuviera poseyendo los bienes de ésta. Por tanto, aquélla no tendrá un objeto determinado, sino el “*universum ius defuncti*”. Será una acción que nacerá *ex novo* en la cabeza del heredero, por lo que no la transmitirá el causante, como pudiera suceder con el resto de acciones reales y personales incluidas en el patrimonio hereditario. Permitirá reivindicar la herencia en sentido objetivo, como complejo de cosas hereditarias, haciendo valer la propia cualidad de heredero contra quien posee *pro herede*, o contra cualquier *possessor*. Por ende, la sucesión universal presupone un elemento unitario que organiza y unifica todas las relaciones jurídicas del causante con el fin de que las adquiera el heredero de manera conjunta.

La propia Ley Hipotecaria reconoce la herencia como *universitas* al permitir que el derecho hereditario *in abstracto* pueda ingresar en el Registro de la Propiedad a través de la anotación preventiva (art. 42 y 46 L. H.). Este asiento registral estaría acogiendo, por tanto, un derecho referido a una herencia indivisa, en donde no hay una especial adjudicación de bienes concretos a los herederos, ni cuotas o partes indivisas sobre los mismos. Con ello se pretende evitar que, a través de disposiciones aisladas sobre bienes concretos, la unidad patrimonial deje de cumplir su función de garantía, así como que podamos encontrarnos con comunidades diversas que tengan sujetos diferentes, lo que disminuiría las posibilidades de obtener bienes enteros tras la partición. En este sentido, a efectos inmobiliarios registrales, el derecho hereditario se proyectará sobre la masa hereditaria en proporción a la cuota atribuida al coheredero.

Junto a las posturas contrapuestas que acabamos de exponer para explicar la naturaleza jurídica de la herencia, aparece la tesis ecléctica del profesor DE CASTRO, quien plantea la cuestión en el terreno subjetivo -en el de la titularidad- y no en el objetivo -de los bienes-, ya que niega que el patrimonio hereditario pueda ser objeto de un derecho subjetivo¹¹². Argumenta que éste sólo puede recaer sobre bienes concretos, en cuyo caso lo que habrá respecto del patrimonio hereditario será una

¹¹² Vid. DE CASTRO, F. *Derecho Civil de España*, t. I, Civitas, Madrid, 1984, p. 584.

titularidad¹¹³. Se opone así a que la pluralidad de herederos conlleve necesariamente una situación de copropiedad sobre cada uno de los bienes que integran la herencia. Defiende la necesidad de una unidad patrimonial abstracta que actúe como garantía en favor de los acreedores y como solución para simplificar las relaciones internas entre los coherederos, pero sin que ello suponga la existencia de un derecho único al patrimonio como objeto, sino más bien un título patrimonial (ser heredero), que se manifestará en la titularidad de una situación interina respecto de cada uno de los derechos subjetivos que comprenda ese patrimonio¹¹⁴. En la comunidad hereditaria habría una indeterminación transitoria en cuanto al sujeto titular de cada uno de los derechos subjetivos integrantes de la masa hereditaria, indeterminación que se mantendría hasta que se procediera a la liquidación de la herencia y correspondiente adjudicación de bienes. No niega que la herencia sea una *universitas*, ni que forme, por tanto, una unidad patrimonial, sino que ésta pueda ser considerada como una *universitas* objeto de derechos. Por tanto, resuelve esta cuestión afirmando que en la comunidad hereditaria lo que hay es una titularidad interina sobre los objetos concretos que integran la herencia¹¹⁵.

En contra de esta posición cabría alegar que abogar por la existencia de una indeterminación subjetiva no resulta muy apropiado porque esta tesis sólo se circunscribiría al ámbito de los herederos¹¹⁶.

Tampoco se puede mantener que la titularidad sobre la herencia tiene un carácter interino porque la eficacia de los actos de los coherederos no depende en ningún caso de la partición.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ De esta doctrina se hace eco la STS 7 de octubre de 1963 (cdo. 3º).

¹¹⁵ vid. DE CASTRO, F., ob. últim. cit., nota 3, p. 584.

¹¹⁶ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIV, vol. 2, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1989, p. 84.

A la vista de lo anteriormente expuesto, me inclino en favor de la tesis que sostiene que hay base legal suficiente para deducir que la herencia ha de ser considerada como una *universitas iuris* en nuestro Código Civil, pero, sin que aquella adquiriera la categoría de unidad orgánica.

Es la ley la que mantiene unidos todos los derechos del causante con el ánimo de beneficiar a los acreedores, ya que la idea de la unidad patrimonial sirve para garantizar de una forma más oportuna los intereses de aquéllos, así como para procurar la aplicación de un mismo régimen jurídico a un grupo diverso de derechos. Por tanto, no hay un nexo objetivo que una el activo y el pasivo de la herencia, sino que es la propia ley la que los vincula atendiendo sobre todo a criterios subjetivos. La ley mantiene unidos transitoriamente los derechos del causante en la figura del heredero. Si la herencia no fuera considerada como una *universitas*, la sucesión del heredero llevaría a sucesivas sucesiones particulares, desapareciendo la diferencia existente entre suceder a título universal y a título particular, criterio que nos sirve para distinguir el heredero del legatario¹¹⁷. De este modo, resulta útil acudir a la figura de la *universitas* cuando un sujeto es sustituido por otro en la titularidad de un conjunto de relaciones jurídicas.

En este sentido, cabría afirmar que la herencia está constituida por el complejo de relaciones jurídicas que sobreviven al difunto, adquiriéndolas el heredero o pluralidad de herederos en bloque, como conjunto indeterminado de derechos y obligaciones, a través de un único acto de transmisión. El conjunto de bienes se une temporalmente en virtud de la delación hereditaria, que es la que justifica tal unión¹¹⁸.

Pero el hecho de que la herencia indivisa adopte la forma de *universitas iuris* no debe ser interpretado como constitución de un objeto nuevo y diferente de los bienes y derechos que la comprenden, ya que la sucesión no conlleva una alteración

¹¹⁷ Vid. CICU, A., *Derecho ...*, cit., p. 28.

¹¹⁸ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, J., ob. cit., p. 100.

legal del objeto. A pesar de que en nuestro ordenamiento la herencia adquiere un especial significado, por encima de las relaciones particulares que contiene, ello no implica una abstracción tal de su concepto que la convierta en una entidad orgánica distinta de las cosas y relaciones que comprende. La herencia no es un objeto nuevo, sino un modo nuevo de considerar y determinar los objetos efectivos del derecho¹¹⁹. El patrimonio de una persona no tiene una unidad orgánica, y la muerte de su titular no va a generar esta transformación.

Consiguientemente, hablar de la herencia indivisa como *universitas iuris* implica sostener que la ley acude a una ficción para simplificar la aplicación de un mismo régimen jurídico a un conjunto heterogéneo de elementos. Significa que, hasta que no se produzca la correspondiente adjudicación de bienes concretos a los herederos, la comunidad hereditaria se configurará como universal y, por tanto, afectará a bienes indivisos en su conjunto. Este conjunto de bienes formará una masa patrimonial autónoma, sometida a un régimen especial de administración, uso, disfrute y disposición¹²⁰. Por este motivo, el término de *universitas* servirá para expresar una categoría lógica, y no ontológica, con el único fin de dar una explicación a cómo considerar unitariamente un conjunto de cosas heterogéneas, sin que las cosas singulares pierdan su naturaleza de objetos de derecho¹²¹. Aparentemente, en la *successio in ius*, la herencia agrupará objetos aislados que no tendrán otra unidad que la del acto único que opera su transmisión del causante al heredero. Se unificarán transitoriamente todas las relaciones jurídicas que son susceptibles de ser individualizadas por su origen y destino en virtud de la relación de la herencia, con el

¹¹⁹ vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. II, Civitas, Madrid, 1984, p. 701.

¹²⁰ Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *Compendio del Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990, p. 404; CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. cit., p. 469; y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2004, p. 94. Para BELTRÁN DE HEREDIA (ob. cit., p. 100), no hay exactamente una comunidad sino una mera cotitularidad de cosas, créditos y deudas, aunque reconoce que esta comunidad hereditaria se da sobre las cosas y bienes susceptibles de ser tenidos en común, y no sobre otro objeto distinto.

¹²¹ Vid. ROCA SASTRE, R. M., ob. últim. cit., p. 23.

objetivo de quedar sometidas a un mismo régimen jurídico¹²². Es una forma de minimizar los problemas derivados del tratamiento jurídico unitario que requiere todo un conjunto de bienes y derechos singulares.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Bajo este epígrafe vamos a tratar de analizar qué naturaleza jurídica tiene la comunidad hereditaria, en cuanto titular de una herencia (considerada ésta como una *universitas iuris*).

La falta de una regulación específica de la comunidad hereditaria por nuestro Código Civil ha propiciado importantes controversias sobre la cuestión planteada. Doctrina y jurisprudencia se han planteado la disyuntiva entre definirla como comunidad germánica o romana, lo que, a su vez, vendría condicionado por las posturas mantenidas en cuanto al concepto de herencia, objeto de la comunidad hereditaria. De ello pasamos a ocuparnos brevemente a continuación.

La tesis que ha explicado la comunidad hereditaria a través de los rasgos propios de una comunidad germánica o en mano común se ha fundamentado en la falta de una adjudicación expresa de cuotas a cada coheredero sobre cada uno de los derechos integrantes de la herencia. Digamos que “el coheredero no es titular, por su cuota, de un inmueble determinado que haya en la herencia (como un comunero en una comunidad ordinaria), pero sí que es titular de una cuota en la titularidad del patrimonio hereditario”¹²³. La comunidad se refiere a un patrimonio, y no a un objeto singular¹²⁴. Sólo cuando se proceda a la adjudicación de bienes, tras la partición del

¹²² Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. 1-A, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1990, p. 11.

¹²³ SAP Cádiz, (Sección 6ª) de 14 de mayo de 1998 (f. j. 2º).

¹²⁴ RDGRN de 1 de junio de 1943.

caudal relicto, podremos conocer quienes son sus titulares. Entre tanto, no habrá un derecho de cada heredero a una porción de cada bien integrante de la herencia, característica propia de una comunidad romana, sino tan sólo un derecho a una porción abstracta de aquélla.

Quienes han sustentado esta opinión han concebido la herencia como una unidad abstracta, donde existen cuotas disponibles y, al propio tiempo, una acción que permite pedir su división, lo cual no desvirtúa el principio de mancomunidad que la informa¹²⁵. En este sentido, DE COSSÍO ha alegado que la comunidad hereditaria es una comunidad de tipo análogo a la germánica, porque “en la copropiedad romana lo esencial es la unidad del objeto, frente a una pluralidad de sujetos, cuyos derechos se entrecruzan y limitan recíprocamente”; mientras que “en la mancomunidad germánica se da una pluralidad de personas que ostentan una sola titularidad y un solo derecho, pero cuyos fines no rebasan lo individual y cuyas voluntades siguen siendo distintas y decisivas (...)”¹²⁶. Este autor defiende la idea de que el derecho hereditario no recae sobre un patrimonio hereditario, sino sobre la titularidad del mismo, en la que quedan subrogados los coherederos. Siendo esto así, estaríamos ante una titularidad única referida a todos y cada uno de los derechos y obligaciones de la herencia. Como puede comprobarse, este planteamiento hace hincapié en el aspecto subjetivo de la relación, y no en el objetivo, ya que es aquélla la que pertenece al conjunto de los coherederos. Puede decirse, pues, que mientras dure la indivisión, la herencia pertenecerá al grupo.

Junto a esta propuesta teórica se han formulado otras posturas intermedias, que han considerado a la comunidad hereditaria como una comunidad especial, que se diferencia de la comunidad romana en que su objeto no se proyecta sobre cosas concretas, sino sobre una *universitas iuris*; y de la comunidad germánica, en su

¹²⁵ vid. GARCÍA VALDECASAS, G., “La comunidad hereditaria”, RGLJ, abril, 1952, 191, nº 1º, pp. 395 y ss. (o AAMN, VII, 1953, p. 256); y ROMERO CERDEIRIÑA, A., *Estudios sobre el derecho hereditario*, s. e, Valencia, 1947, p. 87; o “En torno al concepto del derecho hereditario. La última moda”, AAMN, V, 1950, p. 281.

¹²⁶ DE COSSÍO, A., ob. últim.cit., pp. 567-568.

carácter transitorio¹²⁷. La STS de 11 de diciembre de 1964 (cdo. 2º) ha manifestado que se configura como una comunidad especial “que sólo desaparece por virtud del acto jurídico de la partición y adjudicación de los bienes, transformativo de la masa hereditaria en propiedad exclusiva de cada uno de los coherederos sobre bienes concretos y singularmente determinados”¹²⁸.

En esta línea se ha pronunciado GARCÍA GRANERO, quien ha considerado que la comunidad hereditaria es una figura híbrida que participa de los requisitos propios de la comunidad romana en cuanto al régimen interno y goce de las cosas comunes, de la que toma también su carácter transitorio y la existencia de cuotas, pero que también participa de ciertos caracteres que definen a la comunidad germánica, que son susceptibles de ser aplicados en el ámbito externo, por ejemplo, a efectos de la garantía de los acreedores¹²⁹. Se aplicarían las reglas de la comunidad ordinaria de los artículos 392 y siguientes del Código civil a la comunidad hereditaria, aun teniendo presente que su objeto es una unidad patrimonial y que existe una indeterminación en la titularidad sobre los derechos individuales, lo cual explicaría que la enajenación de una cosa singular o de su cuota requiriera el consentimiento de todos los coherederos¹³⁰. Por ello, ROCA SASTRE ha mantenido que la comunidad hereditaria es, en principio, de tipo romana por el hecho de existir cuotas negociables sobre una unidad patrimonial, sin que ello sea óbice para mantener la individualidad de las cosas singulares y abogar por la formación de una comunidad germánica o en mano común sobre cada una de ellas¹³¹.

¹²⁷ Vid. DE LA CÁMARA, F., “*Inscripción del derecho hereditario*”, RCDI, 1926, pp.558 y ss; GONZÁLEZ, J., ob. cit., p. 182; y GARCÍA-GRANERO, J., ob. cit., pp. 623-624.

¹²⁸ Por este motivo, la pretensión de J. GONZÁLEZ (ob. cit., *ibidem*) es la de poner de relieve la dificultad que entraña adoptar nítidamente uno u otro molde jurídico, cuando las normas de la comunidad hereditaria comparten criterios de ambos, por lo que considera que la comunidad de herederos se halla, técnicamente hablando, entre la persona jurídica y la copropiedad.

¹²⁹ Vid. GARCÍA-GRANERO, J., ob. cit., pp. 623-624.

¹³⁰ Vid. OSSORIO MORALES, J., en “*Comentario de la Sentencia de 25 enero 1943*”, RGLJ, 173, 1º trimestre, 1943, p. 565.

¹³¹ Vid. ROCA SASTRE, R., *Derecho ...*, t. II, cit., pp. 538 y 539.

No nos convence ninguna de las posturas sostenidas hasta ahora, y sí aquella que explica la comunidad hereditaria a través de los principios rectores de la comunidad romana. Justificar la naturaleza germánica de la comunidad hereditaria exclusivamente en la idea de que la herencia es una *universitas iuris* resulta cuanto menos poco idónea, porque el uso del concepto de *universitas iuris* no significa que estemos hablando de un derecho abstracto de los herederos sobre un *corpus universal*. El concepto de *universitas iuris* es un artificio que sólo sirve para referirse a un conjunto de elementos singulares en bloque, cuyo nexo de unión lo encontramos en que su adquisición se produce en virtud de una misma causa. Por ello, el derecho hereditario recaería sobre un conjunto de derechos unidos transitoriamente y tomados en consideración de forma unitaria.

El hecho de que los partícipes no tengan un derecho a la herencia, concebida ésta como un objeto único y distinto de las singularidades que la integran, nos lleva a afirmar que cada cosa les pertenece directamente, si bien la titularidad de cada uno no tiene la misma determinación que la de un comunero sobre un objeto particular, ya que su cuota no representa un índice de su participación en cada uno de los objetos del caudal relicto¹³². Por ello, no hay tantas comunidades romanas como objetos singulares integren el caudal relicto, ni el coheredero puede enajenar o gravar la cuota de un bien singular¹³³.

Cabe hablar de una comunidad en la que cada coheredero tiene una cuota global, que se basa en una participación indeterminada sobre cada uno de los objetos que componen la herencia, por lo que la falta de atribución de una cuota sobre cada uno de los bienes y derechos singulares que conforman la herencia sólo exigirá una actuación conjunta de todos los coherederos en cuanto a su disposición. Pero ello no será óbice para que, en cuanto a la herencia globalmente considerada, se pueda acudir al esquema típico de la comunidad por cuotas¹³⁴. Siendo esto así, la comunidad

¹³² STS 25 de marzo de 1988 (f. j. 8º).

¹³³ Tal y como mantiene CHAMORRO PIÑERO, S., ob. cit., p. 336.

¹³⁴ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, t. 7, Trivium, Madrid, 1998, p. 388.

hereditaria sería una comunidad singular y universal: singular, porque es una sola, y no un conjunto de comunidades diversas sobre cada uno de los elementos singulares; universal, porque no recae sobre un objeto, sino sobre los bienes singulares que forman la masa hereditaria¹³⁵. En este sentido, la STS de 6 de mayo de 1958 (cdo. 1º) ha mantenido 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 éstas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y 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 (...), hasta que por la partición se transforman las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados”.

La atribución al coheredero de una cuota negociable al coheredero sobre la herencia, que sirve como medida de participación en el disfrute y la administración de un derecho constante la comunidad, es argumento suficiente para justificar su carácter romano. No hay que olvidar que la comunidad romana se diferencia claramente de la germánica, no tanto por la presencia o la falta del concepto de cuota (que existe en toda relación de cotitularidad), sino más bien por el contenido de la cuota; así, mientras en la comunidad romana, la cuota tiene un carácter más inmediato, en la comunidad germánica su interés se resuelve en el momento de la partición. Por consiguiente, debemos negar que la comunidad hereditaria participe de la naturaleza de la comunidad germánica, ya que la cuota no es un mero *nomen iuris* que refleje una fracción sobre un objeto en el momento de la partición, y sí una medida de participación del comunero sobre el conjunto de derechos que forma el caudal relicto tratado unitariamente. En este sentido, se perciben más los rasgos de una comunidad romana que de una germánica, ya que en este último caso la cuota adquiere relevancia sólo en el momento de la liquidación.

¹³⁵ Vid. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil.*, t. V, Edisofer, Madrid, 2004. p. 122.

La misma acción de división de la comunidad hereditaria resulta más propia de una comunidad romana o por cuotas, debido a que ésta viene informada por el principio de la transitoriedad, y no por el de permanencia de la comunidad germánica, aunque la particular *actio familiae erciscundae* del heredero tenga por objeto un conjunto heterogéneo de derechos singulares.

A mayor abundamiento, la aplicación del régimen de comunidad de bienes del Código civil en materia de administración, disposición y defensa de los derechos comunes será también un reflejo de que la comunidad hereditaria se identifica más bien con una comunidad de naturaleza romana¹³⁶. Lo dicho encaja en la idea que venimos manteniendo de que el concepto de comunidad de bienes del artículo 392 C. c. tiene carácter genérico, motivo por el cual tendrán cabida en él diversos tipos de comunidades, sin perjuicio de que hayan de ser tenidas en cuenta disposiciones particulares que obedezcan a las características específicas de cada una de ellas¹³⁷.

Por todo ello, BELTRÁN DE HEREDIA ha considerado que la comunidad hereditaria es una verdadera comunidad de bienes por cuotas sometida al régimen de los artículos 392 y siguientes del Código civil¹³⁸. Justifica su postura en la remisión que hace el artículo 406 C. c. a “*las reglas concernientes a la división de la herencia*”, aunque con la especialidad que el origen y la razón de ser del complejo de bienes hereditarios tiene en nuestro derecho, lo cual hace que tenga sus reglas especiales en materia de división, y que sea la delación hereditaria la que justifique la unidad de las cosas, porque, al fin y al cabo, se trata de buscar un titular para una serie

¹³⁶ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., ob. cit., p. 388.

¹³⁷ La STS de 21 de marzo de 1968 (cdo. 5º) ha manifestado que “la comunidad hereditaria” es “un tipo especial de comunidad, comprendido en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el Título III, Capítulo II, del Código civil, 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 (...). En el mismo sentido, la STS de 17 de mayo de 1963 (cdo. 1º).

¹³⁸ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, J., ob. cit., p. 101.

de bienes que se han quedado sin sujeto tras la muerte del causante¹³⁹. Digamos que la comunidad hereditaria puede ser una comunidad romana con el aspecto peculiar derivado de ser una comunidad forzosa, universal, transitoria e incidental, ya que nace con independencia de la voluntad de los interesados, recae sobre un patrimonio y se puede dividir¹⁴⁰. Por tanto, su modelo de organización no puede ser el de una comunidad germánica, cosa lógica si tenemos presente que este tipo de comunidad no aparece de un modo meridiano en nuestro ordenamiento jurídico.

III. MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

Con la sucesión *mortis causa* el heredero es investido con la titularidad de los derechos y obligaciones transmisibles del finado. En relación con este tema, ha sido objeto de discusión el modo en que se produce la adquisición del conjunto de relaciones jurídicas que conforman la herencia, porque nuestro Código civil no resuelve esta cuestión de forma categórica. Ello nos obliga a exponer las diversas posturas doctrinales existentes sobre la adquisición de la herencia, y a tomar partido por la que estimamos más conforme a los principios sucesorios que informan nuestro ordenamiento jurídico¹⁴¹. Pasamos a continuación a ocuparnos de ello.

- a) La tesis germanista.- Algunos autores (singularmente, GARCÍA VALDECASAS)¹⁴² han defendido con entusiasmo la vigencia del sistema denominado germánico de adquisición de la herencia en nuestro Derecho. Este sistema admite que, tras la muerte del *de cuius*, la herencia pasa *ipso*

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Vid. DE LA CAMARA, F. ob. cit., pp. 490 y siguientes..

¹⁴¹ En este sistema hay que tener presente la forma diferente de adquisición que se da en cuanto a los legados (art. 881 C. c.).

¹⁴² Vid. GARCÍA VALDECASAS, G., “*La adquisición de la herencia en el Derecho español*”, RDP, 1944, pp. 99 y ss.. Este planteamiento es seguido por GITRAMA, M., *La Administración de Herencia en el Derecho Español*, Edersa, Madrid, 1950, p. 62.

iure al llamado, quien se convierte en heredero provisional por ministerio de la ley porque tiene todavía la facultad de repudiarla¹⁴³.

En este sistema germánico la aceptación por el llamado no es una declaración de voluntad de adquisición de la herencia, sino una declaración de voluntad que consolida o hace irrevocable la adquisición ya efectuada. Por tanto, quien hasta ese momento era heredero provisional se convierte en heredero definitivo porque pierde su facultad de repudiar. Con este sistema de adquisición los bienes hereditarios no quedan en ningún momento sin sujeto/s titular/es, ya que hay dos fases: en la primera, el llamado se convertiría en un heredero provisional tras la muerte del causante; mientras que en la segunda, que comenzaría a partir de la aceptación de la herencia, el heredero adquiriría un carácter definitivo.

La repudiación tan sólo actuaría como una condición resolutoria de la adquisición hereditaria, lo que aseguraría la voluntariedad de la adquisición de la herencia, ya que se garantizaría que el heredero provisional pudiera decidir sobre si quiere continuar siendo heredero, o no.

Los argumentos que se han alegado para preconizar la aplicación de la tesis germanista a nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes:

¹⁴³ ALBALADEJO (*Derecho Civil*, t. V, v. 1º, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 69 y 70) mantiene que en el sistema germánico sólo muy impropiamente hay “delación”. Viene a decir que existen dos posibilidades: o bien lo que se designa como *ius delationis* tiene diferente contenido en el sistema germánico que en el romano; o bien en el sistema de adquisición *ipso iure* no existe el *ius delationis*. Entiende que la denominada delación en el sistema germánico atribuye la herencia (es decir, hace heredero provisional), y el *ius repudiandi*, que concede el derecho a dejar de ser heredero, por lo que, en rigor, sería más correcto afirmar que no existe la delación en este sistema, ya que el *ius delationis* lo que otorga a su titular es la posibilidad de aceptar, y convertirse, así, en heredero, o de repudiar la herencia.

1º. Los antecedentes históricos avalados por el artículo 554 del Proyecto de 1851, donde se declaraba que *“Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión”*. Ellos han servido a sus defensores para aplicar el sistema germánico a nuestro ordenamiento jurídico.

2º. Los artículos 657¹⁴⁴ y 661¹⁴⁵ C. c. han actuado como una muestra de la existencia de la figura del heredero desde el momento de la muerte del causante al realizar una interpretación literal de sus términos.

3º. Se ha argumentado además que se exigen mayores formalidades para la renuncia que para la aceptación, siendo esto un ejemplo de que ésta no es necesaria para la adquisición de la herencia.

4º. Sobre todo, se ha justificado la tesis germanista en la ausencia de una regulación de la herencia yacente, ya que esto incita a pensar que hay un heredero desde la muerte del causante.

5º. Y, abundando en lo mismo, se ha mantenido que el artículo 440, párrafo 2º, del C. c.¹⁴⁶ sólo tiene sentido si hay una adquisición *ipso iure* de la herencia, porque para presumir que no se ha poseído una herencia tras una declaración de repudiación hay que poseer

¹⁴⁴ El artículo 657 C. c. dispone que *“Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”*.

¹⁴⁵ El artículo 661 C. c. dispone que *“Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”*.

¹⁴⁶ El artículo 440, párrafo 2º, C. c. dispone que *“El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento”*.

primero, lo que conduce a pensar que ya había un heredero que tenía los bienes en su poder antes de repudiar.

- b) La tesis romana.- La mejor y más convincente doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado mayoritariamente a favor del planteamiento romano para nuestro ordenamiento jurídico¹⁴⁷. El denominado sistema romano mantiene que para la adquisición de la herencia resulta imprescindible la aceptación del llamado, que sólo se convierte en heredero tras haber aceptado. Con este sistema se produce inexorablemente un período de tiempo, entre la delación y la aceptación, durante el cual el caudal relicto queda huérfano de titular, lo que dará lugar a una situación de yacencia hereditaria (*hereditas iacens*).

Los argumentos aportados en favor de la tesis romana son los siguientes:

1º. Una prueba de la importancia que, en orden a la adquisición de la herencia, tiene en nuestro Derecho la aceptación de la herencia lo evidencia el hecho de que nuestro Código civil la dedica los artículos 988-1034.

¹⁴⁷ Entre otros, vid. ROCA SASTRE, R., *Estudios de Derecho Privado*, II, s. e, 1947, pp. 1 y ss; ALBALADEJO, M., “*La adquisición de la herencia en el Derecho español*”, ADC, 1955, p. 25; MARTÍN BLANCO, J., “*La adquisición de la herencia en el Derecho español*”, RGLJ, 1956, p. 45; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama...*, cit., pp. 422-427; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema ...*, IV, cit., p. 480; y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, cit., p. 30. En materia de jurisprudencia, SSTS de 19 de octubre de 1963, de 10 de noviembre de 1981, de 20 de mayo de 1982, de 22 de febrero de 2000, y 27 de junio de 2000.

Sólo en el Derecho navarro tiene lugar la adquisición de la herencia por el sistema germánico (ley 315 Comp. Nav.).

2°. Otro importante argumento a favor de la tesis romana es la regulación que el Código civil hace de la aceptación a beneficio de inventario y del derecho a deliberar, innecesarios en el sistema germánico.

3°. Los artículos 998¹⁴⁸, 1003¹⁴⁹ y 1004¹⁵⁰ C. c. proporcionan también fundamentos de gran peso en orden a la necesidad de la aceptación para que el llamado pueda convertirse en heredero.

4°. Idéntica atención merece el artículo 1005 C. c.¹⁵¹, ya que el sistema de la *interpellatio in iure* carece de sentido si tiene como destinatario un sujeto que ya es heredero.

5°. Profundiza en esta idea lo dispuesto por el artículo 1006 C. c.¹⁵², porque quien fallece sin haber aceptado una herencia no transmite una titularidad sobre sus bienes y derechos sino el *ius delationis* que permite a sus herederos aceptar o repudiar la herencia, siendo ello una clara prueba de que no se ha producido una adquisición *ipso iure* de la herencia.

¹⁴⁸ El artículo 998 C. c. dispone que “*La herencia podrá ser aceptada pura y simplemente, o a beneficio de inventario*”.

¹⁴⁹ El artículo 1003 C. c. dispone que “*Por la aceptación pura y simple ... quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, ...*”.

¹⁵⁰ El artículo 1004 C. c. dispone que “*Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte o repudie*”.

¹⁵¹ El artículo 1005 C. c. dispone que “*Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término ... para que haga su declaración ...*”.

¹⁵² El artículo 1006 C. c. dispone que “*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*”.

6º. Finalmente, se aporta el texto del artículo 989 C. c.¹⁵³, porque los efectos retroactivos de la aceptación sólo pueden ser explicados si no se produce una adquisición *ipso iure* de la herencia.

Expuestos los argumentos que avalan la defensa del sistema germánico, por un lado, y del sistema romano, por otro, nos resulta más convincente la postura que sostiene que nuestro Código civil adopta la tesis romana. Las razones a tener cuenta son las siguientes:

- a) Se ha argumentado –con toda razón- que la defectuosa terminología del Código civil, que llama heredero en muchísimos de sus preceptos a quien todavía no ha aceptado (arts. 1000, 1002, 1004, 1005 C. c., etc.), no puede ser tomada como un serio fundamento de la tesis germanista, ya que es proverbial la imprecisión técnica de nuestro Código civil, debido al carácter popular del lenguaje con que se redactó. Su imperfección en este aspecto llega a tal extremo que denomina “heredero” al que repudió la herencia (art. 1001 C. c.) o al que murió antes que el testador (art. 766 C. c.).

- b) Para quienes alegan que el Código civil exige mayores formalidades para la repudiación que para la aceptación de la herencia, cabría señalar que esto es lógico porque la repudiación normalmente producirá un quebranto patrimonial para el llamado (de ahí que se requieran rígidas formalidades para que se tenga por producido), cosa que no ocurrirá en la mayoría de los supuestos en que se acepte la herencia.

¹⁵³ El artículo 989 C. c. dispone que “*Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda*”.

- c) Del mismo modo, también parece desafortunado negar el reconocimiento por nuestro Derecho de una situación de yacencia hereditaria (*hereditas iacens*) ya que hay preceptos de los que se infiere su existencia, tales como el artículo 1934 C. c.¹⁵⁴ o el artículo 798 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, L. E. C.)¹⁵⁵.
- d) No parece oportuna la interpretación que se hace del artículo 661 C. c. por parte de los defensores del sistema germanista, porque se ciñe de manera exclusiva a la letra de la ley, y olvida que aquélla ha de estar en armonía con el resto del ordenamiento jurídico. Por este motivo, LACRUZ ha criticado que el sistema de adquisición *ipso iure* de la herencia se fundamente en el artículo 661 C. c., ya que ha pensado que lo que está presente en este precepto es sencillamente el momento de la muerte del causante como elemento fundamental para el fenómeno sucesorio, de tal modo que ahí se producirá la vocación de todos los llamados, sean de primer o de ulteriores órdenes¹⁵⁶.
- e) Idéntica consideración merece la interpretación aislada del artículo 440, párrafo 2º, C. c., pues no se tiene en cuenta que su párrafo 1º supedita el efecto posesorio a la aceptación de la herencia¹⁵⁷.

A la vista de lo anterior, y como corolario de ello, hago propias las palabras que emplea la STS de 27 de junio de 2000 (f. j. 2º) al manifestar que “en materia de adquisición de herencia, y con relación al régimen sucesorio del Código Civil, resulta

¹⁵⁴ El artículo 1934 C. c. dispone que “*La prescripción produce sus efectos jurídicos ... antes de haber sido aceptada ...*”.

¹⁵⁵ El artículo 798, párrafo 1º, L. E. C. dispone que “*Mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia ...*”.

¹⁵⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, t.V, cit., p. 30.

¹⁵⁷ El artículo 440, párrafo 1º, C. c. dispone que “*La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero ..., en el caso de que llegue a adirse la herencia*”.

incuestionable que rige el denominado sistema romano caracterizado porque no basta la delación hereditaria (apertura, vocación y delación) para ser titular del derecho hereditario, sino que además es preciso que el heredero acepte la herencia, lo que puede efectuarse de forma expresa o bien tácita”.

IV. EL OBJETO DE LA COMUNIDAD

Procede ahora que nos ocupemos del contenido de la herencia, ya que una vez que el llamado a la herencia se ha convertido en heredero, éste subentra en la posición jurídica que ostentaba el causante en relación con el caudal relicto. Por tanto, el objeto de la sucesión *mortis causa* es la herencia, entendida ésta como la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones del difunto.

La herencia está formada por una serie de elementos singulares que quedan sometidos un mismo régimen jurídico, con independencia de su particular naturaleza. Ello permitirá que el heredero pase a ocupar el lugar del causante en el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas que conforman la herencia *uno ictu, uno actu*. Ha de advertirse, no obstante, que esta sustitución no se produce cuando una relación jurídica se extingue con la muerte de su titular, por lo que resulta necesario saber qué bienes, derechos u obligaciones pueden ser objeto de una transmisión *mortis causa*.

El artículo 659 C. c. establece que “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte*”. La amplitud de los términos con que está redactado este precepto no ayuda a determinar con claridad qué derechos y obligaciones del causante se extinguen con su muerte; es decir, cuáles tienen carácter transmisible, y cuáles no. Tan sólo podemos extraer la idea de que la sucesión *mortis causa* permite que el heredero ocupe el lugar del causante en todos sus derechos y obligaciones, así como en la posesión de las cosas.

La Jurisprudencia relativa al contenido de este precepto es escasa. La STS de 11 octubre 1943 (cdo. 4º) ha señalado que “si bien es cierto que nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles *mortis causa*, no lo es menos que en el Código civil abundan pasajes en que (...) se declara que el derecho fenece o no con la muerte del titular y que, (...), la deficiencia (...) puede ser remediada (...) por las vías (...) normales de la interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica (...), cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte (...), comprendiendo como intransmisibles, en principio, y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tiene su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que sólo se dan en el titular –*ossibus inhaerent*-, y por último algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona”¹⁵⁸. De este panorama, se deduce que no todos los derechos y obligaciones del causante pueden ser transmitidos, ya que algunos, excepcionalmente, se extinguen con su muerte, bien sea por carecer de una naturaleza patrimonial, bien sea porque, aun teniéndola, son inseparables de la persona que ostenta su titularidad. Adoptando estos argumentos, podremos discernir, en cada supuesto concreto, si una determinada relación jurídica se transmite al heredero o si se extingue con la muerte de su titular.

En principio, en la herencia estarían presentes todos bienes –materiales o inmateriales- del causante: su posesión mediata o inmediata correspondería al heredero. Incluimos aquí los incrementos, accesiones, rentas y frutos generados antes de la muerte del causante y no percibidos por éste, así como los producidos después,

¹⁵⁸ En el mismo sentido, la STS de 17 de febrero de 1981 (cdo. 2º) ha manifestado, en defensa de la transmisibilidad el derecho de retracto del comunero, que son excepciones al principio general de la transmisibilidad, “los que en atención a su naturaleza deben tenerse como intransmisibles, como lo han de ser los de carácter público, o los *intuitus personae* o personales (...)”.

en función de lo establecido por el artículo 1063 C. c.¹⁵⁹ que recoge la máxima *fructus augent hereditatam* .

En virtud del principio de subrogación real, también ingresarían todos aquellos bienes que sustituyeran a otros, como puede ser el precio de la venta de un bien (*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*), o la propia indemnización obtenida a causa de su pérdida.

Además, la herencia comprendería todas las obligaciones del causante que no se hubieran extinguido con su muerte (art. 659 y 661 del C. c.)¹⁶⁰. Siendo esto así, como regla general, en caso de muerte del deudor, la obligación no se extinguiría con el correspondiente perjuicio para el acreedor, sino que se transmitiría por ley al heredero, quien asumiría ahora la responsabilidad por el pago de las deudas del causante, lo cual no conllevaría, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1032, párrafo 1º, C. c.¹⁶¹, su exclusión del caudal relicto, porque -como señala ROCA SASTRE- “podrá decirse que económicamente el heredero sólo adquiere lo que queda de los bienes después de deducidas las deudas de la herencia, pero jurídicamente no es así, pues el heredero, por subrogarse en la total posición jurídica del causante, adquiere los bienes hereditarios independientemente de la titularidad pasiva que asume en los débitos de la sucesión”¹⁶². Pero siempre teniendo en cuenta que la titularidad pasiva de la deuda no es asumida por el heredero a fin de que ésta pase a afectar el patrimonio del heredero, ya que -como precisa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS- “nuestro sistema de suceder, a efectos patrimoniales, es simplemente sustituir al causante en la titularidad del patrimonio que, no obstante, continúa diferenciado”, por lo que se

¹⁵⁹ El artículo 1063 C. c. dispone que “*Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia*”.

¹⁶⁰ Vid. *infra*, nota 177.

¹⁶¹ El párrafo 1º del artículo 1032 C. c. dispone que “*Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia*”.

¹⁶² ROCA SASTRE, R., *Derecho...*, t. I, cit., pp. 762-763.

produce la sucesión “en los derechos y obligaciones (...) en cuanto son elementos integrantes del patrimonio”¹⁶³.

Por otra parte, el artículo 659 C. c. dispone que la herencia comprenderá también todos los derechos del causante, ya sean reales o de crédito cuyo carácter patrimonial hará posible su transmisión *mortis causa*. Ello es fruto de lo dispuesto por los artículos 609¹⁶⁴ y 1112¹⁶⁵ C. c. -para los derechos reales y de crédito respectivamente-. No obstante, es cierto que hay derechos de esta naturaleza que tendrán carácter intransmisible por estar ligados a la vida de su titular, tal y como sucede con el usufructo vitalicio (art. 513, 1º C. c.), o con los derechos de uso y habitación (art. 525 C. c.).

Surgen dudas en cuanto a un derecho patrimonial, como es el derecho al sepulcro o propiedad funeraria, que se refiere al derecho a inhumar el cadáver en un área o local destinado a sepultura. Este derecho de sepultura puede tener caracterizaciones muy diversas, que dependerán en gran medida del cementerio respectivo¹⁶⁶. Ahora bien, a los efectos que a nosotros nos interesan que no son otros que los de saber si se puede o no transmitir el derecho funerario *mortis causa*, cabría reseñar los términos de la STS de 2 de junio de 1997 (f. j. 2º): “admitió la adquisición válida a perpetuidad” de un nicho y recogió que “el solicitante tenía derecho (...) a la

¹⁶³ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., ob. últim. cit., p. 139.

¹⁶⁴ El artículo 609 C. c. dispone que “*La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten ... por sucesión testada e intestada ...*”.

¹⁶⁵ El artículo 1112 C. c. dispone que “*Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*”.

¹⁶⁶ Hay que tener presente la relación del usuario con la Administración y de los usuarios entre sí, de donde se puede derivar la idea de que el cementerio es un bien de dominio público, en cuyo caso la sepultura no formará parte del patrimonio de ningún causante. Sin embargo, se admite que el titular de un derecho funerario pueda designar libremente al beneficiario de la sepultura, y transmitirlo *inter vivos* o *mortis causa*, ya que las ordenanzas y reglamentos municipales de cementerios permiten la transmisión de concesiones y derechos reales administrativos sobre las sepulturas (vid. MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 528-529).

transmisión de la titularidad del nicho con carácter de perpetuidad con el que fue adquirida”. En el mismo sentido se ha manifestado la STS de 14 de diciembre de 1998 (f. j. 2º): “las figuras jurídicas de carácter administrativo utilizadas para el uso y aprovechamiento de nichos, etc., son la concesión, el arrendamiento y la licencia, estableciendo (...), en cuanto a las concesiones, que tienen preferencia para adquirirlas por transmisión los descendientes y después los ascendientes, concurriendo por último los colaterales y personas extrañas”¹⁶⁷. Por tanto, no parece que exista óbice alguno a que el derecho funerario puede ser objeto de transmisión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 609 C. c.

Por lo que se refiere a los derechos de crédito, hay que expresarse en los mismos términos. Algunos derechos de crédito resultan intransmisibles a causa del elemento de confianza que exigen ciertas relaciones jurídicas que lo son *intuitus personae*, lo que se traduce en la idea de que la muerte de alguno de los sujetos intervinientes provocaría la extinción del derecho. De este modo, son derechos de crédito intransmisibles los derivados de la relación de mandato (art.1732.3º C. c.); o de la de comodato cuando la prestación se ha hecho en atención a la calidad de la persona del comodatario (art. 1742 C. c.). Tampoco podemos olvidar el carácter personalista de nuestra sociedad civil, que obliga a que se pacte la posible transmisión de la cualidad de socio a sus herederos (art. 1704 C. c.)¹⁶⁸.

A pesar de su carácter patrimonial, existen también derechos que tienen vocación de extinguirse tras la muerte de su titular; tal y como sucede con el derecho a percibir una renta vitalicia, ya que se constituye sobre la vida de quien da el capital (art. 1802 C. c.), o con el derecho a percibir alimentos entre parientes (arts. 142 y ss.

¹⁶⁷ En sentido contrario se ha pronunciado la STS de 11 de octubre de 1999 (f. j. 2º), porque señala que “la posibilidad de concesión a perpetuidad del lugar de enterramiento no es una auténtica y real transmisión de la propiedad en el sentido civil del término (...), sino un mecanismo jurídico en virtud del cual se permite al titular de un enterramiento la facultad de conservar los restos de sus familiares por tiempo indefinido en el lugar donde descansan (...)”.

¹⁶⁸ Si, por el contrario, no se acuerda nada sobre este aspecto, o bien se extingue la sociedad (art. 1700.3º C. c.), o bien continúa entre los socios que sobreviven, si así lo han convenido (art. 1704 C. c.).

C. c.), que se termina, tanto por la muerte del alimentante, como por la del alimentista (arts. 150 y 152 C. c.)¹⁶⁹.

No podemos dejar de aludir a los llamados derechos potestativos que conceden a su titular la posibilidad de modificar una determinada situación jurídica. Algunos tienen un claro contenido patrimonial, como, por ejemplo, el derecho de retracto en la venta con pacto de retro, con respecto al cual los artículos 1514 y 1515 C. c. manifiestan que su ejercicio puede ser llevado a cabo por los herederos del vendedor, en cuyo caso este derecho podrá formar parte del caudal hereditario.

Pero no todos los derechos potestativos serán transmisibles. En materia de revocación de donaciones, el artículo 646, párrafo 2º, C. c. permite que se transmita la acción de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos, “*por muerte del donante, a los hijos y sus descendientes*”, mientras que el párrafo 1º del artículo 653 del mismo cuerpo legal dispone que “*No se transmitirá esta acción a los herederos del donante, si éste pudiendo, no la hubiese ejercitado*”¹⁷⁰.

En cuanto a otros derechos, como los derivados de la formación de un contrato mediante el concurso de la oferta y de la aceptación, habría que preguntarse si la oferta sobrevive a la muerte del causante o si se extingue por causa de ésta. Nuestro Código civil no contiene ninguna regla explícita, aunque la doctrina mantiene que, salvo que el oferente renuncie a su facultad de revocar la oferta o se obligue a mantenerla cierto tiempo, ésta no será transmisible a sus herederos. Sin embargo, alguno autor ha discrepado alegando que resulta más racional, si ningún precepto se

¹⁶⁹ Hay, en cambio, derechos de carácter sucesorio que tienen un contenido patrimonial, pero que no se extinguen por la muerte de su titular, como ocurre con el *ius delationis*, que puede transmitirse *mortis causa* (art. 1006 C. c.).

¹⁷⁰ Nada expresa nuestro legislador en materia de revocación por incumplimiento de cargas, por lo que cabría entender que esta acción sería transmisible al no ser excluida esta característica de forma expresa por la ley; es decir, deberían regir las reglas generales de los contratos, de cuyo tenor se deduciría esta conclusión.

opone a ello, que la oferta no se vincule a la vida del oferente¹⁷¹. Y es que la oferta crea una expectativa que no debe verse afectada por la muerte del oferente, ya que la ley no se opone a ello, por lo que, aplicando las reglas generales de transmisión de derechos patrimoniales, se debería aceptar esta postura.

Si la regla general es la de admitir la transmisión *mortis causa* de los derechos patrimoniales del causante, deberíamos excluir todas aquellas relaciones jurídicas que tuvieran carácter extrapatrimonial. Por su propia naturaleza quedarían abocadas a su extinción. No llegarían a formar parte de la masa hereditaria, salvo excepciones. Nos referimos a las relaciones ligadas al estado civil y a los derechos y deberes que integran las relaciones familiares, los cuales son intransmisibles por tener carácter personalísimo. Aunque nuestro Código Civil prevé lo contrario en materia de acciones de impugnación y reclamación de filiación al admitir que los herederos del interesado puedan actuar en tales materias (arts. 131, 132 y 133 C. c.)¹⁷².

Se extinguen también *mortis causa* los derechos subjetivos públicos, como los derechos políticos, o los derivados de la función pública, por corresponder a un individuo en su cualidad de miembro de un ente público. Pero aquí deberíamos tener presentes los derechos concedidos a un individuo sobre bienes públicos, que, aun siendo bienes afectados por un destino público, tienen en realidad un valor patrimonial (por ejemplo, las concesiones mineras, de aguas públicas, etc), lo que permitiría que fueran objeto de una transmisión *mortis causa*.

A pesar de acordar la intransmisibilidad *mortis causa* de los derechos personalísimos por ir contra su propia naturaleza, los artículos 15 y 16 de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril,

¹⁷¹ MORENO QUESADA, B., “*La oferta de contrato*”, RDN, 1956, p. 5.

¹⁷² La razón quizás podría ser hallada en el hecho de que las acciones de filiación son transmitidas a los herederos, no porque aquéllas formen parte de la herencia, sino porque sus titulares las necesitan para que sea reconocido un estado civil que les permita hacer valer su derecho hereditario.

indican que los derechos morales del autor pueden ser tutelados por la persona natural o jurídica que designe el autor en testamento, por sus herederos, y, a falta de éstos, el Estado u otras Entidades Públicas. Serán ellos los que defiendan el reconocimiento como autor de la obra, su integridad, y quienes decidan sobre su divulgación, ya que la tutela jurídica del derecho moral del autor no cesará con su muerte.

Lo mismo sucederá en cuanto a las acciones de protección al honor, intimidad e imagen del fallecido, respecto de las cuales el artículo 4, 1 de la LO 1/1982, de 5 mayo, recoge que *“El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento ...”*. Por tanto, las reparaciones del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen podrán recaer sobre el heredero del dañado, quien se encargará de custodiar el patrimonio moral del causante.

Caben dudas en cuanto a la transmisión al heredero del derecho que tenía el causante a obtener un resarcimiento por actos que hayan atentado contra su vida, ya que en este caso la obligación de indemnizar surgirá a consecuencia de la muerte producida al causante. Resulta discutible que las personas que pierden la vida adquieran un derecho a exigir del responsable la correspondiente indemnización. Si esto fuera así, el momento de su adquisición sería el de su muerte, siendo ésta, además, la causa de la adquisición del derecho, y pudiendo ser transmitido, por tanto, a sus herederos. Si, por el contrario, fueran los herederos de la víctima quienes adquirieran tal derecho *iure proprio*, el daño de muerte no se le habría podido inferir al causante, al considerar que la muerte provocaría la extinción de su personalidad jurídica, por lo que el derecho a la indemnización no habría llegado a formar parte del caudal relicto. Todo ello significaría que sólo en el primer caso la acción de indemnización formaría parte de la herencia, pero no en el segundo¹⁷³.

¹⁷³ En el primer caso, nos encontramos con el problema de la valoración del daño ya que falta el sujeto al que se le ha inferido el daño; mientras que en el segundo la posición se orienta hacia el reconocimiento del derecho de resarcimiento del daño que la muerte ocasiona a otras personas (vid. DE CASTRO BRAVO, F., *“La indemnización por causa de muerte”*, ADC, 1956, pp. 448 y ss.).

No forman parte del as hereditaria -y, por tanto, no son objeto de delación- aquellos derechos que, aun no extinguiéndose con la muerte del causante, están sometidos a una regulación especial; por ejemplo, los títulos honoríficos y nobiliarios, respecto de los cuales hay que señalar que, mientras los primeros son estrictamente personales, los segundos, aunque objeto de una sucesión *mortis causa*, no forman parte del caudal relicto, ya que las reglas que se aplican a estos títulos tienen un carácter específico¹⁷⁴.

Igualmente, quedan excluidos de caudal relicto aquellos derechos surgidos con la muerte como evento determinante de su nacimiento, por lo que no pueden considerarse como derivados del patrimonio del difunto. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la pensión del Estado.

Todo ello nos permite tener una idea aproximada de qué elementos singulares constituyen la herencia, en cuanto objeto de una comunidad hereditaria, tras lo cual resulta oportuno establecer qué sujetos constituyen esta última, tema que vamos analizar seguidamente.

¹⁷⁴ Vid. Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre Títulos Nobiliarios y Grandezas.

V. SUJETOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

A) Los herederos

La comunidad hereditaria es la resultante derivada de una concurrencia de unos sujetos llamados a suceder en la herencia de un mismo causante. Por de pronto diremos que en la comunidad hereditaria han de estar los herederos, porque éstos ocupan la posición del causante en el conjunto o en parte de la herencia constituida por los bienes, derechos y obligaciones de carácter transmisible pertenecientes al finado. Se produce una novación subjetiva *mortis causa*, fenómeno jurídico al que nuestro legislador se refiere con la expresión “sucesión a título universal”.

Que el instituido por el causante sea un heredero depende de si ha sido llamado a título universal, o no. Sin embargo, nuestra doctrina no es pacífica en cuanto al criterio a tener en cuenta para determinar cuando concurre en una persona la cualidad de heredero, y cuando no. Ello ha dado lugar a tres teorías: la objetiva, la subjetiva y la mixta, de las que de modo sucinto nos vamos a ocupar a continuación.

- a) La teoría objetiva¹⁷⁵.- Se denomina objetiva porque la cualidad de heredero depende –según ALBALADEJO- “del contenido objetivo de la disposición a favor del sucesor”¹⁷⁶. Digamos que el elemento decisivo para calificar a un

¹⁷⁵ Este planteamiento ha sido defendido, entre otros, por FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., pp. 100 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., “*La dogmática de la herencia y su crisis actual*”, RGLJ, 1959, pp. 483 y ss.; ALBALADEJO, M., “*Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario*”, RDP, 1978, pp. 739 y ss.; y DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., ob. cit., p. 349. También se han pronunciado en este sentido las SSTs de 2 de junio de 1965 (cdo. 3º), de 5 de febrero de 1973 (cdo. 2º), de 26 de enero de 1988 (f. j. 6º), y de 9 de marzo de 1993 (f. j. 2º).

¹⁷⁶ Vid. ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 744.

sujeto como heredero ha de ser buscado en la naturaleza del título por el cual ha sido llamado a la herencia a raíz de lo dispuesto por los artículos 659 y 661 C. c.¹⁷⁷. Por ello la STS de 5 de febrero de 1973 (cdo. 2º) ha manifestado que el llamado es un heredero si el testador “dispuso de los bienes a título universal, aunque no consignara la palabra heredero (...)”. Si ha sido llamado a toda la herencia o a parte de ella, habrá una disposición universal, y será, entonces, heredero. La duda sobre si el testador ha querido nombrar a una persona como heredero, o no, se resolverá averiguando si aquél ha querido instituirle a título universal o no.

- b) La teoría subjetiva¹⁷⁸.- A diferencia de la anterior, la teoría espiritualista se basa en la idea de que la voluntad del causante es soberana para instituir a una persona como heredero. Ello se traduce en la idea de que la figura del heredero hay que buscarla en la intención del testador, porque será él quien la construya. Por tanto, habrá que investigar qué propósito ha perseguido el causante a fin de conocer su voluntad.

Se trata de una teoría que ha buscado su justificación en la tradición jurídica *mortis causa* ya que las Partidas consagraron el criterio subjetivo mantenido por el Derecho romano¹⁷⁹. Aunque PUIG BRUTAU ha justificado

¹⁷⁷ El artículo 659 C. c. dispone que “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no extingan por su muerte*”. Mientras que el artículo 661 C. c. manifiesta que “*Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*”.

¹⁷⁸ Esta teoría ha sido mantenida por NÚÑEZ LAGOS, R., “*El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil*”, RGLJ, 1951, pp. 404-409; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama ...*, I, cit., p. 152; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1990, p. 59; y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, V, cit., pp. 19-20. En esta línea argumental, las SSTS de 11 de enero de 1950 (cdo. 4º), y de 30 de junio de 1956 (cdo. 2º).

¹⁷⁹ La Partida (6, 6, 3) dispone que “*Por qué palabras, e en qué manera, puede ser establecido el heredero. Ciertamente, debe el hacedor del testamento nombrar aquél que quiere establecer por su heredero, nombrándolo por su nombre, que sea heredero en todo o en parte, como el testador tuviera por bien E, sobre todo, decimos que el establecimiento del heredero se puede aún hacer por otras palabras; así como si dijese aquél que lo hacía, fulano sea mío heredero, o, quiero, o mando que lo sea,*

esta tendencia voluntarista en que “las reglas de Derecho de sucesiones por causa de muerte son en gran parte de derecho supletorio o dispositivo, como resultado final de un proceso interpretativo de disposiciones testamentarias”¹⁸⁰.

- c) La teoría mixta.- Esta teoría -defendida por ROCA SASTRE¹⁸¹- se basa en que el llamado a una herencia tendrá la cualidad de heredero si reúne estos dos requisitos: a) que el llamamiento sea a título universal; y b) que la disposición testamentaria se haga a título de heredero, y no de legatario. Se trata de una teoría ecléctica porque exige la concurrencia de cada uno de los requisitos solicitados de modo separado por las teorías objetiva y subjetiva.

Las consecuencias de su aplicación han sido mostradas excepcionalmente por la STS de 22 de enero de 1963 (cdo. 4º) que, tras reconocer “el carácter espiritualista de la sucesión en nuestro sistema civil tradicional”, se ha mostrado de acuerdo con la teoría mixta al decir que “dentro de la dogmática de nuestro Código Civil, para que pueda ser calificado de heredero el llamado a una sucesión, ha de reunir un doble requisito (...), de tal forma que si el primer requisito no mediara, y en lugar de atribución universal el llamamiento se limita a circunscribirse a cosa cierta y determinada, no habría heredero, sino legatario (art. 768), y si falta el *nomen heredis*, es decir, la expresión formal en el testamento de asignar este carácter de universalidad al sucesor, se estará en presencia de un legado, que, si estriba en una cuota será el legado de parte alícuota, de tradición en nuestro derecho”.

o si dijese fulabo sea señor de todos mis herederos, o, haya todos mis bienes, o, dejole todo lo que he, u otras palabras cualesquiera, semejantes de éstas, porque se pudiese mostrar su voluntad en esta razón” (vid. SÁNCHEZ ARCILLA, J., *Las Siete Partidas*, Reus, Madrid, 2004).

¹⁸⁰ Vid. PUIG BRUTAU, J., ob. últim. cit. *ibidem*.

¹⁸¹ Vid. ROCA SASTRE, R., *Estudios ...*, II, cit., pp. 188 y 189.

Una vez expuestas las tres teorías parece que la teoría objetiva es la que mejor se adapta a nuestro sistema sucesorio. De este modo hacemos nuestras las palabras de CICU cuando afirma que “la designación del heredero no es una mera designación de persona, sino la atribución a una persona de todos o de una cuota de los bienes hereditarios”¹⁸². Las razones de las que nos servimos para adherirnos a la teoría objetiva son las siguientes:

- a) En contra de lo que mantienen los defensores de la teoría subjetiva o espiritualista, la figura del heredero es una construcción legal. Esto significa que no es el causante quien determina qué es un heredero, sino que es la propia ley la que atribuye esta condición al sujeto que es llamado por aquél a título universal, tal y como deducimos de la lectura de lo dispuesto por el artículo 660 C. c.¹⁸³. La cualidad de heredero no depende, pues, de que a una persona sea designada como heredera con tales términos por parte del testador, sino más bien de si hay o no una disposición universal (requisito *sine qua non* para que exista la figura del heredero). Al fin y al cabo el testador no tiene el por qué conocer el significado del término “heredero” en nuestro sistema sucesorio, por lo que puede pretender instituir a un sujeto en la totalidad o en una parte de la herencia sin emplear el término “heredero”.

ALBALADEJO, aun siendo partidario de la tesis objetiva, va más allá, y declara que no hay tantas diferencias entre la teoría objetiva y la subjetiva, ya que el contenido del llamamiento coincide siempre con la voluntad del causante: quien quiere un heredero establece en todo caso una disposición universal¹⁸⁴. Es un modo afirmar que la esencia de la figura del heredero siempre coincide con un llamamiento a la totalidad o parte alícuota de la herencia.

¹⁸² Vid. CICU, A., *Derecho ...*, cit., pp. 172-173.

¹⁸³ El artículo 660 C. c. dispone: “*Llámesse heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular*”.

¹⁸⁴ Vid. ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 745.

- b) A mayor abundamiento, cabría argumentar que el artículo 668, párrafo 2º, C. c. es un claro ejemplo de aplicación de la tesis objetiva, conforme al cual *“En la duda, aunque el testador no hay usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia”*. Significa que lo importante es saber si la voluntad del testador ha sido la de instituir a título universal en sus bienes. En este sentido se ha manifestado la STS de 5 de febrero de 1973 (cdo. 2º), que al interpretar una disposición testamentaria, ha mantenido que el testador “dispuso de los bienes a título universal, aunque no consignara la palabra heredero, lo que no es necesario, según el párrafo 2º del artículo 668 del mismo cuerpo legal”.

Ello obliga a interpretar la voluntad del testador en los términos del párrafo 1º del artículo 675 C. c., donde se recoge que *“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. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”*. Por tanto, si la voluntad del testador es atribuir la totalidad o parte de la herencia a un sujeto, éste deberá ser considerado como un sucesor universal con independencia de si se ha empleado el término heredero o no.

- c) El artículo 768 C. c. proclama que *“El heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario”*. Ello nos permite tener un sucesor particular aunque el testador haya utilizado el término “heredero”. Por ende, siguiendo una interpretación *a contrario*, podríamos hablar también de un sucesor universal aunque el causante se haya referido a él como legatario.

- d) Cabría criticar la teoría mixta porque es una fuente de problemas, ya que resulta contradictoria en figuras tales como el legatario de parte alícuota, donde el sujeto sería heredero por haber sido llamado a un *universum*, y legatario por no responder de las deudas y cargas de la herencia (situaciones incompatibles por la diferente naturaleza jurídica que se atribuye a un heredero y a un legatario). Y no sólo esto, sino que además la importancia de la figura del heredero disminuiría con la aplicación de la teoría mixta desde el momento en que, en todo caso, se requiere la concurrencia del *nomen* de heredero y del llamamiento universal para estar ante un sucesor universal, por lo que en la mayoría de supuestos el sujeto tendría la condición de legatario.

En consecuencia, llegamos a la conclusión de que la teoría objetiva es la que resulta más sencilla y lógica para identificar la figura del heredero, ya que basta con que una persona sea llamada a la totalidad o parte de una herencia para que aquélla sea considerada como heredera. Por tanto, no es suficiente el uso del término “heredero” para que tal cualidad pueda ser atribuida a alguien. Todo ello con independencia de si es el testador quien lo emplea, o si es el propio legislador quien lo utiliza, ya que lo que importa es el contenido objetivo del llamamiento, y no su origen.

Por ello, cuando el artículo 807 C. c. señala que “*Son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes 2.º ... los padres y ascendientes 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código*”, resulta necesario matizar que el legislador atribuye la cualidad de heredero al cónyuge viudo cuando en realidad es un sucesor particular, puesto que se le atribuye una cuota en concepto de usufructo (art. 839 C. c.)¹⁸⁵. Por tanto, el nudo propietario será el heredero, y no el usufructuario.

¹⁸⁵ El artículo 839 C. c. dispone que “*Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte del usufructo, asignándole una renta vitalicia ..., o un capital efectivo ...*”.

También merecen ser expuestas reticencias en cuanto a que los demás legitimarios sean considerados siempre como herederos en los términos expuestos hasta ahora: que exista un llamamiento universal, pese a que el artículo 806 C. c. expone que “*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*”. Motivo: el heredero forzoso podría recibir su cuota mediante liberalidades *inter vivos* –una donación-, o a través de liberalidades ordenadas *mortis causa* –un legado-. Siendo esto así, difícilmente cabría mantener la idea de que el legitimario es un heredero en todo caso. Por ende, el legitimario tan sólo será heredero cuando así lo haya instituido el causante, o cuando lo sea en virtud de la apertura de una sucesión intestada, por lo que la condición de heredero no será una cualidad intrínseca a la de legitimario.

Finalmente, como fruto de lo dispuesto por el párrafo 3º del artículo 658 C. c.¹⁸⁶ no se aplica en el ámbito de nuestro Código civil el principio romano “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Ello permite una perfecta compatibilidad entre la sucesión testada e intestada (art. 912.2º C. c.)¹⁸⁷. Consiguientemente, la comunidad hereditaria podrá estar constituida por herederos de distinta naturaleza a causa de una delación mixta. El testador podrá realizar una o varias instituciones hereditarias, pero sin agotar el caudal relicto, lo que daría lugar a una comunidad entre los llamados por testamento y los herederos legítimos que deben suceder en la parte de que el testador no dispuso.

Mientras el llamamiento a la totalidad o parte de la herencia está ligado a la cualidad de heredero, el llamamiento particular se vinculará a la figura del legatario, de quien nos vamos a ocupar seguidamente.

¹⁸⁶ Señala este precepto que “*Podrá deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley*”.

¹⁸⁷ Dice el art. 912, 2º C. c. que “*La sucesión legítima tiene lugar: 2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto*”.

B) Los legatarios

El artículo 660 C. c. dispone: “*Llámesse ... legatario al que sucede a título particular*”. Se infiere que el legatario es un sucesor particular que recibe aisladamente un derecho porque el causante quiso que fuera a parar a este sujeto apartándolo del conjunto global de la herencia¹⁸⁸. Las diferencias, pues, entre el heredero y legatario no son de carácter cuantitativo, sino de carácter cualitativo, ya que es el tipo de llamamiento lo que diferencia tales figuras jurídicas. Por consiguiente, siguiendo la teoría objetiva, será legatario quien haya sido llamado a título particular con independencia del *nomen* que haya empleado el causante.

El llamamiento a título particular significa que un sujeto es llamado a una cosa o derecho concreto de la masa hereditaria, y no la totalidad o parte de la herencia. Siendo esto así, hablaremos de la existencia de un sucesor particular. Si éste ha sido instituido a través de una liberalidad ordenada por la voluntad del causante estaremos ante un legatario. Sin embargo, si la disposición particular tiene su origen en la ley (tal y como sucede con la que se realiza a favor del cónyuge viudo) hablaremos, más bien, de un mero sucesor particular.

El legatario es un sucesor particular que recibe un derecho o bien concreto por mor de la voluntad del testador. Ello se constituye en motivo suficiente para que el legatario no forme parte de una comunidad hereditaria. Adquiere exclusivamente aquello que le ha sido atribuido.

Para que el legatario sea un sucesor particular *mortis causa*, previamente ha de existir de forma obligada la relación jurídica singular del causante sobre la que se va a

¹⁸⁸ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho ...*, cit., p. 34.

producir la sucesión. De este modo podremos afirmar que sucede al testador tal y como prevé el artículo 881 C. c.: “*El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador ...*”.

En otros casos el legatario no sucede al causante en una relación jurídica ya existente. Esto es lo que ocurre con el legado de cosa ajena, con respecto al cual el artículo 861, párrafo 1º, *in fine*, C. c. dispone que “*El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación*”. Por ello, DÍEZ-PICAZO ha definido el legado como una disposición de última voluntad, “en cuya virtud el disponente ordena la creación, modificación o extinción de una relación jurídica”¹⁸⁹.

Pero, ¿qué sucede cuando se combina el *nomen* de heredero con lo que aparentemente parece un llamamiento particular? Pues surge el heredero *ex re certa*, cuya naturaleza jurídica va a ser analizada a continuación.

¹⁸⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., ob. cit., p. 379.

C) El heredero *ex re certa*

En virtud del artículo 768 C. c. “*El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*”. A tenor de lo dispuesto por este precepto parece que el heredero *ex re certa* debería ser tratado como un legatario por el mero hecho de recaer su derecho sobre una cosa cierta y determinada. Sin embargo, esta conclusión resulta un tanto precipitada, ya que el instituido en cosa cierta puede suceder universalmente si es llamado a ocupar el lugar del causante en cuanto al activo y al pasivo de la herencia.

En defensa de la postura doctrinal que permite definir al heredero *ex re certa* como un sucesor universal está el argumento de quienes defienden la tesis de la falta de imperatividad del artículo 768 del C. c. civil, y arguyen que este precepto tiene un mero valor interpretativo¹⁹⁰. Vienen a señalar que el instituido en cosa cierta es un sucesor particular, salvo que se demuestre lo contrario.

La STS de 9 de marzo de 1993 (f. j. 2º) es clara al respecto al manifestar que “en la actualidad, de acuerdo con la doctrina científica mayoritaria, no puede atribuirse al artículo 768 (...) un carácter imperativo sino interpretativo, ofreciéndose en él criterios hermenéuticos 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

¹⁹⁰ Entre otros, MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, t. VI, Reus, Madrid, 1932, pp. 98 y ss.; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado*, t. XV, Madrid, 1943, p. 505; ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. X, v. 1, Edersa, Madrid, 1987, p. 385; y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, V, cit., p. 20.

se le designe como heredero”. Por consiguiente, la función del artículo 768 C. c. quedaría reducida al establecimiento de una regla supletoria en virtud de la cual el heredero *ex re certa* debería ser tratado como legatario, salvo que pudiéramos colegir otra conclusión distinta al interpretar la voluntad del testador, a la luz de lo dispuesto por el artículo 675 C. c.¹⁹¹. Ello se produciría cuando existiera una clara intención de instituir al sujeto como heredero, y no como legatario.

Habrá que buscar la verdadera voluntad del testador a fin de saber cuál es el contenido objetivo del llamamiento¹⁹². Si el instituido recibe tan sólo una cosa concreta de la herencia, habrá un llamamiento particular. Pero no sucederá así si al instituido se le atribuye una cosa *sub specie universalitatis*; es decir, si recibe la cosa como expresión de “su parte” en la herencia, y en esa misma proporción (en tanto que heredero) ha de responder de las deudas del causante, habrá un llamamiento universal, y estaremos, entonces, ante un heredero. Por tanto, el causante puede instituir a una persona como sucesor en la generalidad de una herencia, y adjudicarle un bien concreto, o varios, en pago de su parte de la herencia puesto que el causante quiere que participe en la generalidad de la sucesión¹⁹³. ALBALADEJO ha señalado de modo claro que estamos ante un heredero cuando el llamado sucede al causante universalmente, y esto ocurre “en tanto en cuanto la cosa se la haya dejado, no como

¹⁹¹ El artículo 675 C. c. dispone que “*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. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento ...*”.

¹⁹² Cfr. art. 138 C. S. Cat.: “*El heredero o herederos instituidos sólo en cosa cierta, cuando concurren con heredero o herederos instituidos sin esta asignación, serán simples legatarios de aquélla.*

Si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta, se estimarán prelegatarios de ella y, exclusión hecha de la cosa o de las cosas ciertas, tendrán el carácter de herederos universales por partes iguales, si son más de uno”.

Su razón de ser lo hallamos en la exigencia del artículo 136 del mismo texto legal, conforme al cual “*El testamento deberá contener necesariamente institución de heredero ...*”.

También al primer párrafo de la ley 216 de la Comp. Nav.: “*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 concurriere, será considerado legatario*”.

¹⁹³ vid. ALBALADEJO, M., “*Sucesor ...*”, cit., p. 742.

apartándola de la herencia para que él la reciba a título particular, sino como bien en que se concreta la parte de herencia en que se le instituye”¹⁹⁴. Veamos algunos ejemplos de lo expuesto.

La STS de 2 de junio de 1965 (cdo. 3º) ha considerado que, a los efectos de una subrogación *mortis causa* en un contrato de arrendamiento, “no puede admitirse que el legatario en cosa cierta y determinada debe ser considerado como heredero; antes por el contrario, y por la determinación del bien que se le deja, ha de entenderse que lo recibe a título singular (...); esto es, como verdadero y propio legatario (...)”¹⁹⁵.

Abunda en la misma idea la STS de 26 de enero de 1988 (f. j. 6º) cuando, al interpretar una disposición testamentaria en la que el testador deja una finca a su hija, ha declarado que “el testador quiso reconocer (...) a la hija y legitimar, de este modo, su titularidad frente a terceros y, más concretamente, frente a los restantes herederos, con claro y evidente propósito de que la finca fuese excluida de la masa hereditaria, y llegar a conclusión distinta, supondría (...) contrariar la voluntad del testador, de aquí, que terminando de interpretar la disposición testamentaria, proceda configurarla como un supuesto de institución en cosa cierta y determinada que contempla el artículo 768 C. c. (...)”

También la STS de 9 de marzo de 1993 (f. j. 2º), al interpretar una cláusula testamentaria del siguiente tenor literal: “Del remanente de mis bienes y derechos, instituyo únicos y universales herederos a los sobrinos Luis y Angel P. Miguel del C., cuyos bienes son el Cuarto de Majadad con Chalet, enseres y demás dependencias, y la planta baja de la casa Vieja, con corral y demás dependencias, al Toral de San Cristobal de los Mochuelos”, ha manifestado que “si bien instituye a los recurrentes

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ En el mismo sentido, las SSTS de 7 de diciembre de 1967 (cdo. 2º); y de 29 de octubre de 1970 (cdo. 2º).

como únicos y universales herederos del remanente de todos sus bienes y derechos, seguidamente concreta esos bienes a los que se relacionan en la misma cláusula, lo que hace necesario acudir a la norma contenida en el artículo 768 del Código Civil, (...). De acuerdo con ello (...), su interpretación de la disposición testamentaria contenida en la citada cláusula sexta no puede calificarse como de ilógica o contraria a la voluntad del testador o a la ley, ya que los medios probatorios (...) no acreditan que la voluntad del testador, al designar cuáles eran los bienes que constituían el remanente de su herencia después de ordenar los legados que establecía, fuese otra que la de concretar la herencia de los hoy recurrentes a los bienes que en la citada cláusula se establecen por lo que las personas instituidas en dicha disposición testamentaria hayan de ser consideradas como legatarias de tales bienes no obstante su designación como herederos (...). No obstante, y a menor abundamiento, aunque se acepte que los recurrentes fueron designados como herederos a título universal del causante, la designación en la institución de bienes concretos y determinados ha de interpretarse en el sentido de que el testador, haciendo uso de la facultad que le reconoce el artículo 1056 C. c. de realizar él mismo, por actos *inter vivos* o en última voluntad, la partición de sus bienes por la que han de estar y pasar los herederos, ha fijado el activo hereditario correspondiente a tales herederos en los bienes concretamente especificados. Sin que a ello se oponga el que el testador no haya dispuesto por el testamento de todos sus bienes, dada la compatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada que permite el artículo 658, párrafo tercero, del C. c. Civil¹⁹⁶.

Consiguientemente, como la única institución de heredero *ex re certa* es aquella en la que la cosa se entrega como parte de la herencia, es decir, *sub specie universalitatis*, habrá que proceder a realizar una serie de ajustes derivados del hecho de que el heredero *ex re certa* asume las cargas y obligaciones de la herencia, por lo

¹⁹⁶ Con tales términos el Tribunal Supremo ha hallado un cierto paralelismo entre la disposición testamentaria que nombra como sucesor universal a una persona cuya participación en la herencia se da a través de una cosa cierta, y lo dispuesto por el artículo 1056 del C. c. civil que establece que “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella ...”.

que será necesario saber qué proporción ocupará la cosa concreta en relación con la totalidad del caudal relicto¹⁹⁷.

Sin embargo, a pesar de la íntima relación entre la sucesión particular y el término legatario, no hay que pasar por alto la posibilidad de que un legatario sea llamado a la parte alícuota de una herencia. Se trata de una figura jurídica que combina el *nomen* “legatario” con el contenido universal del llamamiento que hace el testador, lo que genera dudas sobre su naturaleza jurídica. De ella nos ocupamos a continuación.

¹⁹⁷ Cfr. el artículo 152.1 de la L. S. Arag. que establece que “*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 ...*”.

D) El legatario de parte alícuota

La expresión “legatario de parte alícuota” es utilizada por el Código civil, por el Reglamento hipotecario y por la propia Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹⁸, lo que constituye una muestra del reconocimiento de esta figura por parte de nuestro legislador, aunque la referencia expresa contenida en el artículo 655, párrafo 3º, C. c.¹⁹⁹ al tratar de la reducción de las donaciones haya obedecido más bien a un error legislativo, lo cual ha exigido realizar una interpretación correctora, a fin de sustituir el término legatario por el de legitimario. Por el contrario, los artículos 146, 3º y 152 R. H.²⁰⁰ y el artículo 782, 1 L. E. C.²⁰¹ han empleado oportunamente el término “legatario de parte alícuota”, aunque después no hayan aportado datos que nos permitan elaborar un concepto de la figura con el objetivo de explicar su especial naturaleza jurídica.

Que el artículo 152 R. H. haya considerado a los legatarios de parte alícuota “*asimilados en todo caso al heredero*” a los efectos de las anotaciones preventivas, es consecuencia de la legitimación que el artículo 146, 3º R. H. concede a estos

¹⁹⁸ Sin olvidar su reconocimiento en el ámbito del Derecho foral. El artículo 305, párrafo 1º, del C. S. Cat. indica que “*El legado de parte alícuota tendrá el carácter de legado de eficacia obligacional, y atribuye al legatario el derecho de que le sean adjudicados bienes del activo hereditario líquido ...*”.

El artículo 153 L. S. Arag., manifiesta que “*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 ...*”.

La ley 219, párrafo 1º, Comp. Nav. dispone que “*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*”.

¹⁹⁹ El artículo 655, párrafo 3º, C. c. dispone que “*... los legatarios que no lo sean de parte alícuota ... no podrán pedir la reducción ...*”.

²⁰⁰ El artículo 146, 3º R. H. establece que “*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 R. H. dispone que “*A los efectos de las anotaciones preventivas ..., los legatarios de parte alícuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos*”.

²⁰¹ El artículo 782, 1 L. E. C. señala que “*Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia ...*”.

sucesores para solicitar la práctica del asiento de anotación preventiva previsto en el artículo 42, 6º de la Ley Hipotecaria (en adelante, L. H.), según el cual *“Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos 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”*. Es un modo acercar la figura del legatario de parte alícuota a la figura del heredero.

Lo mismo se puede extraer de lo dispuesto por el artículo 782, 1 L. E. C., ya que el legislador atribuye al legatario de parte alícuota la facultad de promover la división judicial de la herencia como si de un coheredero se tratara.

Tan sólo tenemos el reconocimiento legal y jurisprudencial de la peculiar figura jurídica del legatario parciario, pero carecemos de una norma jurídica que nos permita definirlo, motivo por el cual nos vamos a preguntar, ¿qué es un legatario de parte alícuota?

Si invocamos un criterio rigurosamente objetivo el legatario parciario aparentemente debería ser considerado como un sucesor universal por haber sido llamado a una parte alícuota de la herencia²⁰². Estaríamos atendiendo al aspecto cualitativo del llamamiento; esto es, a que alguien es llamado a una fracción del caudal hereditario, y no a una cosa determinada, para definirlo como heredero. Así lo ha manifestado la STS de 22 de enero de 1963 (cdo. 3º): si el heredero “es aquel sucesor a quien es atribuido la totalidad de las relaciones patrimoniales del difunto, o una parte alícuota de aquéllas, independientemente del nombre con que sea designado, legatario es el sucesor en bienes o derechos determinados, concepto confirmado por el art. 768 de nuestro Código Civil, pues si el heredero instituido en una cosa cierta y determinada ha de ser considerado como legatario, recíprocamente el legatario de parte alícuota habrá de ser calificado como heredero”.

²⁰² En esta línea, FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 100.

Sin embargo, el legatario de parte alícuota no es un heredero, sino un legatario de carácter peculiar. Esto es debido a que esta figura jurídica introduce un matiz subjetivo en nuestro Derecho sucesorio, que se caracteriza por ser fundamentalmente objetivo²⁰³. Se considera que en el legado de parte alícuota no existe una sucesión universal, porque el sucesor no recibe en bloque los derechos y obligaciones del difunto, sino una sucesión particular, aunque el sujeto no reciba un bien concreto y sí el grupo de bienes que quepan en su cuota²⁰⁴. Cuando el testador lega la parte alícuota de la herencia, no pretende que el instituido le sustituya en una cuota de la herencia. Quiere que el instituido sea un legatario “de remanente” o de “saldo” de bienes; esto es, el causante quiere instituir en parte alícuota del remanente una vez deducidas las cargas y gravámenes, por lo que es llamado a una cuota del activo, en cuyo caso el pasivo será asumido por los herederos, y no por el legatario parciario. Así ha sido entendido también por la normativa foral sobre el legatario de parte alícuota. De este modo, el artículo 305, párrafo 2º, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña -Ley 40/1991, de 30 de diciembre- (en adelante, C. S. Cat.) determina con claridad que *“El legatario de parte alícuota no responderá con carácter de deudor de las obligaciones y cargas hereditarias ...”*²⁰⁵.

Todo ello incide en la particular configuración del legado de parte alícuota, con respecto al cual la STS de 11 de enero de 1950 (cdo. 4º) ha considerado que el legado de parte alícuota es una “modalidad irregular” que “constituye una figura intermedia o *sui generis* 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, y esta nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante, el legatario como el heredero 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

²⁰³ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. últim. cit. p. 484.

²⁰⁴ vid. ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 742.

²⁰⁵ En idénticos términos se pronuncia el art. 153 L. S. Arag..

aspecto por idéntico interés, el heredero y el legatario de parte alícuota a los que afecta por igual la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición (...).”.

En consecuencia, el legatario parciario sólo será instituido en la parte del activo que queda una vez liquidada la herencia. La cuota del legatario de parte alícuota se determinará previa satisfacción de las deudas y cargas de la herencia, que sólo indirectamente le afectará en cuanto contribuyen a fijar con exactitud la cifra base por la que se computa su parte, pero sin que se halle obligado a su pago, del que no responderá personalmente frente a los acreedores. El pago de las deudas y de las cargas de la herencia tan sólo van a disminuir el contenido económico de su cuota.

Pero, a pesar de que el legatario parciario es un legatario “de remanente”, su posición jurídica puede ser asimilada a la que tiene un heredero, motivo por el cual participa de la comunidad hereditaria con el resto de los coherederos. El mero hecho de no haber sido llamado a un bien concreto de la herencia ya es una razón suficiente para que participe en la comunidad hereditaria²⁰⁶. De este modo se justifica la atribución al legatario de parte alícuota de la facultad de pedir la división judicial de la herencia a tenor de lo dispuesto por el artículo 782, 1 L. E. C.; una atribución que también se le da en el marco del Derecho foral a raíz de lo dispuesto por el artículo 153 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón -Ley 1/1999, de 24 de febrero- (en adelante, L. S. Arag.): *“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 ...”*.

También se admite que el legatario parciario participe en una partición contractual de la herencia en el supuesto del artículo 1058 C. c. como parte interesada que es. La STS de 22 de febrero de 1997 (f. j. 3º) lo deja muy claro cuando, tras examinar el contenido de una disposición testamentaria en la que el testador dispuso que “sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria lega en pleno dominio a su esposa

²⁰⁶ Vid. ALBALADEJO, M., *Curso de ...*, t. V, cit., p. 120.

(...) del tercio de los bienes de libre disposición”, manifiesta que “designada así la esposa legataria de parte alícuota de la herencia del tercio de bienes de libre disposición, su intervención en la partición deviene necesaria dada la semejanza a estos efectos entre el legatario de parte alícuota y los herederos”. Se refiere a que el legatario de parte alícuota es tratado como un heredero a estos efectos en cuanto que resulta necesario concretar su parte.

En definitiva, el legatario de parte alícuota es un legatario de remanente, pero en la medida en que no es llamado a una cosa concreta se le atribuyen facultades como si de un sucesor universal se tratara.

E) Otros sujetos

Para terminar con la exposición sobre los sujetos incluidos y excluidos en una comunidad hereditaria, hay que mencionar a ciertos herederos cuyo llamamiento y condiciones para suceder requieren un tratamiento aparte²⁰⁷. Hablamos de la sucesión *iure transmissionis*, de la institución de heredero bajo condición o término, y de las sustituciones hereditarias.

Respecto a la sucesión *iure transmissionis*, el artículo 1006 C. c. dispone que “Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”. Significa que el *ius delationis* se integrará como un derecho más del patrimonio del difunto sin perder sus caracteres, y como tal se transmitirá a sus herederos, quienes se subrogarán en la posición de aquél a fin de

²⁰⁷ Sólo aludimos a estos casos como ejemplos a valorar, pero no procedemos a su estudio en profundidad porque se aleja del objeto de nuestra tesis.

aceptar o repudiar la herencia del primer causante. Por tanto, los herederos del llamado tendrán que aceptar la herencia de éste último para poder ejercerlo²⁰⁸.

En cuanto al heredero condicional, el artículo 791 C. c. recoge que “*Las condiciones impuestas a los herederos ..., en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales*”. Siendo esto así, si la institución de heredero está sometida a una condición suspensiva, el llamamiento penderá del cumplimiento de un evento futuro e incierto, y la delación no se perfeccionará hasta el momento en que se cumpla la condición, por lo que se impedirá que el eventual llamado pueda aceptar o repudiar la herencia hasta entonces.

Si la institución de heredero se encuentra bajo una condición resolutoria, aquél asumirá el riesgo de dejar de ser heredero en el caso de que se haga efectiva la condición, motivo por el cual no tiene vigencia el aforismo romano de *semel heres semper heres*.

La situación será distinta si la figura del heredero está sometido a término, porque según el artículo 805 C. c. “*Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero ...*”. Añade que “*... hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo*”. Este sujeto será heredero hasta que llegue el término inicial, y ocupe su lugar el heredero testamentario, o empezará a serlo a partir del momento en que el heredero testamentario deje de serlo.

²⁰⁸ Hay una discusión doctrinal sobre de si el transmisario se convierte en heredero directo del primer causante (ALBALADEJO, M., “*La sucesión ‘iure transmissionis’*”, ADC, 1952, p. 912; y JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el ‘ ius delationis’*. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa, Civitas, Madrid, 1990, p. 22), o no (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., ob. cit., p. 302; y GARCÍA GARCÍA, J. M., *La sucesión por derecho de transmisión*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 238 y 239).

Finalmente, debemos advertir sobre los efectos de una sustitución fideicomisaria, ya que modifica el orden sucesorio dispuesto por la ley al permitir que exista una delación sucesiva que da lugar a un heredero fiduciario, y a otro fideicomisario.

El heredero fiduciario ha sido definido por la STS de 18 de marzo de 1997 como “el auténtico y único heredero del causante en un primer momento (...), aunque lo sea con carácter temporal”. Es un heredero *ad tempus* que tiene la obligación de conservar la herencia que será entregada al heredero fideicomisario.

Habría que preguntarse por la situación que adopta el heredero fideicomisario, si tenemos en cuenta que el artículo 784 C. c. establece que “*El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador ...*”. No pueden convivir dos titularidades de idéntica naturaleza sobre el caudal relicto porque “*duorum vel plurium, in solidum dominium, esse non potest*”. Por tanto, creemos que resulta más oportuno mantener que los efectos del derecho hereditario del heredero fideicomisario quedarán en suspenso hasta la llegada del momento oportuno. Mientras tanto, podrá ejercitar todas las medidas oportunas que tiendan a conservarlo a la espera de que pueda ejercerlo, y devenir heredero si el sujeto acepta la herencia.

CAPÍTULO TERCERO

LAS PROHIBICIONES DE DISPONER. LA PROHIBICIÓN DE DIVIDIR, EN GENERAL

I. DIVERSOS ASPECTOS SOBRE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 26 Y 27 DE LA LEY HIPOTECARIA

A) Planteamiento general

Declara el artículo 26 L. H. que *“Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:*

1ª Las establecidas por la Ley, que sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio.

2ª Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva.

3ª 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”.

El artículo 27 de este mismo cuerpo legal sirve de complemento a lo dispuesto por el citado precepto al manifestar lo siguiente: *“Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior,*

no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento”.

A la vista de lo anterior, constatamos que nuestro legislador ha clasificado las prohibiciones de disponer en función de si su origen es legal, judicial o administrativo, o voluntario. Pero no ha realizado un tratamiento sustantivo, unitario y sistemático de esta figura que permita construir su régimen jurídico. Sólo existe un mero reconocimiento formal por la Ley Hipotecaria. Por este motivo, vamos a trazar a continuación qué líneas maestras han resultado relevantes para la doctrina, jurisprudencia y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en orden a fundamentar su validez y eficacia.

Empezaremos con el análisis de un elemento íntimamente ligado a las prohibiciones de disponer: el *ius disponendi* como poder o facultad que permite a un sujeto disponer de su derecho, con respecto al cual se ha debatido si goza de autonomía jurídica o si, por el contrario, queda integrado en el contenido de un derecho subjetivo.

VILLAVICENCIO ha criticado la configuración del contenido del derecho subjetivo como un haz de facultades²⁰⁹. Para este autor, el poder dispositivo es una facultad ajena al derecho subjetivo del que se dispone, porque éste no puede ser fuente y fundamento del poder de disposición a la vez²¹⁰. Ha entendido que el derecho subjetivo es una realidad jurídica que tiene su propio valor intrínseco, aspecto que lo convierte en objeto de un poder de disposición que tiene autonomía propia²¹¹. De este modo, el *ius disponendi*, que se constituye como poder accesorio de la titularidad de

²⁰⁹ Vid. VILLAVICENCIO ARÉVALO, F., “*La facultad de disposición*”, ADC, 1950, pp. 1041 y 1043.

²¹⁰ *Ibidem*. VILLAVICENCIO se basa en los planteamiento de THON (en *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 327, citado por VILLAVICENCIO ARÉVALO, F. ob. cit., p. 1044), quien afirma que la fuerza que transmite la propiedad no puede formar al mismo tiempo parte de ella.

²¹¹ *Ibidem*.

un derecho subjetivo disponible, no se verá afectado por la transmisión del derecho en cuestión²¹².

La mayoría de la doctrina, en cambio, ha mantenido que el *ius disponendi* no es una facultad extraña al derecho subjetivo del que se dispone, sino que es una facultad que integra su propio contenido, y que se atribuye al titular de aquél²¹³.

Esta última posición nos parece más convincente, porque el poder de disposición no subsiste por sí solo; éste desaparece para el sujeto sobre un concreto derecho subjetivo desde el momento en que pierde su titularidad, lo que evidencia su falta de autonomía jurídica.

A mayor abundamiento, quien adquiere *a non domino* un bien no lo hace porque goce de una facultad dispositiva autónoma²¹⁴. Lo hace porque el ordenamiento jurídico ampara a este adquirente en virtud del principio de protección de la apariencia jurídica. Se produce, pues, una adquisición *ex lege* con base en la buena fe de quien confía en la apariencia del que parecía ser titular del bien que se transmite.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ Entre otros, DE CASTRO, F., *Derecho ...*, cit., p. 605; AGUILERA DE LA CIERVA, T., *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Montecorvo, Madrid, 1973, pp. 121 y 142; CAÑIZARES LASO, A., “Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias”, ADC, 1991, pp. 1454 y 1462; LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, p. 230; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos ...*, III, cit., p. 838; ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, Bosch, Barcelona, 1995, p. 467; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos...*, cit., p. 313; y CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 497 .

²¹⁴ vid. AGUILERA DE LA CIERVA, T., ob. cit., p. 121.

En consecuencia, la facultad dispositiva formará parte del contenido de todo derecho subjetivo patrimonial que sea disponible²¹⁵; y actuará como el mayor exponente de la relación existente entre éste y su titular. Esto es, el poder de disposición se vinculará a la titularidad de cualquier derecho subjetivo disponible. Por ello, este poder (o facultad de disposición) condicionará la eficacia de un acto de disposición en la medida en que será considerado como un *prius* con respecto a él.

El Código civil no ofrece una noción del acto de disposición, motivo por el cual vamos a aludir a las dos concepciones elaboradas en torno a la misma:

- a) Noción económica.- Enfrenta el acto de disposición con el acto de administración desde un punto de vista económico. Cuando el objeto del acto sea modificar el contenido de un patrimonio tendrá carácter dispositivo; en cambio, cuando tenga por objeto su mantenimiento, mejora o gestión, podrá ser catalogado como acto de administración (por ejemplo, la enajenación de los frutos de un patrimonio)²¹⁶.

Esta noción económica es meramente instrumental, porque se fija sólo en el destino económico del acto en cuestión y olvida su naturaleza intrínseca. Se trata de un concepto que se emplea fundamentalmente en los supuestos de representación, donde hay que determinar si el sujeto (que administra un patrimonio ajeno) está facultado

²¹⁵ No sólo integrará el derecho de propiedad, pese a que aparezca en el artículo 348 C. c. como una facultad propia del dominio (según este precepto, “*La propiedad es el derecho de gozar y **disponer** de una cosa ...*”). Será una de las facultades más representativas, pero ello no será óbice para sostener su presencia en otros derechos, ya sean reales (art. 480 C. c.: “*Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo ...*”), ya sean personal (art. 1112 C. c.: “*Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*”).

²¹⁶ Vid. FERRARA, F., *Atti di amministrazione. Scritti giuridici*, Milano, 1954, p. 70.

para disponer, o sólo para gestionar²¹⁷. Es, en tales caso, cuando es necesario perfilar la extensión del poder otorgado a la persona que actúa por cuenta ajena en orden a conocer si puede realizar actos de disposición, entendidos éstos como actos que alteran el patrimonio del representante.

Por consiguiente, una perspectiva económica del acto de disposición relega a un segundo plano el estudio del contenido esencial que tiene aquél, lo que conduce a que la enajenación de los frutos de un patrimonio pueda ser considerada como un mero acto de administración, y no como un acto de disposición.

- b) Noción jurídica.- A diferencia de la anterior, la noción jurídica del acto de disposición sí atiende a su aspecto intrínseco, lo que ha llevado a AGUILERA a afirmar que esta noción daría lugar a una categoría lógica que se mantendría invariable²¹⁸.

En consideración a ello todo acto que transmita o altere la esencia de un derecho será considerado como acto de disposición²¹⁹. Siendo esto así, la enajenación quedaría catalogada siempre como acto de disposición (por naturaleza) por provocar un cambio de titularidad del derecho.²²⁰

²¹⁷ Vid. GITRAMA, M., ob. cit., p. 12.

²¹⁸ Vid. AGUILERA DE LA CIERVA, T., ob. cit., pp. 309 y 310.

²¹⁹ En el mismo sentido, GITRAMA, M., *ibidem*, p. 11.

²²⁰ Aunque, desde una perspectiva económica, se conciba como un acto que puede realizar un administrador sin un poder especial para ello por el objeto sobre el que recae y la finalidad perseguida MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (*Pago y transmisión de propiedad (el artículo 1160 del Código civil)*, Civitas, Madrid, 1990, p. 67) mantiene que la libre disponibilidad no implica un poder de disposición en sentido estricto, por lo que puede “ostentarse por personas a quienes competan sólo facultades para llevar a cabo actos de administración”.

A raíz de lo expuesto, nos inclinamos por la noción jurídica del acto de disposición por ser más estricta y tener en cuenta la propia naturaleza del acto. A partir de ahora, utilizaremos siempre esta referencia jurídica: serán actos de disposición aquellos que impliquen una modificación jurídica –en el sentido amplio del término- de un derecho²²¹. Desde esta óptica, los actos de mera conservación serán considerados como actos de administración; en cambio, calificaremos como actos de disposición todos los que repercutan de modo directo sobre la sustancia del bien o del derecho a través de su transmisión, modificación jurídica, alteración material o extinción. Como ejemplos cabría incluir la enajenación, en tanto que provoca la salida de un bien de un patrimonio; el gravamen, ya que disminuye la utilidad que un derecho puede prestar²²²; y la renuncia o el abandono por suponer la extinción de un derecho²²³.

Junto al concepto de acto de disposición habría que tener presente también el concepto de acto o negocio dispositivo, en tanto en cuanto afecta a realidades distintas. Mientras el acto de disposición se opone al acto de administración, el acto o negocio dispositivo tiene enfrente al acto o negocio que es de naturaleza meramente obligacional.

En este sentido, PANTALEÓN ha distinguido los negocios de disposición y los de obligación; entre los primeros incluye no sólo los contratos que producen inmediatamente la transmisión de un bien, sino también aquellos otros que forman parte del proceso de transmisión, aunque después requieran un requisito ulterior para

²²¹ Vid. AGUILERA DE LA CIERVA, T., ob. cit., pp. 111 y 295.

²²² Vid. TORRES LANA, J. A., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, coordinado por J. L. Albácar, Trivium, Madrid, 1992, p. 68.

²²³ Según DE LOS MOZOS (*El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa, Madrid, 1993, p. 263), la diferencia entre renuncia y abandono radica en que la primera aparece como un acto de disposición jurídica abdicativa o *in favorem*, mientras que el segundo –*derelictio*– se constituye como un acto de disposición material, en cuanto que afecta al objeto en sí.

que la transmisión prospere²²⁴. Pero este criterio sólo sirve para distinguir los negocios jurídicos que tienen como fin transmitir el dominio de aquellos otros que no conllevan en sí mismos esta transmisión. Por eso, nos parece más adecuada la posición de ALBALADEJO, quien afirma que el acto obligacional no provoca de por sí la pérdida o el gravamen de un derecho, sino que simplemente se limita a prepararla mediante la constitución de un deber de transmitir o gravar un derecho; en cambio, los negocios de disposición provocan una inmediata pérdida o gravamen del derecho en cuestión²²⁵.

Siguiendo esta misma línea, DÍEZ-PICAZO ha señalado que los actos y negocios jurídicos de disposición son aquellos “por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido”²²⁶. Por ende, habría que entender comprendidos los negocios de enajenación o negocios traslativos, mediante los cuales el titular de un derecho transmite de manera inmediata dicho derecho a otra persona (por ejemplo, la donación); los negocios dirigidos a la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa (por ejemplo, la constitución de una hipoteca); y el acto por el que el titular de un derecho hace voluntaria dejación de éste extinguiéndolo (por ejemplo, la renuncia abdicativa)²²⁷.

Consiguientemente, cuando valoramos el acto de disposición –en el sentido estricto del término- nos fijamos en el efecto del ejercicio de la facultad dispositiva. Pero, si nos ocupamos del negocio dispositivo, entonces prestamos especial atención al medio por el cual se produce la disposición de un bien de una manera inmediata.

²²⁴ Vid. PANTALEÓN, F., “*Cesión de créditos*”, ADC, 1988, p. 1036.

²²⁵ Vid. ALBALADEJO, M., *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 71. Es una postura que mantiene también BETTI (en *Teoría general del negocio jurídico*, Edersa, Madrid, s. f., p. 213) al señalar que el acto dispositivo es aquel que origina una pérdida o una limitación real e inmediata en el patrimonio, mientras que el acto obligatorio no produce este cambio, sino que actúa como una forma de cooperación entre los sujetos para un interés recíproco o unilateral

²²⁶ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1993, p. 79.

²²⁷ *Ibidem*.

Nuestro interés va a recaer, no tanto sobre el negocio dispositivo, como en el acto de disposición, en cuanto resultado final que trata de restringir la imposición de una prohibición de disponer, tal y como pasamos a exponer a continuación.

B) Las prohibiciones de disponer: significado y naturaleza jurídica

Conforme al artículo 166, párrafo 1º, C. S. Cat., “*La prohibición o limitación de disponer implicará una reducción de la facultad dispositiva de los bienes ...*”. Se vincula de este modo la prohibición de disponer a una restricción en el ejercicio de la facultad dispositiva para quien es titular de un derecho subjetivo.

La prohibición de disponer no extingue el *ius disponendi*. No niega su ejercicio de forma absoluta. Tan sólo lo suspende por un tiempo determinado. Por ello no podemos hablar de prohibiciones de disponer cuando estemos ante derechos subjetivos esencialmente indisponibles, tales como los derechos extrapatrimoniales o *extra commercium* (por ejemplo, los derechos de la personalidad, el estado civil o las relaciones jurídicas inmersas en el Derecho de Familia puro, que son inherentes a la persona y afectan a cuestiones de orden público), o aquellos derechos que, aun siendo patrimoniales, tienen un carácter indisponible porque la ley les atribuye esta naturaleza²²⁸. La lógica acompaña este argumento porque no se puede prohibir lo que no existe.

²²⁸ La RDGRN de 2 de diciembre de 2002 ha mantenido que “la (...) prohibición de disponer es connatural a la servidumbre establecida”. Del mismo modo se atribuye esta naturaleza a los derechos de uso y habitación, aunque respecto de éstos se ha discutido si el artículo 525 C. c. es una norma de *ius cogens*, o si el título constitutivo puede permitir al usuario disponer de su derecho (al respecto, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “*Derecho real de uso y poder de disposición*”, RCDI, 1988, pp. 94-98).

Por consiguiente, la prohibición de disponer afectará sólo a aquellos derechos subjetivos que sean disponibles, ya que serán éstos los que contengan el *ius disponendi* (cuyo ejercicio aquélla busca suspender). Se trata de evitar que se produzca un acto de disposición en cuanto resultado del ejercicio del poder de disposición. Por ello, la restricción será mayor o menor en función de si la pretensión de la prohibición de disponer es afectar a todo acto que sea de disposición o sólo alguno en concreto, lo que habrá que valorar estudiando cada caso concreto.

Sobre la naturaleza jurídica de las prohibiciones de disponer, la STS de 13 de diciembre de 1991 (f. j. 5º) ha manifestado que la “no adecuada y acaso ni siquiera inadecuada regulación por el Código Civil” ha dificultado su explicación. No obstante, vamos a plasmar a continuación las distintas figuras jurídicas que se han barajado para dar cuenta de ella.

- a) La prohibición de disponer como un supuesto de incapacidad.- Esta postura tiene que ver con la idea mantenida por FERRARA de que el poder de disposición emanaba de la capacidad jurídica del sujeto²²⁹.

CHIOVENDA matizó esta postura, y afirmó que el poder dispositivo se integraba más bien en el ámbito de la capacidad de obrar de una persona²³⁰.

En nuestra doctrina, VILLAVICENCIO aproxima los conceptos de capacidad de disponer y poder de disposición, al considerar que el poder

²²⁹ Vid. FERRARA, F., “*Negozi sul patrimonio altrui*”, Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1937, parte prima, p 201.

²³⁰ Vid. CHIOVENDA, G., “*Sulla natura dell’espropriazione forzata*”, Rivista di Diritto Processuale Civile, 1926, reproducido en *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 460.

de disposición siempre necesita de la capacidad de disposición por ser aquél el desenvolvimiento de una capacidad²³¹.

No compartimos esta postura doctrinal, porque -como dijo VON TUHR- existen personas capaces que carecen de poder de disposición y personas incapaces con poder de disposición²³². El ejercicio del poder dispositivo repercute sobre el propio derecho subjetivo del que se dispone porque afecta a la eficacia de su transmisión, mientras que la capacidad dispositiva afecta a quien es el titular de aquél en cuanto es la aptitud para realizar cualquier acto dispositivo con plenos efectos, sin que pueda quedar sometido al potencial ejercicio de la acción de nulidad relativa²³³. Puede afirmarse que la capacidad dispositiva atañe al marco subjetivo (al titular del derecho subjetivo), mientras que el poder dispositivo afecta al ámbito objetivo al delimitar el contenido del derecho subjetivo.

En este sentido, la RDGRN de 18 de abril de 1952 declaró que la prohibición de disponer no es un caso de incapacidad del sujeto, puesto que ésta se funda “en la aptitud psíquica de la persona”, mientras que aquélla se refiere a “las limitaciones (...) del poder patrimonial”²³⁴.

²³¹ Vid. VILLAVICENCIO ARÉVALO, F., ob. cit. pp. 1052-1056.

²³² VON TUHR, A., *Teoría general del Derecho alemán*, vol. II-2., Depalma, Buenos Aires, 1947, nota 16, p. 40

²³³ Como ejemplo de la distinción tenemos lo dispuesto por el artículo 1160 del C. c., según el cual “... no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla”.

²³⁴ En el mismo sentido la RDGRN de 22 de junio de 1943 ha manifestado que la autorización judicial suple la falta de capacidad de los menores concediendo al representante la autorización para enajenar un bien de ellos, pero no sirve para purgar la falta del poder dispositivo impuesta por el testador. Vid. SSTS de 21 de junio de 1943 y de 20 de octubre de 1954.

- b) La prohibición de disponer y la falta de legitimación.- CHICO ORTIZ ha mantenido que la prohibición de disponer es fruto de una falta de legitimación²³⁵.

En esta misma línea DÍEZ-PICAZO ha defendido la existencia de una relación muy estrecha entre la facultad de disposición y la legitimación, ya que sus diferencias carecen de importancia cuando coinciden ambas en un mismo titular²³⁶. Sólo adquieren relevancia cuando quien ejercita el poder dispositivo no es el titular del derecho subjetivo, sino otro distinto²³⁷.

La legitimación es el reconocimiento que nuestro ordenamiento jurídico hace en orden a que determinados actos jurídicos sean oponibles a un sujeto determinado, y no a otro; una situación que reviste interés, por ejemplo, en el caso de la representación legal o voluntaria, donde se cede a otro la legitimación necesaria para ejercitar una facultad que pertenece al titular del derecho. En tales casos no se cede el poder de disposición (que sigue integrando el contenido del derecho subjetivo y estando en la cabeza de su titular), sino la mera legitimación para que otro lo ejercite por cuenta ajena. Pero una prohibición de disponer no conllevará una falta de legitimación. Razón: la ausencia de legitimación tan sólo determinará que los efectos de un acto dispositivo no puedan ser opuestos en la esfera del titular del derecho subjetivo en cuestión, salvo ratificación del mismo²³⁸. Mientras que la restricción al ejercicio del *ius disponendi* afectará a la propia eficacia del acto dispositivo.

²³⁵ Vid. CHICO ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 446 y 447.

²³⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos ...*, III, cit., p. 839.

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las Prohibiciones de Disponer en el Derecho Español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, p. 49.

- c) La prohibición de disponer como derecho real.-La idea de que las prohibiciones de disponer están ordenadas al buen fin del interés que una persona o varias ostentan frente al titular dominical del derecho gravado no es un argumento suficiente para mantener la tesis que define la prohibición de disponer como un derecho real en cosa ajena en favor de un tercero. La RDGRN de 23 de marzo de 1936 ya manifestó que las prohibiciones de disponer no son verdaderas derechos reales cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino “restricciones impuestas por personas capacitadas para ello, que limitan las facultades de un titular sin atribución del correlativo derecho a otras personas”.

La STS de 3 de marzo de 1995 (f. j. 3º) ha considerado que “la categoría de derecho real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad, sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que la inviste de una eficacia *erga omnes*”. En consecuencia, no podemos declarar que la prohibición de disponer sea un *ius in re aliena* en favor de un tercero, ya que aquélla no concede ningún derecho subjetivo. Tan sólo conlleva un interés susceptible de ser protegido, que se reflejará en el beneficio que produce a terceras personas, inciertas a veces, y cuando no, al propio titular del derecho subjetivo cuyo poder de disposición quedará gravado (por ejemplo, pensemos en el testador que impide al legatario enajenar el bien durante un tiempo a la espera de que se revalorice y pueda obtener mayores ventajas económicas).

- d) La prohibición de disponer como condición.- Parece que la condición tampoco explica oportunamente la naturaleza de las prohibiciones de disponer, porque no se hace depender la eficacia del negocio jurídico de la realización de un hecho futuro e incierto -esencia de la condición-, sino que se establece una restricción o limitación del derecho de libre disposición del adquirente.

- e) La prohibición de disponer y el modo.- Resulta discutible la tesis que mantiene la idea de que la prohibición de disponer actúa como un modo que garantiza un interés cuyo cumplimiento es vigilado por aquellos sujetos interesados en evitar que los actos prohibidos sean realizados²³⁹.

Es cierto que las prohibiciones de disponer comparten con el modo ciertas características, como su carácter accesorio y la falta de atribución de derechos a terceros. Pero también hemos de poner de manifiesto sus diferencias:

1ª. Las prohibiciones de disponer pueden tener su origen tanto en actos a título gratuito como en actos a título oneroso. Por consiguiente, el modo sólo se vincularía aquellas prohibiciones impuestas en actos de carácter gratuito.

2ª. El modo no explicaría los efectos reales de ciertas prohibiciones de disponer porque el *modus est in obligatione*. Sólo impone una conducta positiva o negativa, cuyo incumplimiento confiere una acción de cumplimiento de la carga o la posibilidad de revocar la disposición gravada con el modo (por ejemplo, la donación); mientras que la prohibición de disponer repercute sobre la eficacia del acto. Por ello, la

²³⁹ Vid. ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., ob. cit., p. 473. En el mismo sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VII, v. 4º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1999, pp. 188 y 189.

prohibición de disponer incluso podría ser impuesta para asegurar el cumplimiento del modo²⁴⁰.

- f) La prohibición de disponer como disposición modal.- Estrictamente las prohibiciones de disponer no pueden ser calificadas como un modo, pero su contenido no se aleja del que puede ser atribuido a una disposición modal. Este paralelismo es encontrado por el Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña, que sitúa su artículo 166 en la sección 2ª del Capítulo V del Título III, dedicado a “las disposiciones modales”.

Más certero nos parece aún lo dispuesto por las leyes 481 y 482 Comp. Nav., que ubican las prohibiciones de disponer bajo el epígrafe de “garantías reales”. Aparecen contempladas junto a otras garantías reales, como la fiducia *cum creditore*, la resolución por impago del precio de la cosa vendida y la reserva de dominio.

En consecuencia, la prohibición de disponer podría ser definida como una carga para el titular del derecho subjetivo en cuestión, y en cuanto tal, como una disposición modal. Sería un elemento accidental más, que actuaría como un límite extrínseco, y no intrínseco, para aquel. No integraría el poder de disposición *in abstracto* sino que su existencia dependería de la ley, de un acto judicial o administrativo, o de la voluntad de los sujetos. Actuaría como una carga o gravamen que configuraría el contenido y el alcance de la eficacia del acto jurídico dispositivo en cuestión.

Pasamos a abordar seguidamente el tema dedicado a las diferentes fuentes de estas prohibiciones de disponer.

²⁴⁰ vid. MONTÉS PENADÉS, V. L., “*El modo testamentario y las prohibiciones de disponer*”, ADC, 1974, p. 324..

C) Clases de prohibiciones de disponer

Los criterios empleados para clasificar las diversas prohibiciones de disponer son diversos. Cabría hacer referencia a las prohibiciones absolutas o relativas, en función de su extensión; o a las prohibiciones perpetuas o temporales, si atendemos a su duración, aunque en tal caso las primeras serían inválidas conforme a los principios que informan nuestro ordenamiento.

Nuestra Ley Hipotecaria las ha clasificado según su origen, y así ha distinguido entre prohibiciones legales, prohibiciones judiciales o administrativas, y prohibiciones voluntarias.

Vamos a hacer una breve referencia a las primeras, y después pasaremos a examinar las mencionadas en último lugar de una manera más profunda.

1. Las prohibiciones de disponer de origen legal

El artículo 26, norma 1ª, L. H. recoge lo siguiente: *“Las [prohibiciones de disponer o enajenar] establecidas por la Ley, que sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio”*.

En este caso es la ley la que limita el poder de disposición y, por tanto, es ella la que determina el alcance de la restricción, sin que sea necesario ningún mecanismo de publicidad. Significa que todo acto de disposición contrario a lo dispuesto por la ley

será nulo, salvo que otra cosa se deduzca de la propia norma jurídica. Como ejemplo de lo dicho tenemos el artículo 196, párrafo 2º, C. c., conforme al cual *“Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento”*. El fin de esta prohibición de disponer es garantizar la devolución de los bienes heredados, o su valor, a su titular, si es que éste reapareciera.

Todo ello ha hecho que ALBALADEJO haya mantenido que las llamadas prohibiciones legales de disposición no son verdaderas prohibiciones de disponer, sino simples límites ordinarios al poder del dueño sobre la cosa de que se trate, impuestos por la ley²⁴¹.

2. Las prohibiciones de disponer de origen judicial o administrativo

Según el artículo 26, regla 2ª, L. H., *“Las [prohibiciones de disponer o enajenar] que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva”*. Añade el artículo 145 del R. H. que *“Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar, comprendidas en el número segundo del artículo 26 ..., impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación”*.

La razón de ser de esta norma la encontramos en evitar que se dispersen los bienes que integran el patrimonio del demandado, a fin de asegurar el eficaz resultado del correspondiente procedimiento judicial o expediente administrativo. Por tanto, una prohibición de disponer podría ser adoptada (como medida cautelar) a petición del

²⁴¹ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, Edisofer, Madrid, 2004, pp. 268 y 269.

interesado en un procedimiento judicial, siempre y cuando existiera justa causa²⁴². La iniciativa del Juez o Tribunal quedaría reducida a moderar la medida correspondiente en los términos que considerara oportunos.

3. Las prohibiciones voluntarias de disponer

Además de las prohibiciones de disponer tratadas hasta ahora, el legislador hipotecario ha tenido en cuenta aquellas otras que tienen un origen voluntario. Éstas han sido clasificadas en función de si su soporte causal viene proporcionado por un acto de carácter gratuito o por otro de naturaleza distinta. Examinemos a continuación tales supuestos.

a) Prohibiciones impuestas en actos a título oneroso

Conforme al artículo 27 L. H., *“Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento”*. Se trata de un precepto que actúa como complemento ineludible de la regla 3ª del artículo 26 del mismo cuerpo legal, según el cual *“Las [prohibiciones de disponer] 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”*.

²⁴² En la RDGRN de 11 de noviembre de 1998 se trata de impedir que un Ayuntamiento disponga de unas fincas en favor de un tercero para evitar que éste pueda después alegar el principio de la fe pública registral.

De la íntima relación entre ambas disposiciones legales se ha deducido que no tendrán acceso al Registro de la Propiedad aquellas prohibiciones de disponer que procedan de actos a título oneroso. Consiguientemente, estas restricciones no serán oponibles a terceros de buena fe, a la luz de lo dispuesto por el artículo 13, párrafo 1º, L. H., donde se dispone que *“Los derechos reales limitativos ... y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan”*. Tales prohibiciones de disponer tendrán una mera transcendencia obligatoria, que se resolverá en una reclamación de indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento, sin perjuicio de que se pueda asegurar su cumplimiento *“mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real”*, tal y como contempla el artículo 27, *in fine*, L. H. y complementa el artículo 57 R. H.²⁴³ Así lo ha observado también la STS de 26 de julio de 1993 (f. j. 3º) al manifestar que los actos jurídicos onerosos que imponen prohibiciones de disponer, “al ser rechazados del campo del derecho de cosas”, quedarán “marginados y encasillados en el derecho de obligaciones”.

Con base en ello algunos autores han advertido que el artículo 27 L. H. parece no acoger en su sede una genuina prohibición de disponer, sino una obligación de no disponer, porque en tales casos no se despoja de la facultad de disponer al titular del derecho; éste tan sólo está obligado a no ejecutar un acto dispositivo, motivo por el cual la prohibición de disponer impuesta a título oneroso no tendrá más alcance que el de una prestación de carácter accesorio²⁴⁴.

²⁴³ Dice así: *“Cuando mediante hipoteca se asegure el cumplimiento de las prohibiciones de disponer, a que se refiere el artículo 27 de la Ley, se inscribirán en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca se constituya ...”*.

²⁴⁴ Entre otros, ALPAÑES, E., ob. cit., p. 44; MONTÉS PENADÉS, V. L., ob. cit., pp. 322-323; DÍEZ-PICAZO, L., ob. últim. cit., pp. 842-843; y ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., pp. 274-275.

Muy al contrario, otros autores han sostenido que estamos ante una mera cuestión terminológica, por lo que cabría hablar de prohibiciones de disponer con eficacia real u obligacional sin ningún problema²⁴⁵.

Nos inclinamos más por este último planteamiento; no sólo porque el artículo 27 L. H. emplee la expresión “*prohibiciones de disponer*”, sino también porque estas restricciones no privan de la facultad dispositiva a quien es titular de un derecho. Tan sólo suspenden su ejercicio temporalmente si obedecen a una justa causa. Como ha señalado la STS de 26 de julio de 1993 (f. j. 3º), “nos encontramos con que a pesar de la licitud de la prohibición de disponer constatada en negocio oneroso, esa prohibición en su propia naturaleza y finalidad es contraria a la esencia de la facultad más propia del dominio y (...) dentro del ámbito obligacional, considera que la perpetuidad es opuesta a la naturaleza de la relación obligacional al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico”.

Cuestión distinta será valorar si la eficacia de una prohibición de disponer sea de carácter real u obligacional en función de que haya sido o no inscrita en el Registro de la Propiedad. De este modo, una prohibición de disponer no inscrita, aun siendo válida, será ineficaz registralmente hablando²⁴⁶. Sin embargo, ello no será óbice - como ha mantenido ROCA SASTRE- para pretender la eficacia *erga omnes* de una prohibición de disponer con causa en un acto a título oneroso cuando las partes así lo quieran²⁴⁷. Aunque tal prohibición carecerá de todo efecto jurídico porque no podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad; ni siquiera surtirá efectos obligatorios al no ser ésta la voluntad de los que así la previeron²⁴⁸ Así lo ha mantenido la STS de 28 de

²⁴⁵ Entre otros, TALÓN MARTÍNEZ, F. T., ob. cit., pp. 46 y ss; AMORÓS GUARDIOLA, M., “*Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente*”, ADC, 1965, pp. 963 y 971; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., ob. cit., p. 15; y DOMENGE AMER, B., *Las Prohibiciones Voluntarias de Disponer*, Civitas, Madrid, 1996, p. 217.

²⁴⁶ Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las Prohibiciones...*, cit., p. 72.

²⁴⁷ Vid. ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., ob. cit., pp. 518-519.

²⁴⁸ *Ibidem*.

octubre de 2002 (f. j. 4º), conforme a la cual no se puede “atribuir a toda costa naturaleza o trascendencia real a la prohibición de gravar o disponer impuesta a la otra parte del contrato”, y elevar “esa prohibición a la categoría de derecho inscrito o anotado a su favor cuando en modo alguno su referencia (...) puede tener ese alcance, a menos que se quiera prescindir absolutamente del sistema establecido por nuestra Ley Hipotecaria”.

A la vista de lo anterior, se ha manifestado que el fin del artículo 27 L. H. no es otro que armonizar los principios de libertad de la contratación con los de la desamortización de la propiedad y los principios registrales²⁴⁹. Sin embargo, se ha criticado su radicalismo, ya que la repulsa absoluta a que las prohibiciones de disponer con origen en actos a título oneroso sean inscritas no obedece a un motivo de ilicitud (porque no son ilícitas las prohibiciones de disponer con carácter general), sino que responde simplemente a la idea de que aquéllas han de prescindir de una trascendencia real²⁵⁰; consecuencia que resulta cuestionable, máxime cuando la indiscutible función de garantía que las prohibiciones de disponer derivadas de un acto a título oneroso lleva aparejada, podría ser cumplida de un modo más oportuno si se admitiera su inscripción en el Registro de la Propiedad²⁵¹. Aplicaríamos lo mismo que ya está previsto para una condición suspensiva o resolutoria, cuya finalidad viene reforzada por su acceso al Registro de la Propiedad (art. 51.6ª R. H.)²⁵². Por esta razón nos parece más adecuada la postura mantenida por la ley 482 Comp. Nav. que, bajo el título de “garantías reales”, establece que “*La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso*” tendrá “*eficacia obligacional por el plazo máximo de diez años*”, y será inscribible “*siempre que para ello exista convenio expreso*”, en cuyo

²⁴⁹ Vid. DE LA RICA Y MARITARENA, R., “*Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad*”, RCDI, 1972, 1, p. 533.

²⁵⁰ Vid. ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., ob. cit., pp. 522-523.

²⁵¹ Vid. CABALLERO LOZANO, J. M., *Las Prohibiciones de Disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*, Bosch., Barcelona, 1993, p. 235.

²⁵² En el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., ob. últim. cit., nota 13, p. 318.

Señala este precepto lo siguiente: “*Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél*”.

caso, una vez inscrita en el Registro, tendrá “*eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años*”. Se produce así una conversión de la eficacia de las prohibiciones de disponer en función de que estén o no inscritas en el Registro de la Propiedad.

En fin, cabría señalar que el exclusivo acceso al Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer impuestas a título gratuito obedece más bien a una decisión de política legislativa, cuyo fundamento reside en razones históricas que parten de la idea de que las prohibiciones de disponer van a estar vinculadas a actos *mortis causa*. Pero no es éste un fundamento técnico-jurídico convincente; sobre todo, si tenemos en cuenta que hay prohibiciones de disponer que no se guían por el principio de la fe pública registral, sino por el principio general espiritualista y el sistema del título y el modo, lo que nos permite hablar de la existencia de prohibiciones de disponer al margen del Registro de la Propiedad²⁵³.

b) Prohibiciones impuestas en actos a título gratuito

a) Consideraciones generales

Está claro que la regla 3ª del artículo 26 L. H. contempla aquellas prohibiciones voluntarias de disponer con origen en actos a título gratuito: “*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*”.

²⁵³ Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., ob. últim. cit., *ibidem*.

Sostiene DÍEZ-PICAZO (en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1993, p. 813) la indisponibilidad de los derechos de crédito constituye una obligación de no disponer. En contra, SAPENA (en “*Sobre la prohibición de ceder el crédito hipotecario*”, RCDI, 1957, p. 353) y PANTALEÓN (ob. cit., pp. 1096-1097), quienes mantienen que el *pactum de non cedendo* no se limita a generar una mera obligación, sino que hace imposible la cesión, siendo oponible a todo cesionario.

Nuestro legislador enumera una serie de actos de naturaleza gratuita, pero no con una voluntad exhaustiva sino *ad exemplum*. Por ello, la concreta alusión a las disposiciones de última voluntad y a las donaciones no hace más que expresar los dos supuestos más relevantes, junto al de las capitulaciones matrimoniales, que es menos común. De ahí que lo deseable sea que el legislador hubiera utilizado –por su mayor amplitud- el término disponente, y no los de “*testador o donante*”, como sujeto que impone la prohibición de disponer.

Una interpretación *a contrario sensu* del artículo 26 L. H. concluye que no están bajo su paraguas las prohibiciones de disponer derivadas de actos onerosos. Ni tampoco lo están las derivadas de actos que no gozan de una gratuidad pura, como los *negotium mixtum cum donatione*²⁵⁴. A esta premisa algún autor ha añadido que no basta con la gratuidad pura y simple, sino que además es necesario que se transmita un derecho, porque la prohibición de disponer recaerá sobre éste²⁵⁵. Sin embargo, esta afirmación dejaría vacía de contenido la expresión que se refiere a los “*demás actos a título gratuito*”, ya que sólo estarían presentes las donaciones o las disposiciones de última voluntad cuya eficacia dispositiva resulta patente.

No siendo esto así, cabría admitir la imposición unilateral de una prohibición voluntaria de disponer (al margen de cualquier transmisión), aunque este fenómeno resulte anómalo. Lo importante sería valorar si esta mera declaración de voluntad unilateral del disponente tiene un soporte causal que le permita restringir el poder de disposición del que disfruta el titular de un derecho, sin que se vincule a una

²⁵⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-1, Dykinson, Madrid, 2003, p. 260.

²⁵⁵ Vid. DOMENGE AMER, B., *ob. cit.*, p. 189.

transmisión. La figura sería similar a la que surge con la constitución unilateral de una garantía real de hipoteca con el fin de garantizar un préstamo²⁵⁶.

Asimismo, el pacto por el cual los comuneros acuerdan no disponer de sus cuotas indivisas (el pacto de inalienabilidad²⁵⁷) tampoco transmite derecho alguno, y, empero, cabría incluirlo en el ámbito del artículo 26 L. H. si le atribuyéramos una naturaleza gratuita; una idea que vendría abona por la falta de intereses contrapuestos y la primacía de un interés común o de una utilidad recíproca que, a nuestro entender, no participa de actos que tienen un carácter oneroso, en los que priman más bien principios basados en la defensa de la individualidad de cada uno de los partícipes.

Fijémonos, a continuación, en un tipo concreto de prohibiciones de disponer: aquellas que se derivan del testamento.

²⁵⁶ Cfr. art. 141 L. H.: “*En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal ...*”.

²⁵⁷ Se trata de reconocer por vía convencional lo que ya se admite por vía legal a través del ejercicio del derecho de retracto: evitar que un extraño entre a formar parte de su comunidad. Aunque, tal y como ha mantenido ESTRUCH (en *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 72-74), el derecho de retracto tiene unos términos más restrictivos que el pacto de no enajenación.

b`) Especial referencia a las prohibiciones testamentarias de disponer

a`) Antecedentes históricos

Iniciaremos el estudio de esta modalidad de prohibición de disponer haciendo un breve análisis de su evolución histórica en nuestro ordenamiento²⁵⁸.

El origen de las prohibiciones de disponer lo encontramos en las fuentes romanas; concretamente en el Digesto (30, 114, 14), donde el rescripto de los Emperadores Severo y Antonino dice que “*Qui testamento vetrant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerit, quia talem legem testamento non possunt dicere. Quod si liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse; sed haec neque creditoribus, neque fisco fraudi esse, nam si heredis propter testatoris creditors bona venierunt, fortunam communem fidei commissari quoque sequuntur*”²⁵⁹. Con tales términos se pretendía que la declaración de quien prohibiera en su testamento la enajenación de algo, sin expresar su causa, quedara sin ningún efecto jurídico. Sólo si

²⁵⁸ Sobre el tema, vid. MARQUEÑO DE LLANO, M., *Prohibiciones Testamentarias de Disponer*, Bosch. Barcelona, 2003, pp. 81-120.

²⁵⁹ Su traducción sería la siguiente: “Los que prohíben en su testamento que se enajene algo, y no expresan su causa por la que quieren que se haga esto, es de ningún valor, si no se halla la persona por cuya consideración se dispuso esto por el testador, cual si hubieran dejado un nudo precepto, porque no pueden imponer tal condición en el testamento. Pero si se expresa esta voluntad mirando por sus hijos, o por sus descendientes, o por sus libertos, o por sus herederos o por otras cualesquiera personas, se habrá de guardar; pero esto sin que sea en fraude de los acreedores, ni del fisco, porque si por causa de los acreedores del testador se vendieran los bienes del heredero, también los del fideicomisario seguirían la misma suerte” (versión castellana de A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Borillo, Aranzadi, Pamplona, 1972).

determinaba la persona en cuya consideración se disponía la prohibición, ésta tendría que ser observada.

Se trataba de una figura íntimamente ligada al fideicomiso, donde el testador encargaba a un sujeto la entrega de la herencia a quien aquél indicara. Por ello, se ha interpretado que la indisponibilidad de la cosa gravada por un fideicomiso actuaba a modo de retracto gentilicio, o simplemente como una prohibición de disponer establecida en favor de la familia²⁶⁰.

Las Partidas (5, 5, 44) reconocen las prohibiciones testamentarias de disponer en materia de venta o enajenación en nuestro Derecho histórico al establecer que “En su testamento defendiendo algund ome, que su castillo, o torre, o casa, o viña, o otra cosa de su heredad non lo pudiesen vender, como si dixesse ‘Quiero que tal cosa (...) non sea enagenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo o a mi heredero, porque sea siempre mas honrado e mas tenido’, o si dixesse, ‘que la non enagenasse hasta que fuesse de edad el heredero’, o ‘fasta que fuesse venido al lugar, si fuesse ydo a otra parte’: por cualquier destas razones, o por otra que fuesse guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si el dixesse simplemente, que la non vendiessen, non mostrando razon guisada por que, o non señalando persona alguna, o cosa cierta, por que lo fazia, si la vendiese, valdria la vendida, maguer el lo hubiesse defendido”. Es un modo de admitir las vinculaciones familiares del patrimonio siempre que se muestre “razón guisada” o “señalando persona alguna”.

Ulteriormente, las necesidades económicas refuerzan el principio de libertad en el tráfico de bienes inmuebles. Será este fenómeno el que afecte a la admisión de figuras tales como los mayorazgos y los fideicomisos, ya que las distintas leyes

²⁶⁰ Vid. MARTÍNEZ SARRIÓN, A., “*Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer*”, RDP, 1964, p. 96; y VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. I, Madrid, Civitas, 1982, pp. 361-365.

desamortizadoras, aprobadas a lo largo del siglo XIX, perseguían como fin impedir que la riqueza inmobiliaria quedara vinculada a un grupo familiar o social.

El rechazo hacia las prohibiciones de disponer en el ámbito sucesorio se pone de manifiesto en el Proyecto de Código civil de 1851, cuyos artículos 635 y 636 prohibían las sustituciones fideicomisarias, así como cualquier prohibición de enajenar total o parcialmente la herencia. Su artículo 637 advierte que la prohibición testamentaria de disponer se tendría por no puesta, aunque respetando la validez de la institución testamentaria. Este criterio restrictivo lo alejaba de lo dispuesto por el Digesto (30, 114, 14), donde se admitía aquella prohibición de disponer, siempre que se designara a las personas en cuyo favor se establecía²⁶¹.

Sin embargo, nuestro Código civil, aun manteniendo que la libre circulación de los bienes en el mercado es uno de sus principios informadores, reconoce la posibilidad de vincularlos a través de la figura de las sustituciones fideicomisarias (art. 785 C. c.), haciéndose eco de una tradición histórica presente en los Derechos forales.

No sucede lo mismo con las prohibiciones de disponer, cuya incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se produce de la mano de la Ley Hipotecaria. Sus artículos 26 y 27 son los preceptos que, tras la reforma de 30 de diciembre de 1944, admiten las prohibiciones de disponer, pero sin aportar un contenido material (a diferencia de lo que sucede en el Derecho foral²⁶²), lo que ha dificultado la

²⁶¹ vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, t. II, Madrid, 1852, p. 84.

²⁶² Un ejemplo de lo que acabamos de decir nos lo ofrece la ley 481 Comp. Nav., conforme a la cual “*La prohibición de disponer establecida en actos a título lucrativo, «inter vivos» o «mortis causa», a favor de personas determinadas o determinables ... tiene siempre eficacia real y será inscribible en el Registro*”; así como la ley 482, del siguiente tenor: “*La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso tiene eficacia obligacional por el plazo máximo de diez años, siempre que se haga a favor de personas actualmente determinadas. Esta prohibición es inscribible, siempre que para ello*

construcción de su régimen jurídico, máxime si tenemos en cuenta la cautela con la que se ha valorado la aplicación de esta figura por parte de la Jurisprudencia, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la doctrina.

Expuestos los antecedentes históricos de las prohibiciones de disponer testamentaria, procederemos seguidamente a estudiar su régimen jurídico a través de diferentes aspectos.

b'') Ámbitos formal y material

Comenzaremos por delimitar el elemento formal de las prohibiciones de disponer, en orden a establecer qué actos pueden originarlas a la luz de lo expresado por nuestra Ley Hipotecaria.

Bajo la expresión “*actos o disposiciones de última voluntad*” del artículo 26, regla 3ª, L. H. se incluye el modelo clásico de las prohibiciones testamentarias de disponer, así como otras modalidades de sucesión que los distintos Derechos Forales tienen en cuenta, tales como los contratos sucesorios, los codicilos o las donaciones *mortis causa*²⁶³.

exista convenio expreso, y una vez inscrita en el Registro tendrá eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años”.

También son reguladas las prohibiciones de disponer por el artículo 166, párrafo 1º, C. S. Cat., según el cual “*La prohibición o limitación de disponer implicará una reducción de la facultad dispositiva de los bienes y únicamente será eficaz si es temporal y no podrá exceder de los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria*”.

²⁶³ Se discute su autonomía institucional en el ámbito del Código civil al quedar reguladas por normas de Derecho Sucesorio. Conforme al artículo 620 C. c.: “*Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas por la sucesión testamentaria*”.

Pero aunque resulta meridiano que un acto de última voluntad puede generar una prohibición testamentaria de disponer, la doctrina se ha cuestionado si las sustituciones fideicomisarias se constituyen en prohibiciones de aquella naturaleza.

Que el origen de estas prohibiciones haya sido encontrado en el fideicomiso romano ha servido de justificación para que se haya defendido la idea de que la institución fideicomisaria incorpora una prohibición de disponer²⁶⁴. Esta postura se ha fundamentado en que el interés del testador en una sustitución fideicomisaria reside en la idea de mantener unido un patrimonio con el fin de vincular unos bienes a una estirpe familiar; una finalidad que, entre otras, también se puede pretender a través de las prohibiciones de disponer. Por este motivo, ALPAÑÉS ha sostenido que la pura prohibición testamentaria de disponer opera como una sustitución fideicomisaria indirecta o tácita, en donde son fideicomisarios los herederos legítimos del instituido con prohibición²⁶⁵.

Se trata de una posición que ha conducido a la STS de 13 de diciembre de 1991 (f. j. 5º) a deducir que, aunque el Código civil no regula de forma directa las prohibiciones de disponer, sí lo hace de modo indirecto a través de las sustituciones fideicomisarias de los artículos 781 y 783 C. c. La razón no es otra que el hecho de que, mientras el párrafo 2º del artículo 783 dispone que *“El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario ...”*, el artículo 781 establece que, en las

²⁶⁴ Vid. ALPAÑÉS, E., *“Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer”*, RGLJ, 1950, p. 72; y CABALLERO LOZANO, J. M., ob. cit., pp. 119-120. También se ha planteado el hecho de que exista una prohibición de disponer en una donación con cláusula de reserva (art. 639 C. c.). Pero creemos que no es así. Consideramos que lo que sucede es que el poder de disposición del donatario está subordinado al interés del donante. Como ha manifestado la STS de 22 de marzo de 1993 (f. j. 2º), *“una donación sometida a la reserva de la facultad de disponer (...) impediría ese efecto traslativo del dominio, al depender de la resolución o el ejercicio de esa facultad”*.

²⁶⁵ *Ibidem*.

sustituciones fideicomisarias, “... *se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia ...*”.

Sin embargo, este razonamiento no parece suficiente para adoptar la tesis que define el fideicomiso como una prohibición testamentaria de disponer. Existe una serie de diferencias sustanciales que alejan una figura de la otra, e impiden afirmar que la restricción al *ius disponendi* es un elemento consustancial a una sustitución fideicomisaria. Éstas son las siguientes:

- a) El fideicomisario recibe los bienes directamente del fideicomitente, y no del heredero fiduciario. El artículo 784 C. c. así lo proclama: “*El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador ...*”. Por el contrario, los sucesores de quien recibe los bienes relictos gravados con una prohibición de disponer, heredarán de éste, que es el *de cuius* que ha tenido que soportar la carga impuesta por un primer causante.
- b) La sustitución fideicomisaria es una institución principal que genera un derecho hereditario en favor del fideicomisario, para que éste reciba unos bienes del causante. Mientras que la prohibición de disponer se articula como un gravamen de carácter accesorio, que, en ningún caso, atribuye derechos subjetivos a un potencial sujeto beneficiado. Tan sólo vincula unos bienes a fin de satisfacer el interés del sujeto gravado o de terceros.
- c) El heredero fiduciario no tendrá restringida su facultad dispositiva, limitación que sí tiene quien está sometido a una prohibición de disponer.

Para defender esta afirmación, GÓMEZ GÁLLIGO apunta que no se puede limitar la facultad dispositiva del heredero fiduciario, porque la institución del fideicomiso “carece totalmente de la facultad de disposición”²⁶⁶. El autor mantiene que la propia esencia de la sustitución fideicomisaria impide disponer del bien fideicomitado al heredero fiduciario, puesto que no le ha sido atribuida facultad dispositiva alguna²⁶⁷. Dificilmente se puede limitar el ejercicio de una facultad que no le ha sido otorgada a dicho sujeto. Por el contrario, quien está sometido a una prohibición de disponer sí es titular de una facultad dispositiva, premisa fundamental para que el ejercicio de aquélla pueda ser restringido.

No compartimos la justificación que aporta este autor para afirmar que el fideicomiso no restringe el poder disposición. Motivo: el heredero fiduciario sí puede disponer del bien fideicomitado, si así lo desea. Lo que hará el fideicomiso –tal y como ha sostenido ALBALADEJO-, será impedir que se pueda disponer del bien libre de la carga de los efectos que una sustitución fideicomisaria conlleva²⁶⁸.

²⁶⁶ vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., ob. últim. cit., p. 58.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ vid. ALBALADEJO, M., *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1921 y 1922.

Esta tesis es la que parece mantener la ley 233 Comp. Nav.²⁶⁹ y los artículos 188²⁷⁰ y 217²⁷¹ C. S. Cat. Significa que los bienes podrán ser enajenados libres de la carga del fideicomiso si el fin es saldar deudas y cargas, ya que en tales casos primará el interés de los acreedores y legatarios²⁷². Fuera de estos supuestos, para que no concurra la carga en el acto dispositivo, será necesario el asentimiento del heredero fideicomisario o el de su representante legal, en su caso (o sujeto que correspondiese²⁷³), en orden a evitar la resolución de la disposición al finalizar la titularidad²⁷⁴.

A la vista de todo lo anterior, se deduce que en una sustitución fideicomisaria sólo se sustraerá el *ius disponendi* cuando expresamente así se haya establecido para que el interés de aquélla sea reforzado. Se impedirá entonces la disposición de los

²⁶⁹ Señala lo siguiente: “*El fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes:*

1) *Por sí solo, cuando el disponente lo hubiere autorizado; en este caso, los bienes adquiridos se subrogarán en lugar de los enajenados.*

2) *Con el consentimiento de todos los fideicomisarios, cuando el disponente no lo hubiere autorizado, sin prohibirlo expresamente. En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios o cuando alguno de éstos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, el fiduciario podrá hacerlo con autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación”.*

²⁷⁰ Declara lo siguiente: “*Implicará sustitución fideicomisaria la prohibición de disponer ordenada por el testador a fin de que determinada persona adquiera la herencia o el legado después de que el heredero o el legatario sujetos a la prohibición hayan sucedido”.*

²⁷¹ Indica que “*El fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes fideicomitidos en concepto de libres, en los casos en que lo permita la ley o lo autorice el testador o los fideicomisarios ...”.*

²⁷² Cfr. art. 218, 2 C. S. Cat.: “*El fiduciario está facultado por ministerio de la ley para enajenar o gravar en concepto de libres de fideicomiso bienes de la herencia o legado fideicomitidos en los siguientes casos: 2. Para pagar las deudas y las cargas hereditarias así como para satisfacer los legados”.*

²⁷³ Si aplicáramos por analogía el régimen de representación del ausente (art. 184 C. c.).

²⁷⁴ ALBALADEJO (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t X-2º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1984, p 333) requiere el consentimiento del fideicomisario en todo caso.

bienes fideicomitidos. Actuará a modo de garantía, y en orden a una mayor efectividad de la sustitución fideicomisaria. No siendo esto así, hemos de concluir que los términos del artículo 781 C. c. han de ser interpretados de modo restrictivo, y no extensivo, a fin de no privar del *ius disponendi* al heredero fiduciario, lo que distancia claramente el interés del fideicomiso del perseguido con una prohibición testamentaria de disponer.

En cuanto al ámbito material de las prohibiciones testamentarias de disponer hay que resaltar su importancia en tanto en cuanto sirve para esclarecer qué actos no puede realizar quien está sometido a un gravamen de esta naturaleza.

Lo que el testador pretende, cuando establece una prohibición de disponer en una cláusula testamentaria, es suspender el ejercicio de la facultad dispositiva. Su propósito no es otro que procurar que los actos de disposición queden vedados para quien está sujeto a dicha carga. Por ende, el contenido material de aquélla será muy amplio, ya que afectará a cualquier acto que tenga una repercusión directa en la sustancia del bien o derecho en cuestión, característica que define a los actos dispositivos. A causa de ello, intentaremos esbozar a continuación, únicamente, los supuestos más paradigmáticos, en cuanto distintas manifestaciones de una prohibición de disponer:

- a) Empezaremos con la enajenación como acto de disposición por antonomasia.

A bote pronto, el propio legislador parece intercambiar el significado de los términos “disposición” y “enajenación” en el artículo 26 L. H., cuando se refiere a “*las prohibiciones de disponer o enajenar*”, razón por la que se podría utilizar indistintamente uno u otro término. Sin embargo, una interpretación estricta de estos

vocablos nos serviría para negar la sinonimia entre los conceptos de “prohibición de disponer” y “prohibición de enajenar”. El motivo no es otro que la consideración de la enajenación como una manifestación concreta de los actos de disposición: el acto de enajenación sería una especie que pertenecería al género de los actos dispositivos. De este modo, la expresión “prohibición de enajenar” tendría una acepción más restrictiva que la de “prohibición de disponer”, en la medida en que no abarcaría todo acto dispositivo, sino tan sólo aquel que pudiera ser catalogado como verdadero acto de enajenación. Consiguientemente, se deduce que la alusión a la prohibición de enajenar del artículo 26 L. H. se hace *ad exemplum*, ya que el espíritu del precepto es ocuparse de toda restricción que repercute sobre los actos de disposición, en general.

Tras la correspondiente matización conceptual, nos preguntamos ahora si una prohibición de enajenar ha de ceñirse tan sólo a los actos de enajenación *inter vivos*, o si también coarta la realización de actos *mortis causa* de esta misma naturaleza.

Participamos de la postura que sostiene que la prohibición testamentaria de enajenar afecta a todo acto de enajenación, ya sea *inter vivos*, ya sea *mortis causa*, salvo que se deduzca lo contrario de la voluntad del disponente²⁷⁵. No se trata de impedir que la transmisión *mortis causa* tenga lugar, sino de limitar la libertad del sujeto gravado para decidir sobre esta materia (por ejemplo, se le impide atribuir el bien gravado con la prohibición de enajenar a la persona que él quiere). Así como el causante puede conseguir que los bienes queden vinculados a través de una sustitución

²⁷⁵ vid. ALPAÑÉS, E., ob. cit., p. 43; y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, Tecnos, Madrid, 2005, p. 55. En contra, CAÑIZARES LASO, A., ob. cit. p. 1496; y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., ob. últim. cit., p. 210.

fideicomisaria (con los límites que, para esta figura, recoge el Código civil), del mismo modo también resulta admisible que un bien pueda quedar gravado con una prohibición de enajenación *mortis causa* en virtud de lo dispuesto por una cláusula testamentaria. Por tanto, en el caso de que sujeto afectado con dicha carga testamentaria contraviniera lo impuesto por el testador, y dispusiera del bien *mortis causa*, tal disposición resultaría ineficaz. En consecuencia, se abriría la sucesión intestada en virtud del artículo 912, 2º C. c.²⁷⁶. La sucesión se produciría de modo inexorable. La falta de efectos de la disposición testamentaria del bien gravado con una prohibición de enajenar obligaría a que su atribución tuviera que ser realizada conforme a las normas abintestato.

Si se tratara de una comunidad hereditaria, la prohibición de enajenar podría alcanzar a la cuota de participación de los coherederos, o a bienes concretos de la herencia. En este último supuesto, habría que valorar si esta prohibición afecta a la enajenación de un bien en común, a pesar de que todos los coherederos están de acuerdo en llevar a cabo este acto; o si lo que se busca es que el adjudicatario del bien no pueda disponer del bien por voluntad del testador. En cualquier caso, tal y como mantienen las RRDGRN de 15 de noviembre de 1972 y 1 de septiembre de 1976, esto no repercute sobre la disposición de bienes hereditarios si ésta es realizada con el fin de satisfacer el pago de las deudas del causante, porque la prohibición de disponer tiene por objeto el remanente de la herencia.

²⁷⁶ Conforme al cual “*La sucesión legítima tiene lugar: 2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto*”.

Tampoco hay que olvidar que la prohibición de disponer podrá repercutir sobre cualquier potencial adquirente, y ser -por ello- de carácter absoluto, o sólo sobre determinados sujetos nombrados por el testador, en cuyo caso su naturaleza sería relativa. Dicho de otro modo, el testador puede impedir que se enajene el bien a sujeto alguno o admitir que sólo pueda ser enajenado a ciertas personas, generándose los mismos efectos que se producen con el ejercicio del derecho de retracto (*verbigratia*, se pretende que los bienes queden vinculados a la familia, motivo por el cual se permite la transmisión de los mismos entre parientes, pero no a extraños)²⁷⁷.

Mayores problemas se plantean cuando intentamos valorar si la prohibición de enajenar impuesta por el testador afecta también a las llamadas enajenaciones forzosas. Para contestar a esta pregunta, conviene realizar un tratamiento diferenciado de las enajenaciones forzosas en función de si su interés es público o privado.

1º. La enajenación, que persigue un interés público, debe prevalecer sobre la prohibición de enajenar impuesta por el testador, porque aquélla se guiará por un principio de utilidad pública y no por un interés privado. La función de una expropiación forzosa o de una concentración parcelaria será siempre la de priorizar la protección del interés general frente al interés particular del sujeto beneficiado por la prohibición.

²⁷⁷ Cfr. con el artículo 59, párrafo 1º, de la L. S. Arag., donde, al regular el consorcio foral, se dispone que “... sólo son válidos los actos de disposición, «inter vivos» o «mortis causa», realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes ...”.

El propio artículo 32, 5º R. H. viene a corroborar esta postura, porque parece admitir la posibilidad de que las cargas ya existentes sobre el bien que se pretende expropiar puedan ser canceladas. Dice así: *“El dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase, inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere este artículo, se cancelarán al practicarse la inscripción a favor del expropiante o beneficiario y en virtud del mismo título, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente, para cuya cancelación bastará su expresión genérica”*.

“Para que puedan cancelarse los asientos de fecha anterior a dicha nota deberá constar que los interesados han sido citados en forma legal y que concurrieron por sí o debidamente representados al pago ... En el título se determinarán los asientos que deban cancelarse y subsistir con referencia a los datos registrales”.

Por supuesto, lo dispuesto por este segundo párrafo del artículo 32, 5º L. H. debe ser interpretado restrictivamente, puesto que supone una excepción al principio *prior tempore potior iure*. No obstante, ello no es óbice para sostener que la colisión entre el asiento (más antiguo) que proclama la existencia de una carga testamentaria, cuyo fin es prohibir la enajenación de un bien, con aquel otro (más reciente) que publica el derecho de una persona a que este mismo bien sea expropiado, podría ser resuelta dando prioridad al segundo sobre el primero, a pesar de que éste tiene una fecha de acceso anterior a la de aquél. Al acogerse a lo dispuesto por esta norma, se concede prioridad al derecho del expropiante sobre los efectos de la prohibición de enajenar con base en el interés público que reporta aquél,

dejando al margen la aplicación del principio temporal registral, que siempre ofrece mayor protección al asiento que data de una fecha más antigua.

2º. Por el contrario, las enajenaciones forzosas que se fundamentan en un interés privado no tienen este privilegio, por lo que están a merced del principio *prior tempore potior iure*, salvo que en la colisión de derechos intervenga el Estado, ya que -como ha manifestado RODRÍGUEZ LÓPEZ- “el derecho del Estado no puede ser privado de sus garantías y medios de ejecución para el cobro de los impuestos y tributos”²⁷⁸. Si esto no fuera así, el principio de responsabilidad del artículo 1911 C. c. no tendría prioridad sobre los efectos de una prohibición de enajenar con origen en un acto anterior al de la obligación que motiva la responsabilidad correspondiente.

Por todo ello, La RDGRN de 21 de abril de 1949 ya estableció que “la norma contenida en el artículo 1911 del Código civil (...) no basta para atribuir eficacia a la enajenación forzosa mediante la subasta llevada a cabo por la autoridad judicial (...)”, porque, si fuera así, la prohibición de disponer “podría eludirse y quedar burlada merced a procedimientos simulados o convenios entre las partes”²⁷⁹.

b) Además del acto de enajenación, una prohibición testamentaria de disponer puede afectar al acto de constituir cargas o gravámenes

²⁷⁸ Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “Las prohibiciones de disponer voluntarias. Estudio de sus efectos”, RCDI, 1983, p. 53.

²⁷⁹ En el mismo sentido, la RDGRN de 5 de febrero de 1988. En contra, la RDGRN 22 de febrero de 1989.

sobre el derecho gravado. Se trata de un acto de disposición, porque, o bien disminuye la utilidad que el derecho gravado puede prestar, o bien merma su valor económico. Y realmente ocurre así, porque las cargas o gravámenes minoran el valor económico del derecho en cuestión. Por ejemplo, la finalidad de una prenda o una hipoteca reside en la idea de proporcionar al acreedor la satisfacción de su crédito impagado a través del ejercicio del *ius distrahendi*²⁸⁰; si bien la RDGRN de 18 de abril de 1952 ha admitido la constitución de una hipoteca siempre que “el acreedor y deudor convengan en subordinar su ejercicio hasta el momento en que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante”, esto es, hasta que se extinga la vigencia de la prohibición. En tal caso, habría que atender a la fecha del asiento de inscripción de la prohibición y a la fecha de la anotación preventiva de embargo, y aplicar el principio *prior tempore potior iure* para decidir si el acreedor puede ejecutar la hipoteca, o no.

- c) La prohibición de disponer se puede ver reflejada también en una prohibición de dividir la herencia o un bien concreto de ella. Cuando se ejercita la facultad divisoria y se extingue una situación de cotitularidad sobre un derecho a través de la concreción de una cuota abstracta, se modifica objetivamente el derecho del comunero, que pierde extensión porque se reduce su objeto, si bien gana en intensidad porque desaparecen los límites derivados de una situación de cotitularidad. Este es el motivo por el que he considerado que la prohibición de dividir limita el ejercicio de la facultad dispositiva, tal y como tendremos oportunidad de demostrar más adelante²⁸¹.

²⁸⁰ Vid. TALÓN MARTÍNEZ, F. T., “Prohibiciones contractuales de disponer”, RJC, 1954, p. 60.

²⁸¹ En el mismo sentido, VALIÑO, A. (“En torno a la prohibición de división de una finca y su calificación como servidumbre”, AC, 1999-2, p. 643-651), quien argumenta que la prohibición de dividir de una finca no encaja en el concepto de servidumbre, y sí en el de limitación de la facultad de disposición.

Con el análisis realizado hasta ahora hemos pretendido aludir al contenido material de una prohibición de disponer. A ello podríamos añadir que, a veces, el causante no aspira a impedir que su heredero pueda ejercitar su facultad dispositiva sobre el bien recibido, sino a condicionar su ejercicio a la autorización de una o varias personas, cuyo incumplimiento también generaría la infracción de la restricción testamentaria²⁸². Sólo cabría prescindir de este requisito cuando concurriera un motivo bastante que impidiera a la persona/s indicada/s prestar su asentimiento (por ejemplo, su muerte)²⁸³.

No obstante, pese a lo expuesto hasta ahora, resulta ocioso tratar de enumerar en pocas líneas qué actos podría acoger una prohibición testamentaria de disponer. Pero sí parece conveniente tener presente lo que ha declarado la STS de 13 de diciembre de 1991 (f. j. 5º): “siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del *dominus*, la del *ius disponendi*, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación (...)”. Esta doctrina significa que debemos valorar el alcance de una prohibición de disponer, ateniendo al interés que la informa, ya sea social, familiar, comunitario, o incluso particular, con el fin de impedir una restricción al tráfico jurídico que no esté justificada²⁸⁴. Debemos evitar una interpretación extensiva, porque la prohibición de disponer actúa como una restricción a una facultad intrínseca a todo derecho subjetivo patrimonial disponible. Por ello no sólo tendremos en cuenta si lo que se prohíbe es o no un acto de disposición. También habrá que valorar si concurren una serie de requisitos determinantes de su validez, tal y como vamos a estudiar a continuación.

²⁸² En el mismo sentido, ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 294.

²⁸³ Cfr. art. 166, pár. 2º, C. S. Cat.: “*Si la prohibición está condicionada a la autorización de una o varias personas, perderá eficacia cuando aquélla o todas ellas fallezcan, renuncien o queden incapaces, salvo que sea otra la voluntad del causante*”.

²⁸⁴ Por ejemplo, se prohíbe disponer del derecho de usufructo sobre unas acciones, pero se permite la cesión de los créditos derivados de los beneficios obtenidos, y no repartidos [STS 28 de mayo de 1998 (f. j. 2º)].

c`) Requisitos de validez y eficacia jurídica

La determinación de los requisitos de validez de las prohibiciones de disponer aparece como una labor harto penosa porque el reconocimiento de esta figura jurídica por la Ley Hipotecaria no viene acompañado de una ordenación de sus condiciones de validez. Su artículo 26, regla 3ª tan sólo hace una remisión vacía de contenido cuando establece que las prohibiciones testamentarias de disponer “*serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez*”. Después nada más expresa al respecto, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el Código civil francés, cuyo artículo 900-1, párrafo 1º, primera parte,, admite las *cláusulas de inalienabilité* en el ámbito de la donación y de la sucesión *mortis causa*, siempre y cuando sean temporales, y estén justificadas en un interés serio y legítimo²⁸⁵. El silencio legal sobre este punto ha obligado a la doctrina, a la jurisprudencia y a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado a construir un marco en el que acomodar una figura que restringe el ejercicio del poder de disposición. Dicho marco se ha elaborado exigiendo la concurrencia de una serie de condiciones que inciden sobre la validez de las prohibiciones de disponer, y que son las siguientes: a) que la prohibición de disponer sea expresa; b) que tenga un carácter causal; c) que esté sometida a un límite temporal; d) y que no viole las normas sucesorias de carácter inderogable. De todas ellas nos ocupamos inmediatamente.

²⁸⁵ Señala lo siguiente: “*Les clauses d’inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles son temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime*”. Se podría traducir así: “Las prohibiciones de disponer que afecten a un bien donado o legado sólo serán válidas si son temporales y están justificadas por un interés serio y legítimo”.

- a) El carácter expreso de la prohibición de disponer.-Entrando ya en el examen particular de los requisitos esenciales para que las restricciones testamentarias de disponer sean válidas, empezamos con la exposición de la necesidad de que éstas sean expresas. La RDGRN de 17 de junio de 2003 lo ha entendido de este modo al declarar que “las restricciones singulares del contenido ordinario del derecho de propiedad precisan de un acto especial de establecimiento, no se presumen, son de interpretación estricta”. Su razón no es otra que el hecho de que la interpretación de las prohibiciones voluntarias de disponer, en general, y de las testamentarias, en particular, ha de ser realizada siempre de forma cautelosa, ya que constituyen un obstáculo a la libre circulación de los bienes, motivo por el cual se exige que no quepa duda alguna sobre la voluntad del causante para imponer una restricción testamentaria de dicha naturaleza.

En este mismo sentido, la RDGRN de 1 de febrero de 1952 manifestó que la privación de la facultad de disposición tenía que ser establecida de modo inequívoco, sin que en ningún caso pueda ser presumida su existencia. Se trata, en definitiva, de aplicar por analogía el principio *in dubium contra fideicomisum*, presente en materia de sucesiones (art. 785, 1º C. c.), para así mantener el carácter expreso de la prohibición de disponer. De esta forma, podría ser distinguida de los simples ruegos o encargos conjeturales.

- b) La prohibición de disponer ha de ser causal.-Junto al carácter expreso de la prohibición de disponer hay que tener presente que ésta se ha de fundamentar en una justa causa. El Digesto (30, 114, 14) ya exigía que las prohibiciones testamentarias de disponer fueran causales o que se impusieran en consideración a una persona

determinada, para que no fueran consideradas un *nudum praeceptum*.

Las Partidas (5, 5, 44) también se pronunciaban en el mismo sentido, y determinaban la ineficacia de la prohibición testamentaria carente de “razón guisada” o del señalamiento de “persona alguna o cosa cierta por que lo fazía”.

En el Derecho Foral, el derogado artículo 117, párrafo 1º, de la Compilación catalana, que se hacía eco de una tradición romanista, exigía la necesidad de imponer una razón lícita o el designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque fuera el afectado por la prohibición, para que la prohibición de disponer fuera eficaz y no se convirtiera en una mera recomendación²⁸⁶. Sin embargo, el nuevo artículo 166, párrafo 1º, del C. S. Cat.²⁸⁷ ha omitido una referencia expresa a esta exigencia, rompiendo, de este modo, con una tradición histórica, respecto de lo cual se podría discutir si constituye una puerta abierta a la arbitrariedad, o no.

Sobre esta cuestión, la doctrina ha considerado que se ha de seguir requiriendo la concurrencia de una razón lícita para que una prohibición de disponer sea eficaz²⁸⁸. Si esto no fuera así, estaríamos ante meras recomendaciones a las que se aplicaría el artículo 166,

²⁸⁶ Vid. PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRIAS, E., *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, t. III, 2º, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 138-140; y ROCA TRÍAS, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXVIII, v. 1, dirigidos por M. Albaladejo, Edersa, Madrid, 1982, p. 292.

²⁸⁷ Vid. *supra*, nota 262.

²⁸⁸ Vid. PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Dret de Sucessions*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 454; y CALATAYUD SIERRA, A., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 653.

último párrafo, C. S. Cat., conforme al cual “*Las simples recomendaciones de no disponer no tendrán eficacia jurídica*”²⁸⁹.

El argumento utilizado para continuar manteniendo tal exigencia se basa fundamentalmente en el carácter excepcional que tiene la prohibición de disponer, dado que el poder de disposición forma parte del contenido de los derechos subjetivos disponibles. A ello ROCA TRÍAS ha añadido que, puesto que se califica a la prohibición de disponer como un tipo especial de disposición modal, lógico es pensar que sea susceptible de ser aplicado lo previsto por el artículo 161 C. S. Cat.²⁹⁰, según el cual la causa justa aparece como una característica general del modo²⁹¹.

La ley 481 Comp. Nav. exige que la prohibición de disponer sea establecida “*a favor de personas determinadas o determinables*”. Esta referencia sirve como fundamento (o razón lícita) de esta restricción, ya que queda claro que con ello se protege, por ejemplo, el patrimonio familiar o los meros intereses del heredero²⁹². La causa justa es ínsita a aquélla restricción si se expresa quiénes son las personas beneficiadas por ella.

Respecto a nuestro Código civil, resulta imposible interpretar una inexistente normativa sobre prohibiciones de disponer. No obstante, nuestra mejor doctrina viene manteniendo también la tesis

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ Este precepto establece lo siguiente: “*El modo permite al testador imponer al heredero y al legatario ... una carga ... que, **por la finalidad a que responde**, no atribuye otros derechos que el de pedir su cumplimiento ...*”. (La negrita es mía).

²⁹¹ Vid. PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E., ob. últim. cit., *ibidem*.

²⁹² Vid. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J., *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por E. Rubio Torrano, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 1609.

de que no basta alegar la gratuidad del acto jurídico para que una prohibición testamentaria sea eficaz, sino que hace falta, además, que concurra una causa justa, o que la prohibición venga impuesta en beneficio de una persona determinada o por determinar²⁹³.

Que la causa justa es un requisito de validez de la prohibición de disponer parece ser una postura que se justifica en los principios de ideología liberal que informan nuestro Código civil. Son ellos los que impiden el uso indiscriminado de estas prohibiciones, ya que, al fin y al cabo, constituyen una derogación del principio de libre disponibilidad de los bienes. Esos principios, unidos a la tradición romanista de nuestro Código civil, nos inclinan hacia la idea de que la mera adquisición de ciertos bienes a título gratuito no debe ser motivo suficiente para justificar la imposición caprichosa o arbitraria de una prohibición de disponer.

A mayor abundamiento, cabría argumentar que, puesto que las prohibiciones de disponer actúan como cargas que restringen el ejercicio de las facultades esenciales del dominio, resulta oportuno exigir que aquéllas queden supeditadas a la concurrencia de un

²⁹³ Vid. CERES, L., “*Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español*”, RDP, 1946, p. 183; ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., ob. cit., p. 489; LASARTE ALVAREZ, “*La fundamentación causal de las prohibiciones testamentarias de disponer*”, La Ley, 1983-1, p. 1126; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. 2, v. I, 14ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1992, p. 255; Díez PICAZO, L., *Fundamentos ...*, III, cit., p. 844; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, V, cit., p. 270; CAÑIZARES LASO, A., ob. cit., p. 1481; DE COSSIO, A., ob. últim. cit., p. 165; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Comentarios ...*, cit., p. 180; En contra, MARTÍNEZ SARRIÓN (ob. cit., pp. 102 y 103) quien ha argumentado “que no percibe en el ánimo de los redactores del Código Civil ni tampoco en los civilistas más cercanos”, la inclusión del elemento causal que hasta entonces había exigido la legislación tradicional española. También la STS de 11 de diciembre de 2001 (f. j. 3º), que de modo aislado, ha sostenido que “la razón o motivo por el que se establece la prohibición (...) no es exigido por el Código civil, que no siguió en este punto el derecho histórico”.

interés legítimo; no porque se busque evitar que la propiedad quede amortizada, objetivo que se consigue estableciendo meros límites temporales, sino porque se sustrae a su titular un poder que forma parte del contenido básico de aquélla. De ahí, que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 argumentara que la falta de eficacia de la prohibición de volver a hipotecar se basa en la idea de que “no da mayor firmeza a la seguridad de lo que se estipula”, por lo que está desprovista de “toda justificación racional”.

La causa justa actúa como un requisito necesario para una prohibición de disponer, pero aquélla nada tiene que ver con la causa negocial del artículo 1274 C. c., ya que ésta es aportada por el título que sirve de soporte a la prohibición de disponer. No obstante, pensamos que el contenido de los artículos 1275-1276 C. c. debe ser aplicado por analogía para deducir que las prohibiciones de disponer han de responder a una causa, y que ésta ha de ser justa²⁹⁴.

Esta causa será la justificación a la carga impuesta por el disponente. La STS de 13 de diciembre de 1991 (f. j. 5º) ha declarado “la inadmisibilidad de los pactos de no enajenar concebidos en términos absolutos, con base en el principio de que *pactum de non alienando res propria non valet*, siendo preciso para su eficacia que se inspiren en un interés digno de protección”. Por ende, ha contemplado la causa justa como “un interés digno de protección”, términos que nos ofrecen una amplia gama de posibilidades en función de la pretensión del disponente. Esto hace que la labor de sistematización de los diversos “intereses” sea harto

²⁹⁴ vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las Prohibiciones ...*, cit., p. 61; y DOMENGE AMER, B., ob. cit., p. 195. CLAVERÍA GOSÁLVEZ (*Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XVII, vol. 1-B, 2, Edersa, Madrid, 1993, p. 573) ha sugerido la aplicación por analogía de estos preceptos a todo negocio jurídico, contractual, o no, e incluso no patrimonial, salvo que exista una razón fundada o una explícita disposición legal que lo impida.

complicada, máxime cuando el beneficiado por la carga puede ser un tercero, el propio sujeto gravado, el mismo disponente (si se deriva la prohibición de un acto jurídico *inter vivos*²⁹⁵), y por qué no, incluso, el interés general²⁹⁶.

En cualquier caso, serán los Tribunales los encargados de valorar en cada caso si la causa existe y si ésta es lícita, para que la prohibición de disponer pueda ser tutelada por nuestro ordenamiento jurídico.

La necesidad de que la causa justa esté presente en las prohibiciones de disponer no exige que aquélla tenga que ser expresada por el disponente para que ésta sea válida y eficaz²⁹⁷. Esto significa que el “interés legítimo” o el motivo suficiente está implícito en toda prohibición de disponer, con independencia de que su valoración sea más o menos complicada por cuanto no siempre se nombra expresamente al sujeto beneficiado por dicha restricción testamentaria.

²⁹⁵ Por ejemplo, la donación de unas fincas con reserva del derecho de usufructo vitalicio en favor de los donantes, imponiendo a los donatarios una prohibición de enajenar o gravar tales bienes sin su consentimiento [SAP Almería (Sección 1ª) 24 de abril del 2001].

²⁹⁶ La causa justa podría desempeñar una función social de carácter práctico. Según DOMENGE AMER (ob. cit., p. 201), el interés legítimo podría ir referido a una función económico-social. De este modo cabría afirmar, por ejemplo, que son causas injustas aquellas que nada aportan porque el interés legítimo ya se protege por otra figura (verbigracia, una condición resolutoria, un modo, o un derecho de adquisición preferente).

²⁹⁷ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho ...*, III, cit. p. 274. En contra, GARCÍA PASTOR, J. A., “Comentario a la Resolución de 22 de febrero de 1989”, RCDI, 1990, pp. 276 y 277; y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., ob. últim. cit., pp. 61-62.

Para reforzar esta postura podría ser aplicado por analogía lo dispuesto por el artículo 1277 C. c., según el cual “*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*”. Se trata de un precepto que tiene un mero alcance procesal²⁹⁸, en tanto que invierte la carga de la prueba. Consiguientemente, no sería preciso que el testador declarara cuál es la finalidad de la restricción testamentaria para que ésta fuera válida, pero se facultaría al sujeto gravado para que pudiera demostrar la falta de interés legítimo de aquélla²⁹⁹, e incluso probar que la causa es ilícita en caso de que, por ejemplo, la prohibición de disponer fuera impuesta a fin de perjudicar a una persona. Se trataría de permitir que la presunción pudiera ser destruida si se demostrara que la razón, según la cual se estableció la prohibición de disponer, no existe o es ilícita.

De las consecuencias jurídicas de la ausencia de una causa justa o de su ilicitud se ha ocupado la RDGRN de 21 de abril de 1949, aunque colateralmente, afirmando que “bien supongan las prohibiciones de disponer una alteración interna del derecho (...), o una limitación a la facultad de disponer (...), en cuanto entrañan una restricción sancionada por la ley al ejercicio de un derecho subjetivo, (...) los Tribunales sólo admiten su validez cuando son temporales y están justificadas por una finalidad seria y legítima (...)”. De esta declaración se deduce que la causa justa afectará a la validez de la prohibición de disponer, pues estamos ante un elemento causal necesario. Por este motivo, el Derecho Romano consideró que una prohibición de disponer no fundamentada en una causa lícita se convertía en un *nudum praeceptum*.

²⁹⁸ Vid. DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 236.

²⁹⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, III, cit., p. 260.

A similar resultado cabría llegar mediante la aplicación por analogía de la regla revista en el artículo 1275 C. c., conforme a la cual *“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno”*. En virtud de lo dispuesto por este precepto no se protegería el ejercicio de la autonomía privada del testador si su *animus* fuera un interés caprichoso, y no un fin justo. En tal caso, la prohibición de disponer no produciría efecto alguno, por lo que se tendría por no puesta, y pasaría a convertirse en un mero ruego carente de eficacia jurídica³⁰⁰, sin que ello afectara a la validez de la institución de la que se deriva, tal y como podemos inferir también de la aplicación analógica del artículo 786 C. c.: *“La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ...; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria”*.

Esa prohibición podría devenir ineficaz si desapareciera la causa o interés legítimo que motivó su imposición. Supondría una liberación para el derecho de la traba impuesta por el testador al desvanecerse la base o fundamento que justificaba su indisponibilidad futura³⁰¹. Ello sucedería si, tal y como ha mantenido la RDGRN de 30 de septiembre de 1980, el interés justo decae por haberse cumplido³⁰². Pero también cuando circunstancias sobrevenidas alteran esta finalidad, fenómeno que haría necesario replantearse la base de la prohibición, en orden a que fuera cumplida

³⁰⁰ Cfr. artículo 166, párrafo 3º, del C. S. Cat. donde se dice que *“Las simples recomendaciones de no disponer no tendrán eficacia jurídica”*.

³⁰¹ Cfr. art. 900-1, pár. 2º, *in fine*, del Code francés: *“... le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer de bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige”*. Se podría traducir así: “el donatario o el legatario podrá ser autorizado judicialmente a disponer del bien si el interés que justificaba la prohibición ha desaparecido o si resulta un interés más importante”.

³⁰² No parece que exista óbice alguno que impida al donante (que impone una prohibición de disponer) poner fin a sus efectos cuando lo estimara oportuno.

en términos análogos a los previstos por el causante (*ex arg.* art. 798, párrafo 1º, C. c.)³⁰³, o a que pudiera ser promovida su extinción (a los efectos del principio *rebus sic stantibus*)³⁰⁴.

- c) La prohibición de disponer ha de ser temporal.-Junto al elemento causal ha de concurrir también el requisito de la temporalidad a fin de que la prohibición de disponer pueda desplegar todos sus efectos. La indisponibilidad a perpetuidad convierte un bien en un objeto inalienable, por lo que resulta oportuno postular unos límites temporales para que las prohibiciones de disponer se conjuguen con el principio de libertad de tráfico de los bienes. Por este motivo traemos a colación lo dispuesto por el párrafo 2º del artículo 785 C. c.: *“No surtirán efecto: 2º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781”*.

Con una interpretación *a contrario* de este precepto, y haciendo extensible lo dispuesto para las prohibiciones de enajenar a toda prohibición de disponer (mediante una interpretación extensiva del término “enajenar”), cabría mantener que la duración de éstas se encuentra acotada en el tiempo para evitar su imposición con carácter perpetuo. Se trata de un límite presente también en otras instituciones, tales como el usufructo sucesivo (arts. 640 y 787 C. c.), la donación con cláusula de reversión (art. 641 C. c.), o la renta

³⁰³ Señala que *“Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado ... en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad”*.

³⁰⁴ Por ejemplo, se prohíbe la enajenación de unas fincas por el testador con el fin de que sirvan para sustento de los distintos capellanes de una Iglesia. Transcurrido un tiempo, la explotación directa, y posteriormente los arrendamientos, no cumplen esta finalidad, por lo que se admite su venta con el objetivo de dedicar el importe obtenido al sustento del clero [SAP Jaén (Sección 1ª) 28 de septiembre de 2001].

vitalicia (art. 785, 3º C. c.), donde podemos atisbar los mismos fundamentos: evitar que una carga tenga una duración indefinida.

A este fin se pueden utilizar diversos criterios temporales, tales como la edad de un sujeto o la duración de la vida de una persona. Este último caso fue admitido por la STS de 21 de diciembre de 2000 (f. j. 1º), que contempló un supuesto en el que el testador prohibía dividir la herencia en razón de la vida de su cónyuge.

Ahora bien, del artículo 785, 2º C. c. no sólo se deriva una declaración de ineficacia para aquellas prohibiciones de disponer de carácter perpetuo, sino que además considera oportuna la aplicación del artículo 781 C. c., según el cual *“Las sustituciones fideicomisarias ... serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador”*. Mediante estas reglas se pretende discernir durante cuanto tiempo debe mantenerse la eficacia de una restricción testamentaria de esta naturaleza.³⁰⁵.

No obstante, la aplicación del artículo 781 C. c. a las prohibiciones de disponer entraña una cierta dificultad derivada de la distinta naturaleza que tienen las sustituciones fideicomisarias y las prohibiciones testamentarias de disponer. Mientras las primeras necesitan la existencia de un llamamiento sucesivo, las segundas no, porque tan sólo existe un llamamiento a un sujeto al que se le sustrae

³⁰⁵ Cfr. artículo 166, párrafo 1º, C. S. Cat. también se remite a los límites temporales fijados para las sustituciones fideicomisarias cuando se trata de exponer qué criterios temporales se han de valorar para evitar que una prohibición de disponer tenga una duración indefinida. El precepto dice así: *“La prohibición ... de disponer ... será eficaz si es temporal y no podrá exceder de los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria”*.

el poder de disposición con base en una razón justa, y por un cierto tiempo, aunque después el gravamen se haga extensible a los herederos del gravado.

Por ello, a la hora de aplicar el artículo 781 C. c. a las prohibiciones de disponer han de tenerse presentes las siguientes consideraciones:

1ª. El límite, que obliga a que los sustitutos fideicomisarios sean personas vivientes “*al tiempo del fallecimiento del testador*”, podría ser traducido en la idea de que se permite al testador imponer una prohibición de disponer en atención a la vida de una o varias personas que sobrevivan al causante. La limitación podría ser constituida con relación a la vida de la propia persona beneficiada por la carga, o a la de un extraño (arg. *ex art. 1803, párrafo 1º C. c.*)³⁰⁶, e incluso respecto a la vida del propio sujeto gravado. También cabría establecerse sobre la vida de una o varias personas existentes en el momento de la muerte del testador, en cuyo caso aplicaríamos por analogía el artículo 521 C. c., donde se contempla que “*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*”.

2ª. El límite del “*segundo grado*” del artículo 781 C. c. (entendido el término, no como grado de parentesco, sino como llamamiento) tendría su razón de ser en aquellas prohibiciones testamentarias de disponer impuestas en

³⁰⁶ Nos indica que “*Puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas*”.

atención a personas no vivientes en el momento de la muerte del testador. En el caso de las sustituciones fideicomisarias significaría que podrían ser llamados como fideicomisarios dos personas no nacidas entonces, además del sujeto llamado como fiduciario.

Si trasladamos este límite al ámbito de la prohibición testamentaria de disponer, llegaríamos a esta conclusión: el derecho no será gravado con la restricción más allá del “*segundo grado*”. Significa que cuando los efectos de esta prohibición no se extingan con la muerte del heredero del disponente, habrá que entender que aquélla repercutirá sólo sobre otros dos sucesores sucesivos (no existentes en el momento de la muerte del causante).

Esta situación ha sido valorada por la STS de 13 de diciembre de 1991 (f. j. 6º). Se trata de un causante que ha impuesto una prohibición testamentaria de enajenar las cuotas indivisas sobre un pozo-noria a sus herederos y a toda su legítima descendencia sin límites de grado, advirtiendo este Alto Tribunal lo siguiente: “La inclusión a título de sustitutos de los descendientes legítimos de los herederos iniciales de los causantes sin limitación alguna, hace de imposible determinación el momento en que dicha prohibición concluya lo que convierte en abstractamente perpetua la misma; a su vez ello implica pasar de ese «segundo grado» que el artículo 781 del Código civil establece como límite para su validez”.

Lo expuesto con respecto a los límites previstos en el artículo 781 C. c. se adapta perfectamente al caso en que el testador emplea

la vida de una o varias personas (como término *certus an, incertus quando*) para fijar la eficacia temporal de una prohibición de disponer, pero no así cuando este gravamen se impone en atención a la existencia de una persona jurídica que tiene una duración indefinida.

En relación con este tema, algunos autores han sostenido la aplicación, por analogía, del artículo 515 C. c.: “*No podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo, o Corporación o Sociedad por más de treinta años*”³⁰⁷. Su fundamento lo han hallado en un principio de orden económico: la disposición de la propiedad se presume libre de gravámenes. Por tanto, sería conveniente que una prohibición de este tipo no desplegara sus efectos más allá de este límite.

En cambio, otros han defendido la idea de que el artículo 785, 2º C. c. sólo refleja la exigencia de que la prohibición de disponer sea temporal, sin prefijar un número de años determinado como límite a tener en cuenta, motivo por el cual han entendido que la restricción del poder de disposición se ha de mantener mientras subsista la causa que lo motivó³⁰⁸.

Participamos parcialmente de esta postura, porque es cierto que la presencia de la causa sirve como criterio a tener en cuenta para valorar la duración de una prohibición testamentaria de disponer. Mas ello no debe ser óbice para recomendar la presencia de unos límites con el fin de evitar que los efectos de esta carga se

³⁰⁷ Vid. ALBALADEJO, M., *Comentarios* ..., cit., p. 1934; y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., ob. últim. cit., p. 63.

³⁰⁸ Vid. DOMENGE AMER, B., ob. cit., p. 83; y CABALLERO LOZANO, J. M., ob. cit., p. 111.

prolonguen indefinidamente. Estos límites vendrían dados, a nuestro entender, por propio artículo 781 C. c. que, como venimos manteniendo, evita que la eficacia de la restricción testamentaria se prolongue más allá del “segundo grado”, aunque, llegado este momento, persista el interés que la justificó.

Si el causante pretendiera violar cualquiera de los límites temporales expuestos hasta ahora cabría proceder a la aplicación de lo previsto en el tantas veces nombrado artículo 785, 2º C. c.: “No surtirán efecto: 2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781”.

La mayor parte de la doctrina se ha declarado partidaria de la aplicación de la doctrina de la nulidad radical y total de la disposición que prevé tal prohibición, basándose en el artículo 6, 3 C. c.³⁰⁹. Ha argumentando que no rige la regla de la conservación aplicable en el ámbito de las sustituciones fideicomisarias en aras de los derechos del heredero fideicomisario, porque esa situación no se reproduce en las prohibiciones de disponer, donde no existe ningún derecho subjetivo en favor de nadie. La nulidad absoluta afectaría a toda la prohibición testamentaria, no así a la institución de heredero o legatario sobre la que se impusiera por la aplicación de la regla *utile per inutile non vitiatur*, deducida de lo dispuesto por el artículo 786 C. c. en virtud de su aplicación analógica.

³⁰⁹ Vid. ALBALADEJO, M., *Comentarios al ...*, cit., pp. 290 y 383; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “Las prohibiciones de disponer voluntarias: extinción y cancelación”, RCDI, 1983, pp. 811-812; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, III, cit., p. 844; y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., ob. últim. cit., pp. 62 y 63.

Empero, creo que la fórmula de la nulidad total conlleva una sanción extrema para el caso que nos ocupa. Cierto es que el Proyecto de 1851 prohibió las disposiciones que impidieran la enajenación total o parcial de la herencia en orden a la defensa del principio de libre circulación de la riqueza, y proclamó que se tendrían por no puestas. Pero, a la luz del espíritu que informa nuestro ordenamiento jurídico, que reconoce la figura de las prohibiciones de disponer, parece que no resulta preciso mantener la aplicación del artículo 6º, 3 C. c. sin fisuras cuando aquéllas no se adaptan fielmente a lo dispuesto de modo imperativo por el artículo 785, 2º C. c.; y ello por las siguientes razones:

- 1ª. Para empezar cabría señalar que, a pesar de que el artículo 785 C. c. no impone expresamente *“un efecto distinto para el caso de contravención”*, tal y como preceptúa el artículo 6º, 3 del mismo cuerpo legal para que una disposición no sea nula de pleno derecho, esto no es motivo suficiente para defender su automática aplicación a una prohibición de disponer que viola unos límites temporales. A veces la ineficacia de una disposición tiene que ser estudiada al amparo de otros principios que pueden primar sobre los que defiende una sanción tan drástica como es la nulidad radical del artículo 6º, 3, cuyo principal interés reside en la defensa del orden público. De este modo, el principio de conservación de los negocios jurídicos, que en nada afecta al principio de orden público, podría ser susceptible de ser aplicado al ámbito de las prohibiciones de disponer a fin de mantener la validez de la disposición testamentaria, aunque -claro está- limitando su eficacia temporal. Es una forma de conjugar la protección de la voluntad del testador (la imposición de una prohibición testamentaria), vértice fundamental en nuestro Derecho de Sucesiones, con los límites aplicables al ejercicio de la libre autonomía dispuestos por el artículo 781 C. c. El principio de

la libre circulación de bienes que informa nuestro Código civil no quedaría defraudado, y la autonomía privada del testador sería respetada.

2ª. Tampoco nos convence la idea de la ausencia de derechos subjetivos en favor de un sujeto como fundamento para aplicar el artículo 6º, 3 C. c. a una prohibición de disponer que viola los límites temporales, porque sí existen unos intereses susceptibles de una tutela jurídica, aunque éstos no tengan la categoría de derechos subjetivos, tal y como sucede con el heredero fideicomisario.

Consiguientemente, en virtud de la regla *utile per inutile non vitiatur*, creo que las prohibiciones testamentarias de disponer sujetas a un término que supere los límites de los artículos 781 y 515 C. c. deberían ser parcialmente ineficaces (tan sólo en el exceso), tal y como sucede con otras disposiciones negociales sometidas a plazo (por ejemplo, el límite del art. 1508 C. c. en cuanto al ejercicio del derecho de retracto derivado de un contrato de compraventa). Siendo esto así, su eficacia no se prolongaría más allá del segundo llamamiento, y si este criterio fuera superado, sus efectos tendrían que ser reducidos en el tiempo. Esta conclusión estaría en sintonía con lo previsto en la ley 481 Comp. Nav., precepto que se remite a la ley 224, párrafo 2º, *in fine*, donde, si bien el límite es menos riguroso que el dispuesto por el artículo 781 C. c., se establece que “*Las sustituciones a favor de personas que no existan en ese momento no podrán exceder del cuarto llamamiento; en lo que excedan de ese límite se entenderán por no hechas*”. La sanción aplicar sería la regla de la nulidad parcial.

En cambio, si la duración de esa prohibición no dependiera de un término cierto (de lo que cabría deducir que tiene una duración indefinida) recurriríamos al criterio siguiente: mientras persista la causa justa que la fundamenta, (esta carga testamentaria) continuará desplegando sus efectos hasta que concurra el límite del “segundo grado” previsto por el artículo 781 C. c. (en los términos ya apuntados). Si aquélla desapareciera (por cumplimiento o imposibilidad sobrevenida) antes de la llegada de ese límite, esa carga devendría ineficaz.

- d) La prohibición de disponer no puede violar normas de Derecho sucesorio de carácter imperativo.-Para terminar con el examen de los requisitos de validez exigibles a una cláusula testamentaria de indisponibilidad, sólo dejar constancia de que ésta no puede quebrantar principios sucesorios inderogables.

Hay que velar por la aplicación del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima que se manifiesta en el artículo 813, párrafo 2º, C. c., conforme al cual el testador no podrá imponer sobre la legítima de los herederos “*gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados*”³¹⁰. Se refiere al párrafo 3º del artículo 808, incorporado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que permite que “*Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador*

³¹⁰ Sin entrar a valorar la llamada cautela sociana o galdense, respecto de la cual la STS de 10 de julio de 2003 (f. j. 3º) ha establecido que es “la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, además de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario”.

podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”. A su vez lo expuesto habría que relacionarlo con lo establecido por la primera parte del artículo 782 C. c., según el cual “Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808”³¹¹.

En consecuencia, se admite gravar que la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en los términos previstos por el artículo 808 C. c., pero esto no se hace extensible a las prohibiciones de disponer, porque la imposición de cualquier carga (como venimos manteniendo) requiere de una interpretación restrictiva en cuanto que afecta a los derechos de los legitimarios. Habría que aplicar de un modo estricto lo dispuesto por el artículo 813 C. c.³¹².

³¹¹ La redacción del artículo 808, párrafo 3º, C. c. sorprende sobremanera porque cuando se admite que el tercio de mejora pueda ser gravado con una sustitución fideicomisaria a favor de los descendientes (art. 824 C. c.), se entiende a bote pronto que se busca un beneficio para los herederos fideicomisarios. Sin embargo, las novedades que introducen los artículos 782 y 808, párrafo 3º, C. c. están orientadas a procurar un beneficio a un sujeto incapacitado judicialmente, quien actuará como heredero fiduciario. La sustitución fideicomisaria gravará la legítima estricta del heredero forzoso, quien actuará como heredero fideicomisario, por lo que nada recibirá mientras viva el sujeto incapacitado judicialmente, quien por edad podría ser incluso más joven que él, y acaecer su muerte posteriormente a la suya. Si fuera así, la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta podría convertirse a efectos prácticos en un modo de privación de su parte en esta legítima.

³¹² Cfr. art. 360, párrafo 1º, C. S. Cat.: “*El causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, plazos, modos, usufructos, fideicomiso ni otras limitaciones o cargas; si los impusiere, se tendrán por no formulados*”.

No sucede lo mismo con el artículo 186 L. S. Arag. que permite imponer un gravamen sobre la legítima, siempre que existe una justa causa; y en virtud de lo dispuesto por el artículo 187 del mismo cuerpo legal “*Sólo es justa la causa que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los*

De lo manifestado se deduce que toda infracción de una norma de derecho necesario del Código civil conllevaría la aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 786 C. c., donde se establece que *“La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ...; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria”*³¹³. Con ello se pretende la aplicación de la figura de la nulidad parcial, con lo que la prohibición de disponer se tendría sencillamente por no puesta, y en nada afectaría a la institución de heredero. Aunque con la siguiente precisión: si el valor del bien gravado con la prohibición de disponer superara la porción de legítima, se podría imputar el exceso a la parte de libre disposición, que sí quedaría gravada con la citada restricción; una conclusión teórica, por otra parte, de difícil aplicación en la práctica cuando estamos ante un bien indivisible.

A la vista de todo lo anterior queda claro que existen unos requisitos que justifican la validez de una prohibición testamentaria de disponer. Dicho esto, conviene ahora determinar cómo repercute sobre los actos contrarios a lo establecido por ella.

En principio, a un acto que infrinja una prohibición testamentaria de esa naturaleza se le aplicarán las consecuencias previstas por el causante (por ejemplo, decide aplicar los efectos de la condición resolutoria). A falta de esta previsión, la mayoría de la doctrina³¹⁴ opina que su violación debe desembocar en la nulidad de

demás legitimarios”. De este modo se podría compatibilizar el sistema de protección de la legítima con la justa causa de una prohibición de disponer.

³¹³ Cfr. art. 792 C. c.: *“Las condiciones ... contrarias a las leyes ... se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero ...”*.

³¹⁴ Vid. ROCA TRÍAS, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXVIII, vol. 1º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1982, p. 289; RODRÍGUEZ LÓPEZ,

pleno derecho de los actos dispositivos realizados en virtud de lo dispuesto por el artículo 6º, 3 C. c., sin que ello conlleve la resolución del derecho del gravado³¹⁵. No obstante, creemos que esta postura merece ser matizada.

Un acto jurídico contrario a la prohibición de disponer no es nulo de pleno derecho sino ineficaz, porque cumple con los requisitos del artículo 1261 C. c. para ser plenamente válido³¹⁶. Digamos que la prohibición de disponer no afecta a la validez del título por el cual se dispone, sino más bien a la eficacia del acto dispositivo. Esto mismo es lo que sucede con la venta de cosa ajena, donde se distingue entre la concurrencia de los elementos esenciales para que ésta sea válida, y la eficacia real de tal negocio.

La prohibición de disponer no repercutirá en la formación del acto dispositivo. Sólo gravará un derecho subjetivo para impedir que un acto de disposición sea eficaz. Siendo esto así, la disposición que infringe una prohibición de enajenar no generará la nulidad del negocio, sino que evitará la eficacia transmisiva del mismo porque afecta a la *traditio*³¹⁷.

La ineficacia del acto dispositivo contrario a la prohibición de disponer tendrá carácter absoluto, y no relativo³¹⁸. Ello será así, pese a que la ineficacia absoluta conlleva una legitimación amplia que permite a cualquier persona interesada impugnar

F., “*Las prohibiciones ...*”, cit. p. 13; DE COSSIO, A., ob. últim. cit., p. 166; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., ob. últim. cit., p. 205; CHICO ORTIZ, J. M., ob. cit., p. 456; DÍEZ PICAZO, L., *Sistema ...*, III, cit., p. 54; y ALBALADEJO, M., *Derecho ...*, III, cit., p. 277.

³¹⁵ La RDGRN de 21 de abril de 1949 ha mantenido que los actos realizados en contra de las prohibiciones serían sancionados con la nulidad “y excepcionalmente con la resolución del derecho del favorecido”.

³¹⁶ Vid. CAÑIZARES LASO, A., ob. cit., p. 1505.

³¹⁷ En el mismo sentido, ESTRUCH ESTRUCH, J., ob. cit., p. 83; y CECCHINI ROSELL, X., *Eficacia de las prohibiciones de disponer*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 75.

³¹⁸ En contra, CAÑIZARES LASO, A., ob. cit., p. 1505.

el acto dispositivo. Y es que no hay que olvidar que una ineficacia relativa quedaría desvirtuada en aquellos casos en los que el beneficiado por la prohibición de disponer no fuera una persona expresamente determinada por el testador. Si la figura del sujeto favorecido fuera difusa, la legitimación para impugnar el acto sería tan amplia que dejaríamos de hablar de una legitimación relativa.

Por otra parte, si la ineficacia tuviera un carácter relativo, en el caso de que el favorecido fuera el propio sujeto gravado, la acción de impugnación del acto jurídico contrario a la prohibición no prosperaría, salvo que existiera un albacea encargado de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador (art. 902, 3.ª C. c.). En tal caso, una ineficacia en términos relativos dejaría vacío de contenido la prohibición testamentaria, convirtiéndola en una mera recomendación para el heredero o legatario gravado. Sin embargo, ha de primar la defensa de la *lex sucessoria*, por lo que una legitimación absoluta para impugnar el acto dispositivo (por ejemplo, los herederos del sujeto gravado) dejaría a salvo la voluntad del testador.

La razón por la que la *voluntas* del testador tiene un trato privilegiado frente a los deseos del heredero o del legatario gravado con la prohibición de disponer la hallamos no sólo en la idea de que aquella aparece como un pilar básico de nuestro Derecho de Sucesiones, sino en el hecho de que el testador no atribuye un derecho subjetivo, susceptible de ser renunciado, a quien se beneficia con una prohibición de disponer. Tiene una mera expectativa. En consecuencia, la mera voluntad de este sujeto (en él podrían coincidir la condición de gravado y beneficiado) no podría dejar sin efectos una prohibición testamentaria de disponer³¹⁹.

³¹⁹ En contra, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “*Las prohibiciones ...*”, cit., pp. 820-821; CABALLERO LOZANO, J. M., ob. cit., p. 146; y DOMENGE AMER, B., ob. cit., p. 319. La STS de 7 de febrero de 1942 (cdo. 3º y 4º) también se ha pronunciado en este sentido al mantener que “el asiento prohibitivo provoca la nulidad de los actos y contratos realizados en su contradicción mientras esté vigente, sin que por lo tanto puedan tener acceso al Registro”. Añade que esta nulidad no produce efectos *erga omnes*, “puesto que no está afectada por el interés público, sino con relación al protegido por el asiento, que puede consentir y purificar la venta provocando la cancelación de la anotación preventiva”.

Por supuesto, la ineficacia del acto dispositivo se aplicará tanto a la violación de las prohibiciones de disponer inscritas en el Registro de la Propiedad como a las no inscritas. El motivo se encuentra en que el legislador no exige la inscripción constitutiva de las prohibiciones de disponer, por lo que la inscripción de éstas tendrá meros efectos declarativos³²⁰. Sus efectos se producirán *extra tabulas*³²¹. La diferencia entre unas y otras se manifestará especialmente en cuanto a la eficacia que tendrán frente a terceros, y las consecuencias posesorias que una enajenación contraria a la prohibición puede conllevar a raíz de la aplicación de los principios registrales de publicidad y prioridad, en caso de que la prohibición de disponer haya tenido acceso al Registro de la Propiedad.

La inscripción de una prohibición de disponer en el Registro de la Propiedad impedirá que cualquier acto incompatible con ella pueda acceder a él (art. 17 L. H.), porque existirá un obstáculo registral que reforzará la eficacia de las prohibiciones de disponer inscritas, al negar el Registrador (de oficio) la inscripción de un acto contrario a lo dispuesto por el asiento correspondiente. En este sentido, la prohibición testamentaria será oponible *erga omnes*. Pero no hemos de olvidar que hablamos de un acto que no tiene acceso al Registro de la Propiedad por ser contrario a la prohibición de disponer, motivo por el cual la RDGRN de 22 de febrero de 1989 ha permitido la inscripción de la hipoteca, pero ha rechazado la de la acción hipotecaria, ya que sólo su ejecución a través de un embargo violaría la prohibición de disponer inscrita.

³²⁰ CAÑIZARES (ob. cit., pp. 1499) se inclina por defender la idea de la inscripción constitutiva, porque considera que ofrece una mejor solución práctica ante el hecho de que las prohibiciones de disponer no tengan ningún tipo de publicidad posesoria. De este modo, habría prohibiciones de disponer derivadas de actos a título gratuito no inscritas con un mero vínculo obligacional, y prohibiciones de disponer inscritas con vínculo real. Viene a decir que la inscripción sería constitutiva de esta eficacia real.

³²¹ Además, no hay que olvidar que las prohibiciones de disponer también pueden recaer sobre bienes muebles, los cuales no tienen acceso al Registro de la Propiedad.

Si la prohibición de disponer no hubiera sido inscrita, los terceros adquirentes de buena fe no se verían afectados. La adquisición sería válida y eficaz (como si no existiera una prohibición de disponer), surtiendo todos los efectos propios del acto dispositivo.

De ello no debemos inferir la siguiente idea: las prohibiciones testamentarias no inscritas tienen efectos obligacionales (como si estuviéramos ante un supuesto propio de lo dispuesto por el artículo 27 L. H.), a diferencia de las inscritas a las que se les atribuye efectos reales. Parece más razonable sostener la eficacia real de las prohibiciones de disponer, estén o no inscritas³²². La diferencia entre ellas estribaría en que la falta de inscripción de estas restricciones impediría su oponibilidad a los terceros de buena fe. En cambio, si el tercero fuera de mala fe le serían oponibles los efectos de la impugnación del acto jurídico realizado, consecuencia deducida de la aplicación analógica de los artículos 1295, párrafo 2º, y 1298 C. c.³²³. Por consiguiente, la eficacia *erga omnes* de la prohibición de disponer no dependería tanto de su inscripción en el Registro de la Propiedad como de la buena o mala fe del tercero. No se trataría de privar, *ipso iure*, de esta eficacia a la prohibición de disponer, sino de proteger los intereses del tercero de buena fe.

Para terminar, no hay que olvidar que la eficacia de una prohibición de disponer no se extenderá frente a quienes son los acreedores del causante que la impuso. La cláusula no deberá entenderse como una regla que altera las normas de responsabilidad patrimonial universal. Primará el principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 C. c. frente a la voluntad del causante, así como la aplicación del principio *prior tempore potior iure*, que implica afirmar que el hecho de

³²² Cfr. la ley 481 Comp. Nav.

³²³ Indica el artículo 1295, párrafo 2º, C. c. que “*Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas ... se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe*”. Añade el artículo 1298 C. c. que “*El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas*”.

que las deudas sean anteriores a la prohibición testamentaria de disponer dará prioridad al derecho de los acreedores.

Finalizamos el tratamiento de las prohibiciones de disponer en general, y pasamos, a partir de ahora, a prestar una especial atención a una de ellas: la prohibición de dividir.

II. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROHIBICIÓN DEL ACTO DISPOSITIVO DE DIVIDIR, EN GENERAL

A) El derecho a pedir la división: naturaleza jurídica

Que la comunidad de bienes genere una relación jurídica entre los comuneros no significa que esto lleve aparejado un vínculo obligacional subjetivo que les constriña a permanecer unidos entre sí; así se deduce del artículo 400, párrafo 1º, C. c. cuando manifiesta que *“Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier momento que se divida la cosa común”*. Partiendo de esta premisa, el estudio de la naturaleza jurídica formal o estructural del derecho a dividir despierta nuestro interés, a los efectos de saber si estamos ante un derecho potestativo autónomo, o ante una de las facultades que contiene un derecho subjetivo.

Haciéndonos eco de la tesis que propugna la doctrina italiana³²⁴, el derecho a dividir que confiere el citado artículo al comunero podría ser considerado como un

³²⁴ Entre otros, CICU, A., ob. últim. cit., p. 740; BRANCA, G., *Comunione. Condominio negli edifici*, en *Comentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Nicola Zanicheli Editore, Bologna, 1982, pp. 271-276; y FRAGALI, M., *La comunione*, t. III, vol. XIII, del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu y F. Messineo, Milano, 1983, p. 489.

derecho potestativo, entendido éste como el poder atribuido a un sujeto para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica mediante un acto unilateral. Tal y como mantiene CICU, este poder no obligaría a los demás comuneros a dividir, sino que crearía un estado de sujeción, “en el sentido de que deben sufrir el efecto sin poder evitarlo”³²⁵. Por tanto, la declaración unilateral impondría al resto de los comuneros el efecto jurídico de la división, aunque no lo quisieran.

Sin embargo, no participamos de esta idea, no sólo por la prudencia con que nuestra doctrina se ha acercado a la figura de los derechos potestativos, sino porque el derecho a dividir no ha sido constituido por nuestro legislador como un derecho subjetivo: no tiene sus caracteres, ni su contenido típico. Más bien, el interés ha residido en considerarlo como una mera facultad, que nace con la comunidad y se mantiene mientras dura ésta. Las razones que abonan esta postura son las siguientes:

- a) Cuando el Código civil atribuye el derecho a dividir a cada uno de los partícipes de una comunidad no les confía un poder, a fin de que éste actúe como centro de referencia de un haz de facultades, característica que sí define un derecho subjetivo³²⁶. Su objetivo es establecer una posibilidad concreta de actuación del titular de un derecho, pero carente de una autonomía abstracta. Nuestro ordenamiento jurídico no eleva el derecho a dividir al rango de derecho subjetivo, sino que lo concibe como una facultad que integra este último cuando se refieren a él los artículos 400 y 1052 C. c. Ambos preceptos establecen que el comunero “*podrá pedir*” la división de la cosa común o la partición de la herencia, respectivamente, pero no parece que, con tales términos, el derecho a dividir tenga entidad para formar un derecho subjetivo. Por tanto, lo que se ha pretendido es dejar constancia de una facultad que integra una relación jurídica de cotitularidad, y que permanecerá mientras subsista ésta.

³²⁵ Vid. CICU, A., *ibidem*.

³²⁶ Así entiende DE CASTRO (*Derecho ...*, cit., p. 602) el derecho subjetivo.

- b) Que la actuación o declaración divisoria del comunero quede a su discreción, no es tampoco razón suficiente para sostener que el derecho a dividir es un derecho potestativo, porque la facultad comparte con el derecho subjetivo dicha característica. También puede ser ejercitada, o no, según la decisión que adopta quien es titular del derecho subjetivo que la contiene. Su ejercicio es una manifestación de la situación de cotitularidad.
- c) Además, como toda facultad, el derecho a solicitar la división de un bien común no puede ser enajenado, ni renunciado, o prescrito. No tiene la independencia que requiere un derecho subjetivo, motivo por el cual su existencia siempre dependerá de lo que acaezca a la situación jurídica de la que forma parte (en este caso, a la relación de comunidad).
- d) Para terminar, el derecho potestativo se concibe como el derecho que tiene su titular para crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre él y otra persona, mediante su mera declaración de voluntad³²⁷. Su sola voluntad afecta la esfera jurídica ajena, tal y como sucede cuando una persona, por ejemplo, ejercita su derecho de opción o de retracto. Sin embargo, en el caso de la división, la simple declaración de voluntad unilateral del comunero es insuficiente para proceder a un cambio jurídico en la comunidad. Necesita de otras actividades ulteriores. La voluntad de un sujeto, por sí sola, únicamente sirve para arrancar cualquiera de los procedimientos conducentes a la división de la cosa común, pero no basta para hacer valer los efectos del fenómeno divisorio cuando falta voluntad del resto de los copartícipes.

³²⁷ Vid. VON TUHR, A., *Derecho Civil*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 164.

En consecuencia, cabría indicar que la división es fruto, no tanto de la declaración de voluntad unilateral de un comunero, como del acuerdo al que llegan todos los interesados para proceder a la división o nombrar a “*los árbitros o amigables componedores*” a estos efectos (art. 402 C. c.). La partición convencional sería el resultado del deseo de dividir que acompaña a todos los copartícipes, y sólo cuando las partes no estuvieran de acuerdo en dividir (o en el proyecto divisorio) sería necesaria la intervención del juez, quien se encargaría de llevar a cabo las operaciones particionales en la forma prevista en la L. E. C. (art. 1059 C. c.). La resolución judicial no sería un medio para hacer valer un derecho potestativo, sino el cauce necesario para proceder a la división si no es posible llegar a una partición convencional. Con ello se pone de relieve la idea de que la finalidad de la resolución judicial no consistirá en reconocer los efectos ejecutivos de un derecho potestativo sobre los demás copartícipes. Muy al contrario, la sentencia será el título necesario para efectuar la división conforme a lo previsto por la ley. De ella se derivará un cambio jurídico en la comunidad, que consistirá en transformar la cuota abstracta en una propiedad exclusiva de los bienes adjudicados (art. 1068 C. c.).

Por todo ello, nos parece razonable la postura que define el derecho de dividir como una *res merae facultatis*. En concreto, la STS de 28 de noviembre de 1957 ha manifestado (cdo. 3º) que “la facultad de pedir la división no es un derecho con propia sustantividad que pueda extinguirse por su no ejercicio, sino una simple facultad (*res merae facultatis*) que nace y renace en todo momento de la relación de comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure (...)”³²⁸. Es una facultad que permite a cualquiera de los copartícipes solicitar que se realicen las operaciones particionales necesarias, a fin de que le sea atribuido un derecho singular a través de un acto negocial o, en su defecto, mediante una resolución judicial. Consiguientemente, el derecho a dividir será una facultad de configuración jurídica

³²⁸ En el mismo sentido, SSTS de 8 de junio de 1945 (cdo. 1º); de 15 de febrero de 1966 (cdo. 1º); de 31 de diciembre de 1985 (f. j. 6º); y de 21 de marzo de 1988 (f. j. 2º).

que integrará el contenido de un derecho subjetivo o de una situación jurídica determinada, posibilitando a su titular la modificación o extinción de una relación jurídica³²⁹. Esta facultad se mantendrá mientras persista la comunidad, lo que permitirá negar autonomía al derecho a dividir, y aplicar la regla *in facultativis non datur praescriptio*.

Teniendo en cuenta que el derecho a dividir es una facultad, MIQUEL ha criticado la postura que mantiene el binomio derecho a dividir-disolución de la comunidad, y ha sostenido la tesis de que quien ejercita su derecho a dividir sólo pretende materializar su cuota, si la cosa es divisible, o recibir la parte del precio que le corresponda en proporción a su participación, si la cosa es indivisible, sin provocar la extinción de la comunidad, si la voluntad del resto de los copartícipes es el de continuar con aquella³³⁰. Se fundamenta en la idea de que el artículo 400, párrafo 1º, C. c. tan sólo reconoce la posibilidad que los comuneros tienen de abandonar la comunidad, sin que en el caso de la división esto implique su automática disolución, razón por la cual el ejercicio del derecho a dividir no tendría un carácter absoluto, sino relativo, puesto que sus efectos dependerían de la voluntad del resto de los copartícipes.

No compartimos lo propuesto por este autor; y ello por las siguientes razones:

- a) Una interpretación contextual del artículo 400 C. c. nos muestra que su ámbito de aplicación se reduce a un modo específico de abandonar la comunidad: el ejercicio unilateral de la facultad divisoria; ejercicio que el resto de los comuneros no puede impedir³³¹.

³²⁹ Vid. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, III, cit., p. 926; y DE COSSIO, A., ob. últim. cit., p. 119.

³³⁰ Vid. MIQUEL, J. M., ob. cit, p. 441.

³³¹ SSTs de 5 junio de 1989 (f. j. 2º); también, la STS de 6 de junio de 1997 (f. j. 2º).

- b) Quien ejercita el derecho a dividir persigue la disolución de la comunidad, y se dirige contra los demás comuneros³³². En principio, pretende el fraccionamiento de la cosa común, y no la mera obtención de la parte material de la cuota abstracta. Es una situación paralela a la que se produce en el ámbito de la sociedad civil cuando la voluntad unilateral del socio provoca la extinción de la sociedad civil, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1700, 4º, y con las cautelas de los artículos 1705 y 1707, todos ellos del Código civil.
- c) Finalmente, cabría sostener que la acción de división extingue la comunidad, porque no hay tantas acciones de división como comuneros conforman la comunidad, idea a la que llegaríamos si se mantuviera indivisa parcialmente la comunidad tras el ejercicio de la acción de división por uno de los comuneros. Esto no es así: hay una única acción de división, cuyo ejercicio corresponde a cualquiera de los comuneros, que provoca la inmediata disolución de la comunidad ya que da lugar a un juicio universal. Por tanto, si los demás quieren continuar en el estado de comunidad, tendrán que constituirla nuevamente con los bienes o derechos que les fueron atribuidos, puesto que la primitiva habría desaparecido.

Si la finalidad del ejercicio del derecho a dividir es la de disolver la comunidad de bienes, cabría formularse ahora la siguiente pregunta: ¿qué naturaleza jurídica se atribuye a la división?

Esta cuestión nos obliga a tener presente lo dispuesto por el artículo 406 C. c., conforme al cual “*Serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad*”

³³² En este sentido, CRESPO ALLUÉ, F., *La división de la comunidad de bienes*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pp. 35-36.

las reglas concernientes a la división de la herencia”³³³. Por este motivo, en las próximas líneas se prestará una mayor atención a la figura de la partición hereditaria. No obstante, como la naturaleza jurídica de la división tiene un carácter unívoco (con independencia del tipo de comunidad que tenga por objeto), porque su fin siempre será convertir una situación de cotitularidad en otra de titularidad individual, la conclusión a la que llegemos resultará extensible a todo acto divisorio.

La partición de la herencia provoca el fraccionamiento de ésta, que puede ser fruto del acuerdo plurilateral al que llegan todos los coherederos (art. 1058 C. c.), de un acto unilateral realizado por un comisario (art. 1057 C. c.) o por un árbitro³³⁴ facultado por el testador a tal fin, o consecuencia del juicio instado por cualquier heredero, lo que daría lugar a una partición judicial (art. 1059 C. c. y arts. 782 y siguientes L. E. C.). Pero la explicación de su naturaleza jurídica es lo que ha dado lugar a diferentes posturas doctrinales, que pasamos a exponer:

- a) La posición de nuestra doctrina clásica ha sido la de asignar a la partición unos efectos traslativos atributivos³³⁵. Tiene su origen en el Derecho romano, ámbito en el que se preguntó por la naturaleza de las operaciones divisorias capaces de convertir la cuota abstracta del coheredero sobre el caudal relicto en titularidades singulares³³⁶.

³³³ Esta previsión también aparece en otros Códigos civiles de nuestro entorno, como el francés o italiano, cuyos artículos 1476 y 1116, respectivamente, también hacen esta misma remisión.

³³⁴ Conforme al artículo 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, “*También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*”.

³³⁵ Vid. MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios ...*, t. III, cit., p. 537; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, t. 6, vol. 3º, Madrid, 1910, p. 1977; y MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*, por Marín Pérez, P., t. XVIII, Reus, Madrid, 1954, pp. 695-697. Solapadamente también se pronuncia en este sentido don Alfonso DE COSSIO: ob. últim. cit., p. 628.

³³⁶ vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, V, cit., pp. 102-103.

La resolución a dicha cuestión partía del hecho de que la comunidad hereditaria se descomponía en una pluralidad de comunidades: tantas como bienes existieran en el activo de la herencia; y sobre cada uno de éstos se asignaba al coheredero una participación igual a la que se le atribuía en el todo³³⁷. A partir de aquí, las operaciones particionales producirían permutas recíprocas de las partes indivisas sobre cada uno de los concretos bienes. Cada comunero recibiría la parte que le correspondiese, y cedería la que le fuese atribuida a los demás, a fin de obtener la titularidad singular sobre un bien concreto. La atribución de los bienes al heredero se produciría, pues, por dos títulos: como heredero, en cuanto a la parte alícuota adquirida con la apertura de la sucesión tras la correspondiente aceptación; y como causahabiente de los demás coherederos, en cuanto a las restantes participaciones indivisas de los bienes a él adjudicados. En consecuencia, la *actio familiae erciscundae* causaría la *adiudicatio* de cuotas, razón por la que sería considerada como modo de adquisición de la propiedad, y se convertiría en título de los herederos para reivindicar bienes concretos de la herencia³³⁸.

Esta tesis ha sido sostenida por parte de nuestros autores con base en el artículo 1068 C. c., según el cual “*La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*”, que encuentra su antecedente histórico en las Partidas (6, 15, 1)³³⁹.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ vid. FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, s.e, Madrid, 1978, pp. 576 y 577.

³³⁹ “Qué cosa es partición, e qué pro viene de ella. Partición es departimiento que hacen los hombres entre sí de las cosas que han comunalmente, por herencia o por otra razón. E viene de ello, gran pro cuando es hecha derechamente. Porque se tiran por ella desacuerdos muy grandes que nacen entre los hombres, a las veces, por razón de las cosas que han de so uno; e tiénese cada uno por pagado con su parte cuando la ha e administrala mejor, e aprovéchase mejor, e más de ella”.

Sin embargo, parece que este criterio adolece de ciertas lagunas:

1ª. Se crea un sistema ficticio de cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes que integran la comunidad hereditaria, lo que nos llevaría a afirmar que el caudal relicto está compuesto por tantas comunidades como bienes lo integran, fenómeno diametralmente opuesto al que venimos defendiendo, que no es otro que el considerar a la herencia como una *universitas iuris*.

Por tanto, si hemos considerado que el coheredero no tiene una cuota sobre cada uno de los bienes particulares del caudal relicto, difícilmente cabrá sostener que ésta pueda ser permutada.

2ª. Los efectos traslativos de la partición nos obligarían a afirmar que cada copartícipe de la comunidad no es sólo causahabiente del causante, sino también del resto de los coherederos de los que recibe un derecho. Se produciría una sucesión en la titularidad. Consiguientemente, cada uno de los coherederos recibiría su porción gravada con las cargas constituidas por los demás sobre su cuota durante el período de indivisión. Y esto no es así, máxime cuando el heredero no puede inscribir su derecho mientras dure la comunidad; sólo puede solicitar la anotación preventiva del mismo.

En consecuencia, el título de heredero-adjudicatario no servirá de vehículo de transmisión de derechos de una persona a otra, ya que aquél sólo procederá del causante, y

no del resto de los coherederos. En este sentido, la partición no será título bastante para reivindicar el bien adjudicado. Será preciso probar que el bien pertenecía al causante³⁴⁰.

- b) Frente a los partidarios de la tesis que defiende el carácter traslativo de la partición surge otra corriente doctrinal que mantiene que los efectos de las operaciones divisorias son declarativos³⁴¹. Alegan que la partición no es un título atributivo de la propiedad, sino un mero acto que transforma la propiedad común en propiedad individual con unos efectos que se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión. Es una postura que se hace eco de lo dispuesto por el artículo 883 del Código civil francés³⁴², conforme al cual la partición nada transmite,

³⁴⁰ STS de 3 de febrero de 1982 (cdo. 2º).

³⁴¹ En este sentido, ROCA SASTRE, R. M., “*La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?*”, en *Estudios sobre Sucesiones*, t. II, Instituto de Estudios, Madrid, 1981, p. 409; BELTRÁN DE HEREDIA, J. M., ob. cit., p.363; y CASTÁN TOBEÑAS, J. M., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 6, vol. 1º, 9ª edición, revisada y puesta al día por José María Castán Vázquez y José Batista Monter-Ríos, Reus, Madrid, 1989, p. 330. Algún autor (MUÑOZ XANCO, J., “*Naturaleza y clase de la «actio communi dividundo»*”, RCDI, 1985, p. 1238) defiende esta tesis sólo en cuanto a la *actio communi dividundo* del artículo 400 C. c.

³⁴² Este precepto establece: “*Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n`avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.*

Il en est de même des biens qui lui sont advenus par tout autre acte ayant pour effet de faire cesser l`indivision. Il n`est pas distingué selon que l`acte fait cesser l`indivision en tout ou partie, à l`égard de certains biens ou de certains héritiers seulement.

Toutfois, les actes valablement accomplis soit en vertu d`un mandat des coindivisaire, soit en vertu d`une autorisation judiciaire, conservent leurs effets quelle que soit, lors de partage, l`attribution des biens qui en ont fait l`objet”.

Podría ser traducido de la forma siguiente: “Se considera que cada coheredero ha sucedido, exclusiva e inmediatamente, en todos los bienes comprendidos en su lote, o en los que le correspondan por subasta, y no ha tenido nunca la propiedad de los demás bienes de la herencia.

Lo mismo se observará respecto de los bienes que reciba por cualquier otro acto que tenga por efecto disolver la comunidad. Sería indiferente que el acto disuelva la comunidad total o parcialmente, respecto de ciertos bienes o de ciertos herederos solamente.

presumiéndose que cada coheredero ha sido propietario único de los bienes puestos en su lote desde la apertura de la sucesión, y que nunca ha tenido la propiedad de los demás efectos de la sucesión correspondientes al resto de coherederos³⁴³. Como consecuencia de ello, éstos no serán causahabientes los unos de los otros, sino que todos ellos lo serán directamente del causante. Mientras tanto, el heredero será poseedor de toda la herencia, pero *sub onere divisione*. Esto se traduce en la idea de que el gravamen impuesto por uno de los coherederos sólo prevalecerá si recae sobre el bien adjudicado al sujeto que lo creó. No siendo esto así, su lote será recibido libre de cargas.

En España, los autores que han sostenido la naturaleza declarativa de la partición se han basado en los artículos 399 y 450 C. c.³⁴⁴. Don José BELTRÁN DE HEREDIA ha manifestado que este artículo 399 actúa como prueba de los efectos declarativos de la partición, ya que el comunero puede enajenar y gravar libremente su cuota, en cuyo caso la división nada atribuirá, porque simplemente se limitará a reconocer los efectos del acto de enajenación o constitución de hipoteca³⁴⁵. Significa que los efectos de la transmisión de derechos o de la constitución de derechos reales serán anteriores a una división, que sólo declarará algo que ya existía de modo difuso.

Sin embargo, los actos válidamente realizados en virtud de un mandato de los comuneros o en virtud de una autorización judicial, conservarán sus efectos cualquiera que sea, en el momento de la partición, la adjudicación de bienes que se haga”.

³⁴³ Vid. PLANIOL, M. y RIPERT, J., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, vol. 4, Ed. Cultural, La Habana, 1933, pp. 693 y 694. Tal y como manifiesta DONDERIS-TATAY (*La Copropiedad*, Reus, Madrid, 1933, pp. 157-159), la tesis declarativa tiene un origen francés, y se fundamenta históricamente en los motivos fiscales que en la Edad Media la acompañaban, a fin de evitar una doble imposición.

³⁴⁴ Vid. ROCA SASTRE, R. M., ob. últim. cit., p. 410; y BELTRÁN DE HEREDIA, J. M., ob. cit., p. 363.

³⁴⁵ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, J. M., ob. cit., p. 364.

Por su parte, ROCA SASTRE se ha apoyado en que el artículo 450 C. c.: *“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”*, y ha mantenido que este precepto sirve de complemento al artículo 440, párrafo 1º, C. c., cuyo texto nos dice que *“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”*. De la relación existente entre ambos preceptos, el autor ha llegado a la conclusión de que el artículo 1068 C. c. reproduciría lo dispuesto por el artículo 883 Código civil francés, según el cual la partición tendría un mero carácter declarativo³⁴⁶.

De forma aislada, la STS de 8 de julio de 2000 (f. j. 2º) ha manifestado que *“es indudable (...) que la adjudicación extintiva de la comunidad de bienes no es un acto genuinamente traslativo, ya que no hay verdadera transmisión de un derecho preexistente en que una persona sucede a otra, sino que participa más bien de la naturaleza de acto declarativo de fijación, dando certeza y concreción a la situación de cada titular, siendo coherente con ese carácter declarativo de la adjudicación el art. 450 Código Civil”*.

Pese a lo expuesto, consideramos que los artículos 399 y 450 C. c. carecen de base suficiente para justificar el carácter declarativo de la partición. Razones:

³⁴⁶ vid. ROCA SASTRE, R. M., ob. últim. cit., p. 409.

1ª. El artículo 450 C. c. se refiere a la posesión *ad usucapionem* (y no a la propiedad), cuyo fin es crear una ficción jurídica que impida que el proceso adquisitivo de un bien sea interrumpido por la división³⁴⁷.

2ª. El carácter declarativo de la partición contradice la idea de una cotitularidad sobre un caudal relicto. No se atiende a la presencia de una realidad que precisamente la partición se encarga de extinguir: la relación de comunidad. Los coherederos son cotitulares de un *universum* y abogar por su inexistencia es faltar a la evidencia, ya que no estamos ante una ficción. Siendo esto así, no se puede obviar el tiempo durante el cual ha existido.

3ª. La incompatibilidad entre el Código civil y la tesis declarativa viene dada, además, por su artículo 1063³⁴⁸: si la comunidad se suprime retroactivamente, y cada coheredero se presume titular originario de los bienes a él adjudicados, tendría que ordenar restituir a cada uno los frutos producidos por los objetos que resultó luego titular con efecto retroactivo (desde el fallecimiento del causante)-, sin que tales frutos pasasen a un acervo común y fueran partibles³⁴⁹.

c) La tesis de la naturaleza declarativa de la partición ha sido matizada por la doctrina italiana³⁵⁰ con base en el artículo 757 del Código civil

³⁴⁷ Vid. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, t. IV, cit., p. 255.

³⁴⁸ Este precepto establece lo siguiente: “*Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia*”.

³⁴⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1971, p. 209.

³⁵⁰ Entre otros, MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. VII, traducción de S. Sentis Melendo, Balcarce, Buenos Aires, 1956, p. 382 ; TRABUCCHI, A., *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, traducción de la 15ª edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español por L. Martínez-Calcerrada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 467; BARASSI, L., ob. cit., p. 769;

italiano³⁵¹: la partición produce una subrogación de los bienes adjudicados en el lugar de la cuota asignada al heredero, y no una mera declaración de la propiedad exclusiva de los bienes atribuidos desde el momento de la apertura de la sucesión. Se sustituye una relación de cotitularidad por otra de titularidad singular. Por tanto, se entiende que no es necesario retrotraer los efectos de la partición al momento fundacional de la comunidad hereditaria (en orden a simular que ésta no ha existido). Tal y como ha afirmado CICU: “el heredero subentra al difunto en la titularidad de todas las relaciones jurídicas transmisibles: aplicable al caso de coherederos ello implica que, como cada uno ha subentrado en ellas por su cuota, así, formados los lotes, es decir, determinados los bienes de que se compone la cuota, cada uno resulta subentrado en las relaciones jurídicas relativas a estos bienes, y no en las relaciones jurídicas relativas a los bienes comprendidos en los otros lotes. No se borra la situación jurídica existente durante la comunidad, porque los bienes asignados sustituyen al bien cuota”³⁵².

LACRUZ se ha pronunciado por la aplicación de esta tesis a nuestro Código civil, aunque no contenga un precepto paralelo al artículo 883 del *Code*³⁵³. Para él la partición no supone la supresión de la comunidad, sino una *successio possessionis* particularmente vigorosa en la usucapión. Ahora bien, las titularidades individuales, surgidas tras la partición, no representan una mera adquisición a título particular desligada de la sucesión universal, porque los objetos atribuidos se

CICU. A., ob. últim. cit., p. 881; y PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, UTET, Torino, 1980, p. 518.

³⁵¹ Este precepto establece: “*Ogni coerede è reputato solo e immediato sucesora in tutti i beni componenti la sua quota ... e si considerare come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari*”. Traducción: “Se reputa a cada coheredero único e inmediato sucesor en todos los bienes comprendidos en su cuota, y se considera como si no hubiera tenido nunca la propiedad de los otros bienes hereditarios”.

³⁵² Vid. CICU, A., ob. últim. cit., pp. 881-882.

³⁵³ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. últim. cit., p. 206.

subrogan en la cuota que el heredero tiene sobre el caudal, en cuyo caso se entienden recibidos del causante, y por sucesión universal. Considera que la partición no declara meras titularidades individuales existentes desde el momento de la adquisición de la herencia. Por ende, la enajenación de cualquier bien será eficaz si éste es atribuido al comunero enajenante, e ineficaz, en caso contrario³⁵⁴. Todo ello explicaría lo dispuesto por el artículo 399, *in fine*, C. c. conforme al cual, “... *el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad*”.

Del análisis propuesto por el autor se deriva la idea de que el heredero recibe los bienes que pertenecieron al causante, y que, por tanto, no es un causahabiente de los demás coherederos, circunstancia esta última sostenida por quienes han participado de la tesis traslativa. Por otra parte, ofrece una explicación más realista sobre los efectos de la división de la herencia, porque acepta que ha existido una comunidad hereditaria ínterin no se haya producido aquélla.

- d) Nuestra doctrina más reciente no se ha distanciado mucho de la postura mantenida por la doctrina italiana (aplicada a nuestro Código civil por LACRUZ), ya que ha mantenido que la partición hereditaria tiene un carácter determinativo o especificativo de los derechos³⁵⁵. Se trata de una tesis, que ya fue indicada por MARTÍN LÓPEZ, quien afirmó que “la partición no da ni quita, puesto que no origina el derecho, pero tampoco lo declara; para ello sería preciso que se limitase a reconocerle sin alterarle, y su misión es bien distinta, puesto que le transforma”³⁵⁶. Vino a defender que la partición no tiene carácter traslativo porque los

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama ...*, t. II, cit. p. 846.

³⁵⁶ Vid. MARTÍN LÓPEZ, J. “*Carácter y efectos de la partición de herencia*”, RDP, 1936, p. 95.

coherederos ya han adquirido lo que pudiera corresponderles por la herencia en virtud de los artículos 657 y 1068 C. c., si bien de modo indeterminado; ni tampoco lo es de naturaleza declarativa, porque existe un cambio.

ROYO MARTÍNEZ también ha defendido esta idea al manifestar que “la partición tiene una función distributiva (...), porque convierte el derecho abstracto en la *species nova* de unos derechos concretos, o una función novatoria que trueca, por concentración o condensación, la titularidad abstracta sobre todo el *as* en titularidad concreta y exclusiva sobre ciertos bienes”³⁵⁷.

En idéntico sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia de forma mayoritaria³⁵⁸. La STS de 28 junio 1999 (f. j. 3º) resulta clara al respecto cuando declara que “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”.

Como consecuencia de asignar a la partición un carácter determinativo o especificativo, se deduce que existe una indeterminación del contenido de la cuota, constante la comunidad hereditaria. La partición originaría un cambio interno de la cuota, y

³⁵⁷ vid. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio “mortis causa”*, Edelce, Sevilla, 1951, p. 332.

³⁵⁸ Entre otras, SSST de 25 de enero de 1943 (cdo. 4º); de 12 de febrero de 1944 (cdo. 3º); de 6 de mayo de 1958 (cdos. 1º y 3º); de 11 de diciembre de 1964 (cdo. 2º); de 27 de noviembre de 1972 (cdo. 1º); de 3 de febrero de 1982 (cdo. 2º); de 21 de julio de 1986 (f. j. 2º); de 21 de mayo de 1990 (f. j. 2º); de 5 de marzo 1991 (f. j. 7º); de 30 abril de 1999 (f. j. 1º); de 28 de junio 2001 (f. j. 2º); y de 28 de mayo de 2004 (f. j. 4º).

modificaría la naturaleza de los derechos individuales, porque tras ella no se encontrarían en una situación de cotitularidad, sino de titularidad singular.

Expuestas las distintas corrientes doctrinales, nos inclinamos por aquella que ha atribuido a la partición hereditaria un carácter determinativo, porque es la que refleja de modo más oportuno la realidad. Aunque la STS 17 de abril de 1986 (f. j. 4º) ha ido más allá al tipificar el acto de dividir “como un acto de disposición a título oneroso, aunque su fin esencial no sea el de enajenar y adquirir, sino el de determinar o especificar derechos”³⁵⁹. Profundicemos sobre esta postura.

Ciertamente, parece razonable sostener que el acto divisorio (que determina el derecho del heredero) tiene una naturaleza dispositiva. El motivo para defender tal postura se descubre en el propio concepto de acto de disposición que venimos manteniendo en este trabajo: son actos de disposición todos los que implican una transmisión, modificación jurídica, alteración material o extinción de un derecho. La partición altera una realidad anterior, y aunque la posición del heredero adjudicatario es la misma que la que disfrutaba en la comunidad pretérita, se produce una novación objetiva, en orden a concretar su derecho abstracto.

El acto divisorio sería un acto de disposición patrimonial, y no un mero acto administrativo, porque modificaría el derecho asignado a cada cotitular en una comunidad, al atribuir la exclusividad de una propiedad que antes era compartida³⁶⁰. De manera gráfica se podría exponer que la división reduce el derecho de uno frente

³⁵⁹ En términos parecidos también se había expresado la STS de 9 de febrero de 1970 (cdo. 2º). También, ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 390. AGUILERA DE LA CIERVA (ob. cit., p. 298) mantiene que si en el ámbito registral los actos de división o segregación de fincas son considerados como actos dispositivos, no hay motivo que justifique otra naturaleza para el acto divisorio ante una realidad extrarregistral

³⁶⁰ Vid. MIQUEL, J. M., ob. cit., pp. 495 y 496.

al exterior, si bien elimina los límites existentes en el ámbito interno de una comunidad³⁶¹.

Por consiguiente, la partición hereditaria, en cuanto acto de disposición, serviría para determinar o especificar el derecho que *in abstracto* se atribuye al heredero con la apertura de la sucesión, con independencia de que la división fuera material o económica, porque en ambos casos la esencia del derecho se vería transformada por el acto particional³⁶². Al fin y al cabo, la división provocaría la sustitución de la cuota del coheredero por bienes concretos que actuarían como su equivalente económico³⁶³. Se generaría una adquisición *ex novo* de bienes, que tendría su causa en la partición, sin necesidad de acudir al tecnicismo de la permuta (que propugnan los defensores de la teoría traslativa), ya que el comunero recibiría algo que jurídicamente no tenía cuando existía el estado de indivisión³⁶⁴; se produciría simplemente una subrogación real³⁶⁵. Esto es, el acto divisorio conllevaría una novación con una transcendencia real, que es una característica propia de otros actos dispositivos como la enajenación, con independencia de que su función fuera la de materializar la cuota o recibir un precio en proporción a ella³⁶⁶.

Estudiada la naturaleza jurídica del acto divisorio, procede examinar a continuación qué limitaciones puede llegar a tener el ejercicio de la facultad divisoria.

³⁶¹ Vid. BARASSI, L., ob. cit., p. 767.

³⁶² Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., *Sistema...*, III, cit., p. 81. Aunque DOMENGE (ob. cit., p. 152) no ha definido la división material de la cosa como un “acto genuinamente dispositivo”.

³⁶³ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. últim. cit., p. 104.

³⁶⁴ Vid. RODRÍGUEZ DEL BARCO, J., “*Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria*”, RDP, 1973, pp. 438 y 439.

³⁶⁵ Vid. FEDELE, A., *La comunione*, v. 3º, en *Trattato di Diritto Civile*, diretto da G. Grosso y F. Santoro-Passarelli, Ed. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1967, p. 346.

³⁶⁶ De ahí que la RDGRN de 22 de mayo de 1944 afirmara que la naturaleza de la división de los bienes comunes se aproxima al acto de enajenación.

B) Límites al derecho de dividir

La STS de 31 de mayo de 1991 (f. j. 4º) señala que “la facultad de instar la división de la cosa común se presenta, en principio, (...), como un derecho casi omnímodo”. El adverbio “casi” vendría a precisar que el ejercicio del derecho a dividir tiene unos límites con el fin de mitigar el excesivo individualismo patente en nuestro Código civil en materia de comunidad de bienes al considerar que esta figura es fuente de controversias, sin tener en cuenta las posibles ventajas que su existencia puede aportar.

Tales limitaciones podrían venir dadas por la ley, o por un negocio jurídico, como veremos seguidamente.

1. La exclusión del derecho de dividir impuesta por la ley

Que el elemento corporativo prime sobre el individual en ciertas comunidades ha hecho que se preste especial atención a la exclusión de la *actio communi dividundo*. Este fenómeno se produce en comunidades que resultan incompatibles con el derecho a dividir; sobre todo si aquéllas contienen rasgos propios de una comunidad germánica, porque son éstos precisamente los que actúan como un claro exponente de la indivisibilidad, tanto material, como económica, de su objeto.

También existe un supuesto claro de exclusión directa del derecho a dividir en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal³⁶⁷. De acuerdo con esta norma, y con el artículo 396, párrafo 2º, C. c., no procederá la división sobre los elementos comunes. Su fundamento lo hallamos en la propia Exposición de Motivos de la Ley,

³⁶⁷ El artículo 4 de la Ley 49/1960, de 21 de julio de Propiedad Horizontal dispone que “La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley”.

donde se establece que “la función social que cumple esta institución” se hace congruente con el alejamiento del sistema de la comunidad de bienes del Código Civil. Quiere decir que la comunidad viene marcada por un fin de utilidad colectiva que coadyuva al disfrute de unos elementos privativos, como son los pisos y locales.

En otros casos la normativa considera que hay razones económicas o funcionales que desaconsejan la división de una cosa que es susceptible de un uso o de una explotación³⁶⁸. Esto es lo que sucede cuando la ley exige una unidad mínima de cultivo, para evitar una excesiva fragmentación de las fincas rústicas que haría difícil su explotación agrícola; o cuando obliga a conservar una parcela mínima que se adapte a lo dispuesto por un Plan de ordenación urbana, donde se determinará la extensión necesaria que aquélla ha de tener para un buen planeamiento urbanístico, en orden al volumen de edificabilidad que sobre ella ha de existir. La función social de la propiedad actuaría como un límite al derecho a dividir individual presente en una comunidad³⁶⁹.

Con un carácter más genérico, los artículos 401, párrafo 1º, y 404 C. c.³⁷⁰ abordan una indivisibilidad fundada en unas causas objetivas, donde subyace la idea de la merma sustancial que se produce en el aprovechamiento económico de la cosa tras la división³⁷¹. Ahora bien, debemos advertir que las citadas normas parecen hacer referencia a motivos distintos de indivisibilidad, lo que ha generado una polémica doctrinal y jurisprudencial en orden a su interpretación y armonización.

³⁶⁸ SSTS de 31 de mayo de 1991 (f. j. 3º), y 23 de septiembre de 1994 (f. j. 3º).

³⁶⁹ Es un motivo que, incluso, también justifica la existencia de un derecho de retracto entre propietarios de tierras colindantes (art. 1523 C. c.), aunque en este caso exista para procurar que la cabida de la finca aumente.

³⁷⁰ El artículo 401, párrafo 1º dispone que “... los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”. Por su parte, el artículo 404 establece 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”.

³⁷¹ Vid. TORRES LANA, J. A., ob. cit., p. 431.

La jurisprudencia ha sostenido que el artículo 404 C. c. se refiere a aquellos casos en los que la división resulta imposible porque afecta a la propia naturaleza, valor o función que la cosa desarrolla o, incluso, a los intereses económicos de los copartícipes³⁷². En tal caso, el juez no podrá imponer una división material de la cosa, pero sí podrá decretar una división económica, por lo que el artículo 404 tan sólo actuará como un límite para su libertad de decisión. Lo que no significa que estemos hablando de acciones distintas, porque -como ha manifestado la STS de 11 de marzo de 2004 (f. j. 1º)- “no hay tantas acciones como formas de practicar la disolución de una comunidad o copropiedad”.

Mayores problemas ha conllevado la interpretación del artículo 401, párrafo 1º, C. c. Respecto de este precepto se ha discutido si el citado artículo 404 es su complemento natural. Siendo esto así, cabría afirmar que, tanto si la división material es perjudicial como si es imposible, siempre existirá la posibilidad de pedir la disolución de la comunidad mediante adjudicación o venta³⁷³. ALBALADEJO abunda en esta idea y defiende que “no hay mayor razón para excluir la división económica en el caso del artículo 401 que en el de que la cosa sea absolutamente indivisible, y en éste no se excluye”³⁷⁴.

Sin embargo, otra corriente doctrinal, a la que nos adherimos, considera que el artículo 401, párrafo 1º, C. c. no puede quedar vacío de contenido, cosa que sucedería si el artículo 404 lo complementara, por lo que ha sostenido su carácter excepcional como ejemplo de una indivisión legal que daría lugar a una comunidad necesaria o forzosa³⁷⁵. Al respecto, la STS de 19 de junio de 2000 (f. j. 2º) ha manifestado que “a

³⁷² Entre otras, SSTS de 9 de febrero de 1983 (cdo. 3º); de 30 de junio de 1993 (f. j. 4º); de 12 de marzo de 1996 (f. j. 4º); de 11 de mayo de 1999 (f. j. 2º); y de 19 de junio de 2000 (f. j. 3º).

³⁷³ En este sentido, la STS de 28 de noviembre de 1957 (cdo. 4º); también las SSTS de 6 de junio de 1983 (cdo. 2º), de 5 de junio de 1989 (f. j. 2º), y de 3 de abril de 1995 (f. j. 5º).

³⁷⁴ Vid. ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., nota 2, p. 396. También MANRESA, J. M., *Comentarios* ..., t. III, cit., pp. 514-515

³⁷⁵ Entre otros, MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*, t. VII, Reus, Madrid, 1944, p. 683; CASADO PALLARÉS, J. M., “*La acción communi dividundo y la*

falta de convenio, el juzgador ha de examinar si la cosa es divisible o indivisible, entendiéndose que se da esta hipótesis no sólo cuando no sea divisible desde la perspectiva material (según criterios económicos y sociales), sino también cuando desmerezca mucho por la división, en cuyo supuesto se comprende la inservibilidad, de conformidad con lo establecido en los arts. 404, 406 y 1062 del Código civil, quedando excluido de tal invocación el art. 401, el cual, según la doctrina dominante, parece referirse al supuesto en que no cabe la *actio communi dividundo* porque concurren dos presupuestos: la inservibilidad para el uso a que se le destina y la imposibilidad de que pueda tener lugar la venta pública”³⁷⁶

Los argumentos en los que se apoya la indivisibilidad legal del artículo 401, párrafo 1º, C. c. son varios:

- a) El argumento histórico proveniente del Digesto (10, 3, 19, 1)³⁷⁷; también el precedente histórico del artículo 401, párrafo 1º, C. c., que se encuentra en el artículo 683 del antiguo Código civil italiano de 1865³⁷⁸,

propiedad sobre pisos y habitaciones”, RDP, 1930, p. 134; PELAYO HORE, S., “*La indivisión perpetua*”, RDP, 1942, p. 463; BRIOSO ESCOBAR, E. L., ob. cit., p. 84; GODOY DOMÍNGUEZ, L., “*La comunidad funcional*”, ADC, enero-marzo, 2002, p. 166; y MIQUEL (ob. cit., p. 469 y 471), quien considera que no hay que hablar tanto de indivisibilidad material, como jurídica, en cuanto que todo objeto es divisible físicamente, pero no toda división se puede realizar conforme a los criterios económicos y sociales. En el mismo sentido, CICU (ob. cit., p. 710).

³⁷⁶ También la STS de 10 de noviembre de 1995 (f. j. 1º)

³⁷⁷ El Digesto (10, 3, 19, 1) establece que “... *de vestibulo communi binarum aedium arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogatur, necesse habeat interclum totarum aedium pretium facere si alias aditum non habet*”. La traducción de este texto nos viene a decir que contra la voluntad de cualquiera de los dueños no debe nombrarse árbitro para la división de la cosa común respecto del vestíbulo común de dos casas, porque el que sea obligado a hacer subasta de un vestíbulo tendrá necesidad de poner a veces precio a toda la casa, si no tiene entrada por otra (versión española (versión castellana de A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Borillo, Aranzadi, Pamplona, 1968).

³⁷⁸ Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., ob. últim. cit., p. 462. Según el artículo 683 del Código civil italiano de 1865, “Non può demandarsi lo scioglimento della comunione dai comproprietari di cose che dividendosi cesserebbero di servire all’uso a cui sono destinate”. Traducción: “No puede pedirse la

y que reproduce el artículo 1112 del nuevo texto legal de 1942³⁷⁹, según el cual se prohíbe la disolución de la comunidad si la división impide el uso al que estaba destinado el objeto.

- b) Se arguye que la virtualidad del párrafo 1º del artículo 401 reside en el hecho de contener un supuesto de indivisibilidad legal, ya que parece ilógico pensar que la técnica-legislativa haya previsto los artículos 401 y 404 para regular un mismo supuesto de indivisión material.
- c) Se defiende la aplicación de una razón sistemática que obliga a realizar una interpretación conjunta con la disposición que le antecede, ya que ésta es la que proclama el derecho de división para todo comunero. El artículo 401 C. c. se sitúa tras la defensa del derecho a dividir que tiene todo comunero. Siendo esto así, el ánimo del legislador sería el de crear una excepción al derecho divisorio del artículo 400.

A raíz de lo expuesto, se podría mantener que la indivisibilidad física y/o económica contemplada por el artículo 401 C. c. debería ser aplicada en los casos en que la utilidad de una cosa es medida por su relación con otras de carácter principal. Cuando existe una vinculación objetiva que hace que tal cosa no pueda ser aprovechada por sí sola si está subordinada al servicio de otras cosas principales³⁸⁰. También estaría presente en los supuestos que la doctrina denomina como comunidad funcional, donde el modelo de comunidad se distingue por su estabilidad y

disolución de la comunidad de copropietarios de una cosa que dividida deje de servir al uso al que estaba destinada”.

³⁷⁹ Este precepto establece lo siguiente: *“Lo scioglimento della comunione non può essere chiesto quando si tratta di cose che, se divise, cesserebbero di servire all’uso a cui sono destinate”*. Traducción: “No se puede pedir la disolución de la comunidad cuando se trata de cosas que, si se dividen, dejan de servir al uso para el estaban destinadas”.

³⁸⁰ Sobre este tema, PELAYO HORE (ob. cit., pp. 458-459) expone una serie de ejemplos ilustrativos (por ej., calles comunes, aguas, etc.).

permanencia. El destino o la función de la comunidad sería el motivo determinante de la vinculación de sus miembros, lo que permitiría hablar de una indivisibilidad por destino mientras la comunidad respondiera a los fines que determinaron su nacimiento y conservación³⁸¹.

En cualquier caso, los casos de indivisibilidad legal son unas *questio facti* de la exclusiva apreciación de los Tribunales³⁸².

2. La indivisibilidad derivada de un negocio jurídico

Tras examinar algunos ejemplos de indivisibilidad impuesta por la ley, cabría sostener que nuestro ordenamiento admite que un negocio jurídico pueda ser también título suficiente para justificar la indivisibilidad del objeto de una comunidad, cuya eficacia dependerá de su naturaleza jurídica: así, una prohibición de dividir con origen en un acto jurídico a título oneroso tendría eficacia obligacional conforme a lo dispuesto por el artículo 27 L. H.; en cambio, generaría unos efectos reales si tuviera su causa en un acto jurídico a título gratuito a la luz de lo dispuesto por el artículo 26, regla 3ª del mismo cuerpo legal.

Dicho lo anterior, pasaremos ahora a ocuparnos de las prohibiciones de dividir que tienen su causa en un acto a título gratuito. Nos dedicaremos, en primer lugar, al estudio de la suspensión del ejercicio del derecho a dividir a través de una voluntad conjunta materializada en un convenio de indivisión; y, posteriormente, trataremos la prohibición de dividir impuesta unilateralmente, bien por el donante, bien por el testador.

³⁸¹ GODOY DOMÍNGUEZ (ob. cit. pp. 175-179, y 200-205) destaca como ejemplo la comunidad de garajes no sometidos al régimen de propiedad horizontal.

³⁸² SSTs de 19 de junio de 2000 (f. j. 3º); 22 de julio de 2002 (f. j. 3º); y de 14 de julio de 2003 (f. j. 2º).

a) El convenio de indivisión

El artículo 400, párrafo 2º, C. c. establece: “... *será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años.*”. Se refiere al convenio de indivisión.

La ley 374 Comp. Nav. alude al pacto de indivisión en términos de “*pacto de renuncia temporal a la acción divisoria*”. Sin embargo, tal pacto no parece sustentarse en una renuncia, en sentido técnico, del derecho a dividir, porque este derecho es irrenunciable. Esta irrenunciabilidad se fundamenta, no tanto en que el artículo 6º, 2 C. c. se ocupe de “*la renuncia a los derechos*” y el derecho a dividir sea calificado como una mera facultad y no como un verdadero derecho³⁸³, como en el carácter absoluto que se atribuye a los efectos de la renuncia, que no encaja con la eficacia temporal del pacto de indivisión. Como ha declarado ALBALADEJO, “*la renuncia temporal no es, de verdad, renuncia a la acción, sino un seguir teniéndola, pero sin usarla durante cierto tiempo*”³⁸⁴.

El pacto de indivisión no es en rigor una verdadera renuncia a la facultad de dividir. Es un acto de autonomía privada mediante el cual se quiere evitar que la ley despliegue sus efectos. Del mismo modo que el comprador no renuncia al derecho a sanear para el caso de evicción (art. 1477 C. c.), los copartícipes no renuncian a su derecho a dividir. Tan solo excluyen voluntariamente la aplicación del contenido legal dispositivo de la comunidad, que no es otro que el del artículo 400, párrafo 1º, C. c.

³⁸³ Tal y como mantiene CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz-Alabert, Edersa, Madrid, 1992, p. 755. También, la STS de 29 de diciembre de 1987 (f. j. 6º) *obiter dicta* mantiene esta línea.

³⁸⁴ Vid. ALBALADEJO, M., *ob. últim. cit.*, nota 1, p. 392; también, MORENO TRUJILLO, E., *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 96.

Tampoco deberíamos considerar al pacto de indivisión como un mero contrato *stricto sensu*, a pesar de que algunos autores así lo hayan entendido³⁸⁵, porque pienso que no tiene acogida sin más en la definición de contrato del artículo 1254 C. c., conforme al cual “*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”. Resulta más preciso calificar al acuerdo de voluntades en materia de indivisión como un negocio jurídico; una figura jurídica que ha sido definida por DE CASTRO como “*la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos*”³⁸⁶.

De este modo, el pacto de indivisión sería un negocio jurídico bilateral o plurilateral, que actuaría como cauce apropiado para conseguir un fin tutelado por nuestro ordenamiento jurídico: la indivisión. Es un pacto que requiere el concurso de todas o de algunas voluntades de los partícipes en la comunidad para conservar indivisa la cosa común. Y digo “todas o algunas”, porque el pacto podría ser celebrado por todos o por algunos de los comuneros³⁸⁷. Por consiguiente, el pacto generaría la obligación de no ejercitar la acción de división a quienes hubieran prestado su voluntad, pero no les vincularía a fin de permanecer en situación de comunidad en el caso de que alguno de los que no lo hubiera suscrito pidiera la división de la cosa común. La razón la hallamos en el hecho de que el resultado del ejercicio de la acción de división es la extinción de la comunidad, al afectar a la totalidad del objeto común, y no sólo a la parte del sujeto que ejercita la acción.

Este convenio de indivisión es fruto del encuentro de una serie de declaraciones de voluntad que no sólo ocupan una posición idéntica entre sí, sino que

³⁸⁵ Vid. MORENO TRUJILLO, E., ob. cit., p. 70; y NÚÑEZ IGLESIAS, A., *Comunidad e indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 79.

³⁸⁶ Vid. DE CASTRO, F., ob. últim. cit., p. 34.

³⁸⁷ En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos ...*, III, cit., p. 927.

además buscan un efecto jurídico común: mantener indivisa la comunidad. Dicho esto, habría que preguntarse por la causa eficiente o determinante del título que sirve de soporte a la prohibición de dividir.

El Código Civil no ofrece un criterio claro al que acogernos para, en virtud del mismo, clasificar cualquier acto jurídico como gratuito u oneroso. Tan sólo tenemos lo dispuesto por el artículo 1274 C. c., donde la causa onerosa o gratuita se fundamenta en la existencia de una atribución patrimonial propia de los contratos de cambio (*quid pro quo*) o de una donación³⁸⁸. Por este motivo, y dada la naturaleza específica del pacto de indivisión, resulta poco apropiado hablar de la causa onerosa o gratuita en los términos previstos por el citado artículo 1274, cuyo esquema tiene como destino los contratos basados en un desplazamiento patrimonial. Esta es la razón por la que el profesor DE CASTRO ha mantenido que la enumeración de causas que hace ese precepto no es exhaustiva³⁸⁹. Sin embargo, más que señalar que hay otras causas distintas de las previstas en este precepto, cabría afirmar que esta norma no ofrece un concepto de causa. Ni siquiera parece definir el concepto de gratuidad u onerosidad. Únicamente señala qué causa justifica una determinada atribución patrimonial.

A la vista de lo anterior, parece oportuno buscar un concepto de causa que nos permita hallar la causa eficiente o determinante de todo negocio jurídico; y, para ello, hemos de hacernos la siguiente pregunta: ¿para qué se realiza un determinado negocio jurídico? La respuesta encuentra dos opciones:

- a) El criterio subjetivo.- Se trata de una postura defendida por la doctrina francesa, que exige el estudio de la intención concreta e inmediata de las

³⁸⁸ Tal y como afirma ALBALADEJO (*El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 200-201), la causa que contempla el artículo 1274 C. c. es la causa de las obligaciones, aunque el Código civil se refiera a la causa del contrato. Entiende el autor que hay una inexactitud terminológica. Ahora bien, lo dicho se puede extender a cualquier atribución patrimonial.

³⁸⁹ Vid. DE CASTRO, F., ob. últim. cit., pp. 199-200.

partes para realizar un negocio jurídico³⁹⁰. Pero, el móvil subjetivo no incide en el campo de la existencia de los presupuestos esenciales de un negocio jurídico. La STS de 30 de diciembre de 1978 (cdo. 4º) lo ha manifestado de forma muy clara, al afirmar que la causa “en el sentido de «causa genérica», origen o «porqué» del acto realizado, es consustancial a todo acto jurídico, en cuanto acto jurídico, que nada tiene que ver con el significado específico de los artículos 1274 y siguientes del Código civil, que se refieren al «para qué» o finalidad objetivamente perseguida con la declaración de voluntad”.

El móvil subjetivo (denominado por DE CASTRO “causa concreta”) no actúa como causa negocial, salvo que las partes lo eleven a la categoría de requisito esencial del negocio, en cuyo caso el fin del contrato adquiriría relevancia³⁹¹. Hablaríamos entonces de motivos causalizados. Este fenómeno, empero, se distancia del concepto de causa del artículo 1274, y se acerca al concepto de causa del artículo 1275 C. c., donde la causa actúa como móvil determinante de la licitud o ilicitud del contrato, sin que sea propiamente un requisito del mismo³⁹².

- b) El criterio objetivo.- DE LOS MOZOS ha defendido la idea de que la causa sólo puede concebirse objetivamente “como una determinación exclusiva del ordenamiento jurídico, que se deduce del supuesto de hecho con una desvinculación absoluta de la intención de las partes³⁹³. ALBALADEJO ha incidido en esta idea y ha declarado que la causa es el fin típico y objetivo que se persigue con cada negocio jurídico³⁹⁴. Consiguientemente, tal y como apunta DÍEZ-PICAZO, cabe afirmar que

³⁹⁰ Vid. PLANIOL, M. y RIPERT, J., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, vol. 6, Ed. Cultural, 1940, La Habana, pp. 352-353.

³⁹¹ Vid. JORDANO BAREA, J., “Causa, motivo y fin del negocio”, ADC, 1949, p. 757.

³⁹² En este mismo sentido, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., ob. cit., pp.547-549.

³⁹³ Vid. DE LOS MOZOS, J. L., “El objeto del negocio jurídico”, RDP, 1960, p. 385.

³⁹⁴ Vid. ALBALADEJO, M., “La causa”, RDP, 1958, p. 321.

la causa es “el propósito empírico o práctico que las partes tratan de conseguir y el resultado social que pretenden instaurar, siendo la causa la que determina la validez o invalidez del negocio”³⁹⁵.

Conforme al criterio objetivo, la causa del pacto de indivisión será la razón que lo justifique, y ésta la hallaremos en el propio pacto porque va a ser causa de sí mismo. Significa que no estamos ante un negocio jurídico que se fundamente en otro que le anteceda y le sirva de soporte, sino que estamos ante un negocio jurídico que tiene su fundamento en sí mismo. La causa del pacto de indivisión estará ligada a la idea de que la vinculación de las partes obedece a la organización de unos intereses dignos de protección por el ordenamiento jurídico, y no a una decisión espontánea, motivo por el cual será necesario analizar el negocio jurídico al que se acogen para dar cauce a sus legítimas pretensiones.

Lo expuesto nos conduce a la doble valoración que DE CASTRO ha hecho de todo negocio jurídico, y que consiste en atender, primero, al tipo negocial al que las partes acuden y el ordenamiento jurídico reconoce, y después al análisis de cada negocio jurídico concreto aludiendo al resultado que con él se busca³⁹⁶. Significa que hay que armonizar el esquema del pacto de indivisión previsto en el artículo 400, párrafo 2º, C. c. con la voluntad manifiesta de los sujetos partícipes del mismo. Se trata de fundir el resultado que los copartícipes quieren conseguir con la función que desempeña el pacto de indivisión. Y es en este punto donde comprobamos que la voluntad que proyectan los copartícipes es la de conservar indiviso el objeto de la comunidad. Buscan un resultado tutelado por el ordenamiento jurídico a través del convenio de indivisión, y acuden a esta figura porque persiguen este fin y no otro.

³⁹⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos ...*, I, cit., p. 236. BETTI (ob. cit., pp. 52 y 141) ha defendido la idea de que la causa de todo negocio jurídico es su función económico-social. Aunque DE LA CÁMARA (“*Meditaciones sobre la causa*”, RCDI, 1978, p. 655) ha matizado que tal función no es tanto su causa como la razón en virtud de la cual el ordenamiento jurídico sanciona los diversos contratos que conoce y les atribuye unos efectos jurídicos.

³⁹⁶ Vid. DE CASTRO, F., ob. últim. cit., pp. 191 y 192.

Llegados a este punto, constatamos que el pacto de indivisión, como convención jurídicamente justificada por no ser un *negotium contra legem* que quede fuera de los límites de la autonomía privada, tiene su causa (*id propter quod aliquid fit*) en el ánimo de mantener la cosa indivisa presente en cada una de las declaraciones de voluntad de los copartícipes³⁹⁷. Consiguientemente, su causa no puede ser definida en los términos del artículo 1274 C. c., ya que no existe ningún intercambio patrimonial. Pero ello no va a impedir que el pacto de indivisión pueda ser catalogado como acto a título gratuito a los efectos del artículo 26, regla 3ª L. H., puesto que la onerosidad o gratuidad de un acto no siempre ha de ser medida en términos estrictamente económicos, sino que a veces pueden ser utilizados otros parámetros³⁹⁸. En consecuencia, cabría afirmar la naturaleza gratuita del pacto de indivisión. Razones:

- a) En el pacto de indivisión falta el riesgo propio de los negocios jurídicos onerosos, y existe una intención de generar ventajas a los demás (la comunidad), que se identifica más con los negocios jurídicos a título gratuito, que con aquellos otros que son onerosos.

- b) En relación con lo anterior, hay que entender que en el convenio de indivisión los copartícipes se hacen recíprocas concesiones de una naturaleza idéntica entre sí. Por tanto, la relación de causalidad existente entre las obligaciones de los copartícipes se funda en un interés común, y no en unos intereses contrapuestos, puesto que se busca potenciar el valor económico y social del derecho que se comparte. Y si entendemos que la gratuidad da cobijo al interés supraindividual, basado en un interés o destino común, en la utilidad recíproca o en la mutua conveniencia, mientras que la

³⁹⁷ Algún autor (NÚÑEZ IGLESIAS, A., ob. cit., p. 79) se refiere al destino dado a la cosa común como causa del pacto, aunque, a nuestro entender, creemos que no hay que confundir la causa del título con los motivos justos de la prohibición de dividir.

³⁹⁸ Vid. PORRAS IBÁÑEZ, P., “*El negocio jurídico y su causa*”, RDP, 1973, p. 633.

onerosidad refleja una contraposición de intereses donde prima siempre el interés individual, el pacto de indivisión tendría carácter gratuito.

- c) Que la ventaja de la indivisión repercuta finalmente en cada uno de los copartícipes no justifica el carácter oneroso del pacto, porque este beneficio sólo se va a materializar de forma particular cuando se proceda a la partición. Mientras tanto, el sujeto tendrá una cuota abstracta que actuará como un valor que condicionará su relación con el derecho compartido, a los efectos de su administración y disposición. Los beneficios de la indivisión repercutirán en la propia comunidad y, por tanto, no en los copartícipes de forma individual. Sólo se proyectará el interés individual con el acto jurídico de la partición, con el que se buscará su propio beneficio al convertir lo abstracto en un *certum*.
- d) Finalmente, la firmeza de las relaciones jurídicas donde está presente una causa onerosa choca con la fragilidad de aquellas otras con causa gratuita, que obedecen a una *minor causa*³⁹⁹. Ello se traduce en la idea de la relatividad de los actos a título gratuito cuando se enfrentan a los derechos de otros sujetos (por ejemplo, los acreedores o los legitimarios). Esto es lo que sucede con los efectos del pacto de indivisión.

A la vista de lo anterior, parece oportuno defender la idea de que el convenio de indivisión queda bajo el paraguas de lo dispuesto por la regla 3ª del artículo 26 L. H., como un tipo de restricción a esa manifestación del poder de disposición que es la facultad divisoria. Su acceso al Registro de la Propiedad vendría reconocido por este precepto, y por el último párrafo del número 2º del artículo 209 R. H. de modo indirecto, al señalar que “*No se cancelará por caducidad esta anotación preventiva cuando conste en el Registro el acuerdo de indivisión o la prohibición de división a que se refieren los artículos 400 , párrafo segundo, y 1051 del Código civil ...*”.

³⁹⁹ DE CASTRO, F., ob. últim. cit., pp. 167-168.

La constancia registral del convenio de indivisión servirá para constatar que éste tiene una posición análoga a la que se asigna a una disposición testamentaria, que exige que la herencia permanezca indivisa (art. 1051 C. c.). El carácter gratuito sería un rasgo común de ambos negocios jurídicos. La diferencia estribaría en su estructura: del convenio se deriva siempre una indivisión acordada, mientras que de la disposición testamentaria surge una restricción impuesta de modo unilateralmente. Precisamente, este último supuesto es el que vamos a pasar a analizar a continuación.

b) La indivisibilidad impuesta unilateralmente

A la luz de lo dispuesto por el artículo 26, regla 3ª L. H. el testador o el donante podría imponer una prohibición de dividir a los partícipes de una comunidad a través del testamento, o de una donación respectivamente.

En el caso de que el disponente fuera un testador cabría destacar como supuesto más relevante aquel en que la carga de la prohibición testamentaria de dividir tiene por objeto una comunidad hereditaria, situación prevista por el artículo 1051, párrafo 1º, C. c., donde expresamente se establece que *“Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división”*. Podemos hablar en este caso de una suspensión del ejercicio de la *actio familiae erciscundae*.

Si el que determina la prohibición de dividir es un donante, lo que se suspendería sería el ejercicio de la *actio communi dividundo* prevista en el artículo 400, párrafo 1º, C. c. para los sujetos partícipes de una comunidad. Se trataría de una comunidad surgida a raíz de la donación, que tiene su reconocimiento en la primera parte del artículo 637, párrafo 1º, C. c., según el cual *“Cuando la donación hubiere*

sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales ...". La donación serviría como título de atribución de los bienes, mientras que la comunidad sería el resultado *ex lege* de una atribución conjunta.

Tanto en un caso como en otro hay que resaltar que estamos ante una prohibición de dividir impuesta unilateralmente, que deberá cumplir los requisitos de validez exigibles a cualquier prohibición voluntaria de disponer, y que gozará de la publicidad registral prevista en la regla 3ª del artículo 26 L. H. como restricción a una de las manifestaciones de la facultad dispositiva, y no como mero acto de trascendencia real que modifica alguna de las facultades de la propiedad sobre bienes inmuebles en virtud de lo dispuesto por los artículos 2, 2º L. H. y 7 R. H.⁴⁰⁰.

Por ser una imposición unilateral testamentaria, o venir dada en virtud de un contrato de donación, su eficacia dependerá finalmente de la aceptación de la herencia por parte de los llamados a ella, o de la aceptación del sujeto "llamado a la donación" para convertirse en donatario. Queremos precisar con esto que, tanto el heredero como el donatario, se convertirían en sujetos gravados por la indivisibilidad tan sólo en el caso de que aceptasen la disposición hecha en su favor.

Pasemos a ocuparnos –ahora con mayor profundidad- de la prohibición de dividir la herencia, y, de forma más concreta y especial, de la indivisibilidad impuesta unilateralmente por el testador conforme a lo previsto por el artículo 1051 C. c.

⁴⁰⁰ El artículo 2, 2º L. H. dispone que *"En los Registros ... se inscribirán: 2º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales"*. Por su parte, el artículo 7 R. H. establece que *"Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique, o extinga el dominio o los derechos reales ..., sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o 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 inherentes a derechos reales"*.

CAPÍTULO CUARTO

LA PROHIBICIÓN DE DIVIDIR LA HERENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL

I. LA DIVISIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

A) Noción y naturaleza jurídica de la partición hereditaria

El derecho a la partición hereditaria (que tiene su origen en la *actio familiae erciscundae* romana⁴⁰¹) está reconocido por el artículo 1051, párrafo 1º, C. c., según el cual “Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia ...”; así como por el párrafo 1º del artículo 1052 de este mismo cuerpo legal, donde se establece que “Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia”⁴⁰².

⁴⁰¹ El Digesto (10, 2, 1, 1) se expresaba en estos términos: “*Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum; namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur*”. Este texto podría ser traducido de la siguiente manera: “Proviene esta acción de la ley de las Doce Tablas; porque queriendo los coherederos separarse de la comunidad, parecía necesario que se estableciera alguna acción, por la cual se distribuyeran entre ellos los bienes de la herencia” (versión castellana de A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Borillo, Aranzadi, Pamplona, 1968). Todo ello era una plasmación del principio previsto en el Código (3, 37, 5) donde se manifestaba “*In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri ...*”.

⁴⁰² La Partida 6ª (15, 2, 1) permitía 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”. Esto actuaba como expresión de lo dispuesto por la Partida 5ª (10, 11), según la cual “Buena es la compañía entre los omes, mientras cada uno de los compañeros han voluntad de fincar en ella. Mas quando alguno de los compañeros non se pagasse della, puedela desamparar si quisieren, diciendo así a sus compañeros: fasta agora me pague de auer compañía con vusco, mas de aquí adelante non quiero ser vuestro compañero; e non le pueden embargar los otros, que non lo faga. Pero si este tal se partiesse dela compañía, ante que sea acabado el fecho sobre que la fizieron, o ante que sea acabado el tiempo en que avia que durar, entonces tenudo sería de pechar a los otros compañeros todo el daño, e el menoscabo que las viniessen por esta razon. Fuera ende, si quando firmaron la compañía, fizieron pleyto entre sí, que el que se non pagasse della que la pudiesse desamparar, cada que quisiesse, ante del tiempo sobredicho o después”.

Con tales términos, nuestro legislador ha atribuido formalmente un derecho a solicitar la división de la herencia a los coherederos, pero sin proporcionar una regulación sustantiva del mismo. Tan sólo se han contemplado sus efectos en el artículo 1068 C. c.: *“La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”*. Por ello, ha sido la jurisprudencia la encargada de elaborar un concepto que defina el acto de partición hereditaria.

Sobre esta cuestión, la STS de 29 de diciembre de 1988 ha manifestado 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”. Más precisa resulta la declaración del Tribunal Supremo en la Sentencia 28 de mayo de 2004 (f. j. 4º): la ha definido como “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”. Ahora bien, lo expuesto por este Alto Tribunal requiere ser matizado en dos aspectos:

- a) La partición hereditaria está ligada a la idea de la disolución de la comunidad hereditaria. Por este motivo no hay que confundir este acto con el que provoca una mera transformación en el objeto de dicha comunidad. Precisamente esto lo que sucede cuando se produce la enajenación de la herencia. La STS de 6 de febrero de 1984 (cdo. 2º) lo ha expresado de forma muy atinada, al sostener que la venta “por sí no extingue la comunidad (...) pues permanece sobre la contraprestación a causa del

El artículo 893 del Proyecto de Código civil de 1851 se hace eco de tales antecedentes históricos, y prevé que *“Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes puede pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia”*. Este mismo texto, con ciertos matices derivados de su redacción, será el que finalmente resulte incorporado al artículo 1052 C. c.

principio básico de subrogación real”. Ello significa que la comunidad sólo se extinguirá por partición hereditaria cuando se proceda al reparto del dinero obtenido con la venta de la herencia.

- b) Asimismo, no todo acto de adjudicación de bienes o derechos tiene su causa en el acto divisorio que pone fin a la comunidad hereditaria, porque, en algunos casos, tales actos forman parte del proceso de liquidación. Ejemplo de ello sería el acto de adjudicación de un legado (arts. 881⁴⁰³ y 885⁴⁰⁴ C. c.).

Del mismo modo, la adjudicación de bienes a un acreedor hereditario en pago de una deuda no sería tampoco fruto de un acto de división, en cuanto que aquélla sería considerada como un pago de lo debido (o como un subrogado en el cumplimiento), pero en ningún caso podría ser catalogado como un acto divisorio. Tal acto de adjudicación sería un acto de disposición con el que se pretendería extinguir una deuda.

A la vista de lo anterior, la *actio familiae erciscundae* debería ser considerada como un acto de disposición patrimonial que extinguirá la comunidad hereditaria mediante el reparto entre sus partícipes de los bienes y derechos adquiridos en común del causante (huelga hablar de partición hereditaria cuando existe un único heredero). Responderá, por ende, al mismo interés que la *actio communi dividundo* del artículo 400 C. c.: permitir al comunero poner fin al estado de comunidad.

⁴⁰³ Dispone que “*El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador ...*”.

⁴⁰⁴ Establece que “*El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero ...*”.

Desde esta perspectiva la doctrina se ha preguntado si la partición hereditaria tiene naturaleza real, personal o mixta.

Quienes han defendido el carácter mixto de la acción divisoria se han basado en la dificultad de encuadrarla dentro de la categoría de las acciones personales o de las acciones reales, puesto que conviven en aquélla elementos reales (por tener su razón de ser en la cosa) y personales (porque compete a un comunero frente al resto)⁴⁰⁵. Se trata de una postura doctrinal que tiene su origen en el Derecho romano, donde la *actio familiae erciscundae* era calificada como una acción mixta porque servía para concretar determinados bienes en favor de ciertas personas, y porque además permitía exigir responsabilidades de unos frente a otros⁴⁰⁶.

Sin embargo, la STS de 2 de julio de 1941 (cdo. 2º) ya calificó el concepto de acción mixta como “técnicamente artificioso”, pues consideró que ésta en sí no es un ente procesal, sino el resultado de una acumulación de acciones, motivo por el cual ese planteamiento no parece apropiado para definir la naturaleza jurídica de la partición hereditaria.

Resulta más oportuno atribuir a la partición una naturaleza real. La STS de 2 de julio de 1994 (f. j. 2º) así lo ha sostenido, cuando declara que, en una comunidad, “si se está pretendiendo su división y la consecuente adjudicación a cada comunero de lo que resulte corresponderle”, esto “es propio de la «actio communi dividundo» de naturaleza real. MIQUEL se ha inclinado por esta posición: ha considerado que la pretensión de la división es de carácter real, aunque se deje abierta la puerta a pretensiones obligacionales referidas a gastos y posibles daños⁴⁰⁷. También lo

⁴⁰⁵ Vid. MUÑOZ XANCO, J., “Naturaleza y clase de la *actio communi dividundo*”, RCDI, 1985, p. 1242. BELTRÁN DE HEREDIA (ob. cit., p. 335) defendió la naturaleza mixta de la acción de división desde el punto de vista procesal.

⁴⁰⁶ Vid. TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Edisofer, Zaragoza, 2002, p. 614.

⁴⁰⁷ Vid. MIQUEL, J. M., ob. cit. pp. 440-441.

creemos así por estimar que el principal interés que subyace en toda partición hereditaria tiene una dimensión objetiva desde el momento en que ésta conduce a la concreción de una cuota abstracta existente sobre una comunidad.

Conviene ahora valorar cuáles son los rasgos más relevantes del derecho que permite requerir la división hereditaria.

B) Caracteres del derecho a solicitar la partición hereditaria

La partición hereditaria es el resultado del ejercicio del derecho a dividir previsto en los artículos 1051 y 1052 C. c. Este derecho se identifica con los siguientes caracteres:

- a) La jurisprudencia mayoritaria defiende el carácter absoluto de la división, porque la concibe como un derecho indiscutible e incondicional para cualquier comunero⁴⁰⁸. Este carácter absoluto tiene su razón de ser en que la comunidad hereditaria nace con vocación de transitoriedad; y ello es debido no tanto a que la existencia de la comunidad sea considerada como una situación desventajosa para los coherederos, como a la primacía del espíritu individualista que preside nuestro Código civil, el cual mira con recelo una comunidad con una duración indefinida. Ello hace que todo coheredero pueda promover la división de la herencia en cualquier tiempo.

No obstante, este carácter absoluto del derecho a solicitar la división de la herencia presenta excepciones, ya que su ejercicio también

⁴⁰⁸ Entre otras, las SSTs de 28 de noviembre de 1957 (cdo. 1º); de 31 de diciembre de 1985 (f. j. 6º), de 9 de octubre de 1986 (f. j. 1º); de 21 de marzo de 1988 (f. j. 2º); de 5 de junio de 1989 (f. j. 2º); de 6 de junio de 1997 (f. j. 2º); de 8 de marzo de 1999 (f. j. 1º); y de 28 de marzo de 2003 (f. j. 1º).

puede ser suspendido temporalmente. Esto es lo que sucede cuando prima el pacto de indivisión entre los coherederos (art. 400, párrafo 2º, C. c.⁴⁰⁹), o cuando prevalece la voluntad unilateral del causante para mantener indivisa la herencia (art. 1051, párrafo 1º, C. c.⁴¹⁰).

- b) También ha sostenido la jurisprudencia que la facultad divisoria tiene un carácter irrenunciable⁴¹¹. La STS de 28 de noviembre de 1957 (cdo. 1º) ha defendido el carácter irrenunciable de la acción de división “por estimarse de orden público”. Pero debemos advertir que carece de sentido referirse a la renuncia a la facultad divisoria porque ésta no goza de una sustantividad propia. Digamos que no se renuncia a una facultad; se renuncia al interés o derecho subjetivo que la sustenta. Por tanto, la facultad divisoria existirá mientras persista un estado de comunidad sobre un derecho. Tan sólo si se renunciara al derecho que contiene esta facultad divisoria, se abdicaría del ejercicio de esta facultad. Mientras no sea así, se podrá hacer valer o no la facultad divisoria, pero no se podrá renunciar a ella.
- c) La acción de división es imprescriptible, porque el artículo 1965 C. c. lo determina tal cual⁴¹². Esto se traduce en la idea de que estará presente mientras subsista la comunidad.

La STS de 28 de noviembre de 1957 (cdo. 1º) ha manifestado que la acción de indivisión es imprescriptible “porque se trata de una facultad, y para ella vale el principio *in facultativis non datur praescriptio* (...)”. De este modo, se evita que los coherederos estén obligados a

⁴⁰⁹ Establece que “... será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado ...”.

⁴¹⁰ Determina que “Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división”.

⁴¹¹ Vid. *supra*, nota 408.

⁴¹² Dispone que “No prescribe entre coherederos ... la acción para pedir la partición de la herencia...”.

permanecer en una situación de comunidad con carácter indefinido, cosa que iría en contra de la propia esencia transitoria de aquélla.

- d) Finalmente, cabría preguntarse si el ejercicio de la acción de división ha de apoyarse en la *bona fides*, tal y como se exigía a la *actio familiae erciscundae* en el Derecho justiniano⁴¹³. Por lo que atañe a nuestro Derecho, la ley 374, párrafo 1º, Comp. Nav. expone que “... cuando se solicite la división contra la buena fe que se debe al acuerdo comunitario ..., habrá obligación de indemnizar el daño causado”. Por el contrario, nuestro Código civil mantiene silencio al respecto, si bien esta exigencia podría ser deducida de la aplicación del artículo 7, 1 C. c., según el cual “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Más allá de lo dispuesto por el artículo 7, 1 C. c., DÍEZ-PICAZO ha defendido la aplicación analógica del párrafo 2º del artículo 1705 de este mismo cuerpo legal, relativo a la sociedad civil, donde, al referirse a su disolución mediante la voluntad unilateral de cualquiera de los socios, se establece lo siguiente: “Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe...”⁴¹⁴. Sin embargo, aunque hay que tener presente lo dispuesto por el citado precepto, su aplicación no debería fundamentarse en el argumento de la analogía, porque el propio artículo 1051, párrafo 2º, C. c. ya lo trae a colación cuando establece que “... la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad”. En este caso, no existe una falta de previsión o una insuficiencia de la norma que justifique la analogía, ya que el contenido del artículo 1705 C. c. versa sobre una de las causas de disolución de la

⁴¹³ El Digesto (10, 3, 4, 2) estableció que “*Hoc iudicium bonae fidei est*”; es decir, esta acción es de buena fe; y el Digesto (10, 3, 14, 1) determinó que “*quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividundo*”; lo que viene a decir que el juicio de división de cosa común es un juicio de buena fe.

⁴¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos ...*, III, cit., p. 927.

sociedad civil a las que expresamente se remite el artículo 1051 C. c., que es la norma que atribuye el derecho a solicitar dividir a la herencia a los coherederos⁴¹⁵.

En consecuencia, el requisito de la buena fe sería necesario, a fin de evitar que su ausencia en el ejercicio de la facultad divisoria pudiera provocar a los demás comuneros una serie de perjuicios muy graves⁴¹⁶. Mas habrán de ser los Tribunales los encargados de valorar cuándo existe mala fe en el ejercicio de dicha facultad. Al respecto, la STS de 9 de octubre de 1986 (f. j. 1º) ha manifestado que tiene que apreciarse la “intención de perjudicar o la falta de una finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado”⁴¹⁷.

Sobre esta cuestión, la STS de 27 de diciembre de 1994 (f. j. 2º), al resolver un caso en que la demandante quería conservar su cuota indivisa porque la otra parte le obligaba a negociar en términos que perjudicaban sus intereses, ha formulado también la siguiente declaración: “No (...) cabe intentar protegerse con el artículo 7 del Código civil cuando las negociaciones económicas entre las partes no han llegado a buen fin. Sea la comunidad una situación deliberadamente buscada o de constitución forzosa, es claro que a ningún comunero se le puede negar el ejercicio de la

⁴¹⁵ Por los mismos motivos, realizamos también la misma crítica a ABELLÁ RUBIO (*La división de la cosa común en el Código civil*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 199), quien ha reclamado la aplicación analógica del artículo 1707 C. c. para exigir que el ejercicio del derecho a dividir se haga conforme a una justa causa.

⁴¹⁶ vid. BRIOSO ESCOBAR, E., ob. cit., pp. 70-71.

⁴¹⁷ Por este motivo la STS de 28 de noviembre de 1992 (f. j. 2º) desestimó un recurso que se basaba en que la pretensión de vender en pública subasta era abusiva como forma de dividir. En el mismo sentido, la STS de 6 de junio de 1997 (f. j. 2º y 3º) consideró que no existía mala fe ni abuso de derecho en el ejercicio de la acción divisoria porque no se perjudicaban los intereses de terceros.

facultad de pedir la disolución de la misma porque va a mejorar su posición económica”⁴¹⁸.

En cualquier caso, una resolución judicial nunca podrá impedir de modo definitivo el ejercicio de la facultad divisoria reconocida por nuestro ordenamiento jurídico alegando que existe mala fe. Tan sólo podrá suspenderla (lo que lleva aparejado un problema derivado de la duración que tal suspensión debe tener⁴¹⁹), o excluir el tipo de división pretendida⁴²⁰.

C) Objeto de la partición hereditaria y sujetos legitimados para su ejercicio

Por lo que respecta al objeto de la partición, cabe afirmar que será el activo hereditario. Como indica ALBALADEJO, la división no recae sobre el pasivo de la herencia, ya que en realidad el objeto de la comunidad hereditaria en sentido estricto es sólo el activo de la herencia⁴²¹. La razón no es otra que el hecho de que las deudas y cargas de la herencia (que forman el pasivo de ésta) pesan sólo sobre los herederos. Son éstos los que se convierten en deudores y en sujetos obligados con respecto a las

⁴¹⁸ No obstante, NÚÑEZ IGLESIAS (ob cit., p. 59) cree que existe una actuación dolosa cuando el comunero quiere la división material de una cosa, y se opone a la enajenación de su cuota. Sin embargo, tal afirmación resulta aventurada, porque puede que quiera la adjudicación material de una parte de la herencia, y no el equivalente de su cuota.

⁴¹⁹ Para solucionar esta cuestión, algún autor (CRESPO ALLÚE, F., ob. cit., pp. 96-97) ha planteado que lo que hace la resolución judicial es desestimar la demanda divisoria, sin perjuicio de que el actor puede ejercitar su acción de división en cualquier otro momento debido al carácter imprescriptible de la misma. Sin embargo, esta idea nos conduce a la afirmación de que en realidad no se suspende la división, sino que se excluye la división en el momento en que se interpone la demanda

⁴²⁰ MIQUEL (ob. cit., p. 459) añade que el ejercicio de la facultad divisoria podría conllevar la obligación de indemnizar que establece la ley 374 Comp. Nav., aunque reconoce también que en este caso cabría aplicar el aforismo *qui iure suo utitur neminem laedit*, lo que significaría que en principio no hay que indemnizar por los daños causados en el ejercicio lícito de un derecho.

⁴²¹ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho ...*, V, cit., p. 292.

cargas impuestas por el causante, y no necesariamente todos los que participan de la comunidad hereditaria, puesto que no todos los copartícipes son herederos, tal y como sucede con el legatario de parte alicuota.

Otra cosa es que haya de realizarse la liquidación del pasivo para hallar el activo neto a través de una serie de operaciones contables, a fin de pagar las deudas y cargas hereditarias con los bienes del activo hereditario. Pero, en esencia, la liquidación no forma parte del proceso de partición hereditaria.

Sobre la determinación de los sujetos legitimados para solicitar el derecho a dividir la herencia conviene primero realizar un par de precisiones:

- a) Están legitimadas para promover la partición hereditaria sólo aquellas personas a las que se les atribuye la facultad divisoria, y no aquellas otras a las que simplemente se les permite distribuir los bienes hereditarios (por ejemplo, el contador partidor)⁴²².

- b) Sólo hablamos de la división de la herencia en sentido propio cuando se ha constituido una comunidad hereditaria. Por ello cuando el artículo 1056, párrafo 1º, C. c. dispone que si “... *el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella ...*”, sólo quiere expresar que el causante puede distribuir los bienes que satisfagan las cuotas que previamente haya fijado, lo que evitará que surja una comunidad hereditaria⁴²³.

⁴²² vid. CAPILLA, F., LÓPEZ, A. M., ROCA, E., VALPUESTA, M. R. y MONTÉS, V. L., *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 605.

⁴²³ Ya se manifestó el Digesto (10, 2, 25, 1) así: “*Si miles alium castrensium, alium ceterarum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae iudicio; divisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium.*”. Esto es, “Si un soldado ha instituido a uno heredero de los bienes castrenses y a

Lo mismo se aplica en relación con la distribución a realizar por el contador-partidor nombrado por el testador a través de un acto *inter vivos* o *mortis causa* (arg. ex art. 1057, párrafo 1º, C. c.)⁴²⁴. Aquella es fruto de la delegación de una facultad que corresponde al causante, y que permite al contador-partidor realizar una distribución de los bienes hereditarios *post mortem*, conforme a las cuotas dispuestas por aquél , y con la misma eficacia que gozaría la partición si hubiera sido realizada por el propio testador⁴²⁵.

Expuesto lo anterior, pasamos ahora a indicar qué personas pueden promover la partición hereditaria:

- a) Los coherederos.- El artículo 1052, párrafo 1º, C. c. establece de una manera clara que *“Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia”*. De tales términos se pueden extraer dos presupuestos: a) el

otro de los demás, no tiene lugar la acción de partición de herencia, porque por las constituciones imperiales está dividido entre ellos el patrimonio” (versión castellana de A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Borillo, Aranzadi, Pamplona, 1968).

⁴²⁴ Dispone que *«El testador podrá encomendar por acto” inter vivos” o “mortis causa” para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos»*.

⁴²⁵ Como ha estimado CICU (ob. cit., p. 832), en la división debe existir “un nexo tal en las asignaciones que formen en su conjunto una distribución, capaz de constituir un solo negocio, y no una pluralidad de legados aislados”. Consiguientemente, cuando se reparte un todo, no existen “atribuciones desligadas porque están conexas en virtud de su relación con el todo; son, en otras palabras, atribuciones en función de las cuotas”.

sujeto ha de tener la cualidad de heredero; y b) el sujeto ha de formar parte de una comunidad hereditaria para adquirir la categoría de “coheredero”⁴²⁶.

- b) El legatario de parte alícuota.- El artículo 782 L. E. C. dispone que *“Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia ...”*. La razón por la cual el legatario de parte alícuota puede solicitar la división de la herencia no es otra que la de tratarse de un sujeto que participa de la comunidad hereditaria, motivo por el cual cabría realizar una interpretación correctora de los artículos 1051 y 1052 C. c., en orden a entender que está legitimado quien forma parte de la comunidad hereditaria, aunque no sea coheredero⁴²⁷.
- c) El legitimario.- No tiene derecho a promover la partición de la herencia -en cuanto tal-. Sólo podrá hacerlo en los casos en que haya sido llamado como heredero o como legatario de parte alícuota, pero siempre porque reúna una de estas condiciones, pero en ningún caso por ser legitimario a secas. La condición de legitimario no será suficiente por sí sola para poder reclamar la partición de la herencia. A lo que sí tendrá derecho es a recibir su legítima. Por eso -falsamente- se les ha denominado legatarios legales⁴²⁸.

⁴²⁶ Podemos tener en cuenta el artículo 1055 C. c.: *“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”*.

⁴²⁷ La ley 337 Comp. Nav. resulta ser más explícita al manifestar que *“A los efectos de la partición, el legatario de parte alícuota se considerará como heredero”*. O el artículo 50, 1 L. S. Arag., donde se establece que *“Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad”*.

⁴²⁸ Si el testador se limita a dejar al heredero forzoso lo que por legítima le corresponde, tendrá derecho a pedir la división del caudal relicto en tanto sea considerado como un legatario parciario. Le corresponderá una cuota del activo neto hallado tras la detracción del pasivo hereditario para el cálculo de la legítima. Será cotitular del activo hereditario aunque el importe efectivo de su participación permanezca cuantitativamente indeterminado hasta la liquidación de la herencia. Sobre ello la STS de 8

DE LA CÁMARA ha mantenido que si el legitimario es llamado como legatario a una herencia –o incluso como donatario- tendrá interés en que las operaciones de valoración de los bienes hereditarios (que son operaciones particionales) sean realizadas para saber si tiene que ejercitar o no la acción de suplemento de la legítima o pedir la reducción de liberalidades inoficiosas⁴²⁹. Pero una cosa es la partición hereditaria del caudal relicto, y otra el cálculo de las legítimas. El legitimario tan sólo comprobará si la adjudicación de un legado en cosa cierta salva ampliamente su cuota, o si un legado de cantidad le ha sido satisfecho o garantizado su pago. Por consiguiente, este legitimario tan sólo tendrá derecho a intervenir en las operaciones particionales conducentes a la determinación del caudal líquido, en cuanto sujeto interesado que es, y a la defensa de la legítima, en los términos del artículo 815 C. c.⁴³⁰.

- d) El cónyuge supérstite.- El artículo 1038 de la L. E. C. de 1881 legitimaba al cónyuge sobreviviente para promover el juicio de testamentaria con independencia de que se le reconociera o no la condición de heredero, pero el artículo 782 de la LEC actual guarda silencio sobre este particular.

No obstante, el artículo 783, 2 L. E. C. lo tiene presente en el momento de la designación del contador que ha de practicar las operaciones divisorias del caudal, y del nombramiento del perito o peritos que han de valorar los bienes, pues establece que “... *a la vista de la*

de mayo de 1989 (f. j. 5º) ha manifestado que “se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que han de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos (...)”.

⁴²⁹ Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Comentarios al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2476.

⁴³⁰ Dispone que “*El heredero forzoso ... podrá pedir el complemento de la misma*”.

solicitud de división judicial de la herencia se mandará convocar a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente ...”. También se hace referencia al cónyuge supérstite en el artículo 793, 3, 2º L. E. C., conforme al cual éste deberá ser citado para la formación del inventario; así como en el artículo 795, 2º de este mismo cuerpo legal, donde se indica que “*Se nombrará administrador al viudo o viuda y, en su defecto, al heredero o legatario de parte alícuota ...*”.

Lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil nos da a entender que el cónyuge sobreviviente está presente en las operaciones particionales de la herencia del mismo modo que lo está el coheredero y el legatario de parte alícuota. Algún autor, con base en esta premisa, se ha pronunciado por la idea de atribuirle la facultad divisoria⁴³¹. Sin embargo, participo de la postura en su momento apuntada MANRESA, quien precisó que el consorte tiene derecho a reclamar la liquidación de la sociedad conyugal y la división de bienes por muerte de su consorte, pero sin que ello implique afirmar que tiene una acción para pedir la partición hereditaria, sino que más bien se le atribuye una acción distinta que tiene los mismos efectos⁴³². Al fin y al cabo el cónyuge supérstite es un heredero forzoso que no tiene la condición de partícipe de la comunidad hereditaria, porque la naturaleza de su legítima así lo impide. Que reciba su porción hereditaria en concepto de usufructo ha hecho que la mayoría de la doctrina haya descartado que pueda ser considerado como un coheredero, por no ser titular dominical de una cuota del as hereditario⁴³³. Por consiguiente, más bien tendrá una acción que le permitirá hacer efectiva su

⁴³¹ Vid. SANTOS BRIZ, J., *Tratado de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 82.

⁴³² Vid. MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, t. VII, Reus, Madrid, 1914, p. 677.

⁴³³ Entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Apuntes de Derecho Sucesorio (posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)*, ADC, 1951, nota 80, pp. 442-443; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema ...*, IV, cit., p. 423; y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, V., cit, p. 373.

cuota sin que aquélla pueda ser caracterizada como una *actio familiae erciscundae*⁴³⁴.

- e) El cesionario del heredero o del legatario parciario.- El hecho de que no exista una referencia expresa a la legitimación del cesionario en el Código civil ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil ha dado lugar a que la doctrina discuta sobre si se le atribuye o no la facultad divisoria; sobre todo, si tenemos en cuenta que no se transmite la cualidad de heredero, tal y como se deduce del artículo 1531 C. c., según el cual “*El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero*”.

Que el cesionario no se convierta en heredero ha conducido a parte de la doctrina a considerar que los efectos de la cesión son puramente obligacionales, en cuyo caso el cesionario tan sólo habría adquirido un mero derecho de crédito frente al cedente. En esta línea, DE LA CÁMARA ha negado que el cesionario pueda pedir la partición de la herencia, motivo por el cual se estaría limitando sus facultades a lo que estrictamente determina el artículo 403 C. c., donde se dispone que “*Los ... cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso*”⁴³⁵. Dicho de otro modo, el cesionario sólo tendría derecho a intervenir y controlar la partición, porque

⁴³⁴ Sostiene la STS de 24 de enero de 1963 (cdo. 3º y 6º), en relación con el cónyuge viudo, que el heredero se diferencia del sucesor usufructuario en que “la posesión que es lo que realmente integra el derecho de usufructo pasa directamente al heredero (...) que por analogía con lo dispuesto para los legados (...) debe entregarla al usufructuario, que no puede entrar en su disfrute por actos de su propia autoridad, aunque esté facultado para reclamarla, con lo que su adquisición no se verifica de forma inmediata, como en la herencia, sino mediatamente a través del sucesor hereditario”. Por este motivo “se deduce que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alícuota y que, aunque esté designado a título universal, no se trata de un continuador de la personalidad del testador (...)”.

⁴³⁵ Vid. DE LA CÁMARA, F., ob. cit., pp. 562 y siguientes

no se produciría una subrogación plena en la posición del heredero. La cualidad de heredero seguiría residiendo en el cedente, lo que es especialmente relevante en la cuestión relativa a la responsabilidad por el pasivo de la herencia.

Se ha mantenido esta misma postura por otros autores, aunque con ciertos matices, al argumentar que quizás habría que reconocer que el cesionario puede pedir la partición de la herencia, pero sin que ello suponga eliminar al coheredero cedente, quien deberá también intervenir en las operaciones particionales como responsable que es del pasivo⁴³⁶.

Abunda en esta idea ROCA SASTRE, al puntualizar que la referencia a los cesionarios del artículo 403 C. c. es a los de la comunidad hereditaria, porque en cualquier otra comunidad el cesionario se subroga en la posición del condueño, por lo que carecería de sentido lo dispuesto por ese precepto para la comunidad en general⁴³⁷. Sólo en la comunidad hereditaria nos encontramos con que el cesionario no se convierte en heredero, ya que el cedente no queda apartado de todo interés en la partición, al mantener viva su condición de heredero.

Por nuestra parte, resulta más convincente la posición doctrinal mayoritaria, que sostiene la idea de la atribución de la facultad divisoria al cesionario⁴³⁸. La propia STS de 27 de noviembre de 1961 (cdo. 5º) ya

⁴³⁶ Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., ob. últim. cit., *ibidem*.

⁴³⁷ Vid. ROCA SASTRE, R., *Estudios ...*, cit., pp. 400 y siguientes.

⁴³⁸ Entre otros, ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 435; FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 189; GULLÓN, A., “*La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia*”, ADC, 1965, t. II, p. 371; SANCHO REBULLIDA, F., “*Partición de herencia*” en *Estudios de Derecho Civil*, t. I, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, p. 504; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XIV, vol. 2, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1989, pp. 112-113; y LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. últim. cit., p. 106.

manifestó que la mención de los cesionarios como sujetos legitimados para pedir la partición hereditaria “es innecesaria, pues están incluidos en la denominación de herederos, en cuya totalidad de derechos –sin exclusión del de solicitar la partición- se han subrogado”. Las razones son las siguientes:

- 1^a. Quien enajena su cuota hereditaria se desprende de su titularidad en el activo relicto –que es el objeto de la división hereditaria-, por lo que el cedente no podrá adoptar una decisión que determine la continuidad o el cese de la comunidad. Otro tema será el pago del pasivo hereditario, que formará parte del proceso de liquidación de la herencia, pero no de la partición en sentido estricto.

- 2^a. El cesionario es parte en la división, en cuanto que es el sujeto al se le van a adjudicar unos lotes con los que se puede ver perjudicado o favorecido. En tal caso, estaríamos manteniendo que el cesionario se coloca en una relación dominical directa con los bienes de la masa hereditaria. Ello le faculta para ejercitar los derechos y acciones que la ley reconoce al cedente para la custodia, aprovechamiento y distribución de los bienes hereditarios. Se subroga en la posición patrimonial del heredero, aunque el adquirente de la cuota no asume la condición de heredero ni es deudor personal frente a los acreedores de la herencia –esto corresponde al heredero, salvo que se produzca una asunción de las deudas por parte del adquirente, previo consentimiento de los acreedores en virtud de lo dispuesto por el artículo 1205 C. c.⁴³⁹. Todo ello pese a que recibe la cuota gravada con tales deudas, y está obligado a tolerar el pago de las mismas con bienes hereditarios o

⁴³⁹ Por ello, CHICO ORTIZ (en *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 1160) manifiesta que, en la práctica, se requiere la intervención del cedente –como titular de la cualidad personal de heredero- y del cesionario –como titular del contenido patrimonial- para que el acto particional pueda acceder al Registro de la Propiedad.

reembolsar al cedente lo que hubiese pagado⁴⁴⁰, salvo pacto en contrario, tal y como se deduce del artículo 1534 C. c.⁴⁴¹.

3ª. Finalmente, el derecho a la partición hereditaria no es un derecho personalísimo, ya que puede actuar incluso un representante del heredero. Consiguientemente, el cesionario estará facultado para pedir y practicar la partición hereditaria, salvo que se acordara lo contrario, claro está⁴⁴².

- f) Los acreedores.- Aquí es preciso distinguir entre los acreedores de los sujetos partícipes de la comunidad hereditaria y los acreedores de la herencia.

Los acreedores de los copartícipes de la comunidad hereditaria no estarían legitimados para promover la partición del caudal relicto, porque carecerían de la facultad divisoria, al no ser sujetos partícipes de aquella. Tan sólo cabría atender a lo dispuesto por el artículo 1083 C. c., conforme al cual *“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”*⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Vid. DÍAZ FUENTES, A., *División de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 41.

⁴⁴¹ Establece que *“El comprador deberá ... 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, salvo pacto en contrario”*.

⁴⁴² Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama...*, II, cit., p. 631.

⁴⁴³ Cfr. art. 403 C. c.: *“Los acreedores ... podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso”*. La STS de 31 de diciembre de 1985 (f. j. 4º, 5º y 6º) ha manifestado que *“la oposición de los acreedores (...) no tiene por único contenido propio el de simplemente oponerse a la división, sino que (...) lo que se impone a los condóminos es la prohibición*

Sin embargo, esta posición debe ser matizada, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1001 C. c.⁴⁴⁴: “*Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél*”. Parece evidente, pues, que se está colocando al acreedor en la misma posición que tendría el heredero, motivo por el cual se ha creído reconocer la posibilidad de ejercitar la acción de división, ya que si no fuera así, algún autor ha mantenido que la facultad del artículo 1001 C. c. carecería de sentido⁴⁴⁵.

No obstante, habría que precisar que los acreedores ocupan la posición del heredero, a los solos efectos de aceptar la herencia, con el fin de que sus créditos puedan ser satisfechos, y siempre que los coherederos no los paguen. Lo que no significa que estemos ante la acción subrogatoria del artículo 1111 C. c., según el cual “*Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona ...*”, porque aquellos no sustituyen al deudor en el ejercicio del *ius delationis*, que ya ha sido ejercitado por éste desde el momento en que repudia la

de realizar la división o sea de llevarla a cabo (...) «sin el concurso» del o los acreedores (...), en cuyo sentido ha de entenderse la posibilidad que el derecho les confiere a «concurrir» que significa juntarse, en un mismo lugar y tiempo, participar, intervenir, asistir, en definitiva, a la división (...), pero sin poder decidir”. Por consiguiente, “no puede entenderse, en suma, que el derecho a la división de la cosa tenida en común pueda quedar impedido por la simple oposición de acreedores (...), lo que equivaldría a desconocer el fundamento de la acción de división (...); no siendo lícito por ello embarazarla en su ejercicio fuera de los términos legales (...). Lo que no se opone, claro está, a que (...) obtengan la garantía de sus créditos valiéndose para ello de las medidas cautelares apropiadas para asegurarlos a su satisfacción (...); mas sin impedir la realización de la división”.

⁴⁴⁴ Vid. GUILARTE GUTIERREZ, V. y otros, *El derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 507.

⁴⁴⁵ Vid. SANTOS BRIZ, J., ob.cit., p. 82.

herencia a la que ha sido llamado⁴⁴⁶. Consiguientemente, se trata de facultar a los acreedores en orden a evitar que objetivamente la renuncia a la herencia por parte de su deudor les perjudique, algo que sólo sucederá cuando el patrimonio de éste resulte insuficiente para pagar las deudas pendientes, y la aceptación de la herencia pueda incrementarlo a fin de facilitar su cobro. Por tanto, los acreedores, que se hayan acogido a la facultad del artículo 1001 C. c., se aprovecharán en cuanto baste para cubrir el importe de sus créditos, de forma que el exceso, si lo hubiera, pasaría a quienes correspondiera, y no a quien hubiera repudiado la herencia⁴⁴⁷.

En cuanto a los acreedores hereditarios, el artículo 782, 3 L. E. C. resulta suficientemente claro, al declarar que *“Los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia ...”*⁴⁴⁸.

Discrepo de la postura de ROCA-SASTRE MUNCUNILL, quien establece que los acreedores hereditarios pueden solicitar la partición extrajudicial mediante un requerimiento notarial al efecto, o cualquier otro medio eficaz, pero no instar la división judicial. Considero que el Código civil recoge el mismo principio sustantivo que la Ley de Enjuiciamiento Civil, a pesar de su silencio, que no es otro que el de negar la facultad divisoria al acreedor hereditario, puesto que, en su artículo 1082, el

⁴⁴⁶ El profesor LACRUZ (ob. últim. cit., *ibidem*) ha llamado la atención sobre la posibilidad de recurrir a la aplicación del artículo 1111 C. c. para permitir que los acreedores puedan promover la partición de la herencia, a través de la subrogación de éstos en el ejercicio del derecho a dividir que tiene su deudor, en cuanto participe de una comunidad hereditaria. Contra esto, se ha pronunciado GULLÓN (ob. cit. p. 370), quien ha mantenido que la cuota del comunero puede ser embargada, en cuyo caso la división no añade nada nuevo a la garantía patrimonial, que justifique la aplicación de la acción subrogatoria

⁴⁴⁷ Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., ob. últim.cit., *ibidem*.

⁴⁴⁸ Vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. IV, Bosch, Barcelona, 2000, p. 86.

Código civil tan sólo manifiesta que “*Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos*”, sin añadir nada más al respecto.

Por consiguiente, los acreedores hereditarios no podrán promover la partición de la herencia, por no ser titulares del derecho a dividir la herencia, tal y como se deduce de los artículos 1051 y siguientes C. c. y 782, 3 L. E. C. Ni tampoco estarán facultados para impedir que ésta sea llevada a cabo. Únicamente, estarán legitimados para defender sus derechos en los términos del artículo 1082 C. c.; esto es, oponiéndose a los efectos de la partición.

No cabe duda de que cualquiera de los coherederos tendrá la posibilidad de exigir, aun no existiendo intervención de los acreedores, que se provea para satisfacer los créditos pendientes, o se adopten las medidas oportunas para realizar tales pagos a fin de no verse sometido a las consecuencias del impago (por ejemplo, la responsabilidad solidaria)⁴⁴⁹. Pero los acreedores no podrán oponerse a la partición cuando sus derechos hayan sido satisfechos o estén asegurados con una garantía bastante. Si esto no se produce, la herencia se hallará en administración en los términos del artículo 1026, párrafo 1º, C. c., hasta que no resulten pagados o asegurados los derechos de crédito, con el objetivo de que los herederos sólo reciban el remanente; es decir, se pretende evitar que los herederos puedan recibir algún bien, mientras los créditos estén pendientes de pago (arts. 1027 y 1032 C. c.) .

⁴⁴⁹ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia ...*, cit., p. 235.

Parece que la opción entre pagar o afianzar corresponde a los herederos, y no a los acreedores, puesto que, si no fuera así, carecería de sentido la alternativa que ofrece el artículo 1082 C. c.⁴⁵⁰.

Asimismo, tal y como establece el artículo 782, 4 L. E. C., los acreedores que ejercitan tal facultad han de estar *“reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos”*, o tener *“su derecho documentado en un título ejecutivo”*.

Tales sujetos gozarán de la facultad prevista en el artículo 1082 C. c., cuyo contenido se verá complementado por lo dispuesto por el artículo 782, 4, *in fine*, L. E. C., donde se añade que la oposición a la división por los acreedores hereditarios *“podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada coheredero”*. A su vez, esto se encuentra en consonancia con lo que dispone el artículo 788, 3 del mismo cuerpo legal, conforme al cual *“... cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el apartado 4 del artículo 782, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción”*.

En definitiva, el acreedor que se opone a la división no busca que se prohíba la partición hereditaria, sino que las adjudicaciones no sean efectivas hasta que no se les pague o afiance el importe de sus créditos, porque de este modo se obedece a un principio tradicional en nuestro derecho, donde primero es pagar y después heredar. Como ha declarado PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, se reconocen unas facultades al acreedor *“para oponerse no a la partición, en cuanto acto puramente divisorio, sino a que la partición se lleve a efecto, y, en concreto, a que se*

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 240.

haga entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados”⁴⁵¹. Por lo tanto, la oposición de los acreedores puede tener lugar, aunque los coherederos hayan promovido la partición de la herencia, porque de lo que se trata es de evitar que reciban los bienes y derechos como resultado de la división.

Todo ello podría tener su razón de ser en la distinción entre el acto divisorio y el resultado de este acto, que es la partición. Ello se traduce en la idea de que no se puede impedir el ejercicio de la facultad, pero sí la ejecución de su resultado: la adjudicación de los bienes. Mientras tanto, lo acordado en materia de partición les obligará, o lo dispuesto por un contador-partidor, arbitro o decisión judicial les vinculará, pero quedará pendiente de ejecución hasta que se liquiden las deudas del causante, o se garanticen oportunamente los derechos de los acreedores.

A la vista de todo lo anterior, hay que concluir que el derecho a la partición del caudal relicto es atribuido a quien forma parte de una comunidad hereditaria. Una razón lógica abona esta afirmación: la división materializa las cuotas abstractas de quienes participan en ella, lo que la convierte en causa de su disolución.

No obstante, no sólo la partición hereditaria genera la extinción de la comunidad hereditaria. Hay otras causas, que son las que pasamos a valorar a continuación.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 224.

II. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

No existe ningún precepto de nuestro Código civil que enumere las causas de extinción de la comunidad hereditaria al modo como lo hace el artículo 1700 (de este mismo cuerpo legal) al referirse a la sociedad civil. Tan sólo deducimos que la partición de la herencia produce el cese de la comunidad hereditaria, en tanto en cuanto la división pone fin a esta relación jurídica. Sin embargo, aunque ésta es la causa más relevante, hay tener en cuenta que no es la única. Por eso, hay que distinguir la disolución de mera división de la comunidad⁴⁵²: la partición iría referida más bien a la división material del objeto, mientras que el término “disolución” abarcaría, además, otro tipo de causas de extinción de la comunidad⁴⁵³.

En consecuencia, sin entrar a valorar cada una las causas generadoras de la extinción de una comunidad hereditaria por no ser éste nuestro principal objeto de estudio, resulta conveniente detenerse en el examen de ciertas hipótesis ligadas de un modo especial a la disolución de la comunidad hereditaria.

Empezamos tratando el siguiente supuesto: la reunión en una sola mano de todas las participaciones como fuente de disolución de la comunidad hereditaria. El motivo de esta extinción es hallado en la modificación subjetiva que se produce al ser sustituida una situación de cotitularidad por otra de titularidad única sobre el caudal

⁴⁵² Esta distinción la tiene presente el legislador italiano cuando habla de disolución (*scioglimento*) en el artículo 1111, y de división (*divisione*) en el artículo 713, ambos del Código civil, a fin de hacer ver que existen actos de extinción de la comunidad hereditaria distintos de la mera partición. Sin embargo, aunque el artículo 764 del *Codice* se refiere a otras fuentes de extinción de la comunidad hereditaria distintas de la división, acto seguido no enumera cuáles son. CICU (en *Derecho ...*, cit., p. 736) ha considerado que la razón podría ser que resulta imposible realizar una enumeración completa de cuáles son aquéllos. No obstante, FRAGALI (ob. cit., p. 489) ha precisado que han de ser actos a título oneroso, por considerar que el acto divisorio tiene esta naturaleza.

⁴⁵³ SANTAMARÍA, J. *Comentarios al Código civil*, t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 434.

relicto. Ahora bien, a este puerto se puede llegar a través de dos caminos: a) la reunión de todas las participaciones en la cabeza de un coheredero o legatario parciario; o b) la reunión de todas las participaciones en la cabeza de un tercero. Procedamos a valorar cada uno de estos casos.

a) Comenzamos con el análisis del supuesto en que todas cuotas hereditarias confluyen en un heredero, o legatario de parte alícuota. Ello puede ocurrir por distintos procedimientos:

1º. A través de una disposición *mortis causa* que provoque que quien sobreviva a todos los partícipes de la comunidad reciba el conjunto de las cuotas hereditarias de estos últimos; al final, todas las cuotas acabarían en poder del último coheredero sobreviviente.

2º. Con una disposición *inter vivos* mediante la que un coheredero (o legatario de parte alícuota) adquiriría las participaciones de los demás, ya sea de una forma sucesiva, ya lo sea de una forma simultánea⁴⁵⁴.

3º. Finalmente, la totalidad de las participaciones hereditarias pueden acabar convergiendo en una sola mano cuando todos los partícipes renuncian a sus cuotas, menos uno de ellos.

⁴⁵⁴ Podría plantearse la adquisición de un modo directo o mediante el ejercicio del derecho de retracto previsto en el artículo 1067 C. c. (“*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 ...*”). En tal caso existiría un único derecho de retracto que se aplicaría sobre cada una de las cuotas, y no tantos derechos de retracto como ventas realizadas. ESTRUCH (ob. cit., p. 151) ha afirmado que la finalidad del derecho de retracto es procurar la extinción de la comunidad o la disminución del número de comuneros, motivo por el cual no existe un derecho de retracto si la cuota se enajena a otro comunero, (y sí cuando se enajena a un extraño), porque si no fuera así, el ejercicio del derecho de retracto serviría para aumentar la cuota de uno a costa de la del otro.

Tal renuncia ha sido definida por la STS de 27 de febrero de 1989 (f. j. 4º) como “la manifestación de voluntad que lleva a cabo su titular por cuya virtud hace dejación del mismo, sin transmitirlo a otra persona”, lo que hace que se distinga de la mera cesión. Por ello, GONZÁLEZ PORRAS ha mantenido que la renuncia expande las cuotas de los demás, ya que se produce un acrecimiento⁴⁵⁵. No convierte a la cuota renunciada en una *res nullius*, pues una cuota abstracta no se puede concebir como *nullius*⁴⁵⁶. Digamos que la renuncia o abandono voluntario de la comunidad redonda en beneficio de quien permanece, porque se hace en favor de los demás coherederos, y no en beneficio de terceros. Por tanto, en el supuesto de que renuncien todos los coherederos a sus cuotas, menos uno de ellos, se producirá la extinción de la comunidad por reunirse todas aquéllas en manos de éste.

- b) Todas las participaciones hereditarias también pueden acabar en poder de un tercero, mediante disposiciones del siguiente tipo:

⁴⁵⁵ Vid. CICU, A., ob. cit., p. 673; también BELTRÁN DE HEREDIA, J., ob. cit., p. 258; y MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 121. Por su parte, ROCA JUAN (“*La renuncia ...*”, cit., p. 106) añade que la renuncia de la cuota produce el aumento del activo y del pasivo de los demás comuneros, según la proporción que le corresponda a cada uno, “sin que ello suponga (...) la adquisición de un derecho nuevo ni una mayor extensión del propio, porque su derecho conserva idénticas facultades el mismo derecho, sino una mayor medida en cuanto a los solos efecto divisibles”.

⁴⁵⁶ Hasta que se produzca la división, nadie será titular de una fracción material concreta. La condición de *res nullius* está pensada para el abandono material de cosas concretas, y en el caso de la comunidad hereditaria no podemos concebir que una cosa del caudal relicto pueda permanecer *cum domino* y *sine domino*, que es lo que sucedería si la cuota se convirtiera en *res nullius*. Por ello, BONET CORREA (ob. cit., pp. 292 y siguientes) ha sostenido que el abandono –*derelictio*– repercute sobre bienes materiales en cuanto que implica una mera desposesión, mientras que la renuncia se aplica a los derechos en cuanto se abdica de ellos. En contra, CABANILLAS SÁNCHEZ (ob. cit., p. 734), quien identifica renuncia y abandono

- 1º. Por la disposición *mortis causa* de cada una de las cuotas hereditarias en favor de un sujeto ajeno a la comunidad hereditaria. Éste las adquirirá de forma simultánea, y no sucesiva, porque si esto no fuera así, resultaría inapropiado hablar de la adquisición por un tercero, ya que desde el momento en que se produce la primera cesión dejaría de ser un tercero para pasar a ser partícipe de la comunidad hereditaria como heredero de heredero (art. 1055 C. c.). En tal caso, no hablaríamos finalmente de la reunión de cuotas en la cabeza de un tercero, sino de la reunión de cuotas en la persona de un coheredero⁴⁵⁷.
- 2º. Asimismo, el tercero podría adquirir las cuotas hereditarias por medio de una disposición *inter vivos*. Al igual que en el supuesto anterior, atisbamos aquí ciertas diferencias entre la cesión simultánea de todas las cuotas a un tercero y la cesión sucesiva de las mismas. En esta última hipótesis, el cesionario se convertiría en sujeto partícipe de una comunidad hereditaria, por lo que ésta se acabaría disolviendo por la concentración de todas las cuotas en la cabeza de uno de sus partícipes.

Si el hecho de que todas las cuotas hereditarias coincidan en una misma persona nos aboca obviamente a la extinción de la comunidad hereditaria, porque falta el elemento subjetivo plural, la ausencia de un objeto conduciría también a la misma situación.

⁴⁵⁷ Por ejemplo, cada uno de los partícipes de una comunidad hereditaria -A, B y C- nombra heredero de su derecho hereditario a X. Si se produce la muerte de A, B y C a la par, y de modo ficticio X adquiere *mortis causa* las cuotas de sus causantes a la vez, la comunidad hereditaria se habrá extinguido por reunirse en manos de un tercero todas las participaciones de aquélla. En cambio, si A muere antes que B y C, X pasaría a formar parte de la comunidad hereditaria como heredero de A. En consecuencia, las participaciones de B y C se transmitirían *mortis causa* a un sujeto partícipe de la citada comunidad: hablaríamos de la extinción de ésta por converger todas las cuotas en un comunero y no en un extraño.

Los bienes de una herencia se pueden perder o destruir en los términos del artículo 1122, 2ª, *in fine*, C. c.⁴⁵⁸, o también cuando se agotan por haber servido a la liquidación del pasivo hereditario. En este último caso, FERRANDIS ha supuesto que todos los bienes de la herencia han sido suficientes para pagar las deudas o que ésta ha sido aceptada a beneficio de inventario, porque si los coherederos la han aceptado pura y simplemente, y el activo deja sin cubrir parte del pasivo, “habrá que admitir que siguen unidos por la obligación conjunta de pagar las deudas no satisfechas con sus propios bienes, dada su responsabilidad ilimitada”⁴⁵⁹. Mantiene que permanecerá la comunidad sobre una *hereditas damnosa*, e incluso será posible una partición ulterior a fin de repartir a cada cuota el perjuicio causado por la herencia⁴⁶⁰. De este modo, defiende la idea de RUGGIERO, quien sostenía que la herencia puede estar conformada por un patrimonio activo (*lucrativa hereditas*), cuando el activo es mayor que el pasivo, o por un patrimonio pasivo (*damnosa hereditas*), en el caso de que el pasivo supere el activo⁴⁶¹.

Pero, aunque la herencia está formada por el pasivo y el activo del causante, el objeto de la partición hereditaria viene dado sólo por el activo neto de la misma. La razón no es otra que el hecho de que sólo los herederos asumen el pasivo de la herencia, no así los legatarios de parte alícuota, quienes son legatarios de remanente o de saldo de bienes, lo que no impide que sean considerados partícipes de una comunidad hereditaria.

En consecuencia, si tras el proceso de liquidación no existe activo hereditario, la comunidad hereditaria se disolverá, porque faltará objeto que partir.

⁴⁵⁸ Conforme a este precepto “... *la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar*”.

⁴⁵⁹ Vid. FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 222.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ Vid. RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 2º, traducción anotada y concordada por Serrano Súñer y Santa-Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1931, p. 973.

La constitución de una sociedad por los sujetos partícipes de una comunidad hereditaria también podría ser considerada causa de extinción de esta última. Con esta modalidad jurídica se trata de permitir la sustitución de un régimen de indivisión ordinaria (propia de la comunidad hereditaria) por el de una sociedad, y ello en virtud del principio de autonomía privada previsto en el artículo 1255 C. c. Estaríamos en este caso ante una novación de tipo extintivo (que suele resultar más frecuente cuando el objeto de la comunidad hereditaria viene constituido por una empresa).

Quienes intervienen en el acto constitutivo de la sociedad se obligan a aportar su derecho hereditario, y todos en conjunto la integridad del activo hereditario, a la sociedad. Es una situación que no resulta equiparable a la de la transmisión de la herencia a un tercero, porque la sociedad no va a ser considerada como tal, al estar compuesta por los mismos sujetos que constituyen la comunidad hereditaria⁴⁶². La identidad material entre quienes aportan el activo hereditario para constituir el patrimonio social y las personas que constituyen la sociedad, lo impide. No estemos ante un ente enteramente extraño a quienes hacen las aportaciones, aunque formalmente aquél tenga su personalidad jurídica propia.

CAPILLA ha manifestado que “falla de algún modo la «ajenidad» del sujeto social considerado unitariamente”⁴⁶³. Ha entendido que 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 sociedad⁴⁶⁴. De ahí que LACRUZ haya manifestado que “el adquirente cuya personalidad se identifica material o formalmente

⁴⁶² Vid. ROCA SASTRE (“*Naturaleza jurídica de la aportación social*”, RGLJ, 1946, p. 445), quien ha considerado que la sociedad no puede ser un tercero si su base patrimonial es una comunidad previa existente entre los socios, porque considera que el acto de aportación que se realiza a una sociedad es un acto o negocio jurídico de comunicación de bienes. Aunque la mayoría de la doctrina (entre otros, CAPILLA RONCERO, F., *La sociedad civil*, s. e., Bolonia, 1984, pp. 164-165; y PAZ-ARES, C., *Comentarios del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1418) han definido la aportación como mero acto de disposición.

⁴⁶³ Vid. CAPILLA RONCERO, F., ob. últim. cit., p. 156.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 158.

con la de su transmitente inmediato” no tiene la condición de tercero⁴⁶⁵. Añade que incluso no es preciso que en el grupo adquirente se encuentren todos los transmitentes, sino que basta con que concurra alguno de ellos para que sustancialmente no se pueda hablar de “terceros”⁴⁶⁶. Al fin y al cabo tan sólo cambia la titularidad de los bienes de una forma puramente formal, pero no real. Se produce lo que BADENES GASSET ha denominado “acto declarativo de transformación de titularidad”⁴⁶⁷.

Por consiguiente, la comunidad hereditaria se disolverá por un cambio en la naturaleza de la relación jurídica que une a los partícipes. La nueva relación se sustentará sobre una *affectio societatis*, que antes no existía, que no es otra cosa que la voluntad de constitución de una sociedad. El ánimo que presidirá esta novación será el de buscar una mayor estabilidad que permita orientar el activo hereditario a un objetivo concreto para obtener mayores rendimientos económicos, puesto que la sociedad se distingue por su carácter dinámico frente al más estático de la comunidad⁴⁶⁸. Y ello se conseguirá al prescindir del libre ejercicio de la facultad divisoria y estipular un régimen de administración a este fin. Por ello, se podría hablar de un pacto de transformación que provoca el cese de la comunidad hereditaria, y el nacimiento de una sociedad.

Para terminar cabría aludir al supuesto de transformación de una comunidad hereditaria en un condominio ordinario. La STS de 20 de octubre de 1992 (f. j. 6º) ha manifestado que la partición puede llevarse a cabo mediante el modo citado al atribuir a “los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia con expresión de las cuotas pro indiviso que en los mismos correspondan a cada coheredero”⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ vid. LACRUZ BERDEJO, J L., *Elementos de Derecho Civil*, III, bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 181-182.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

⁴⁶⁷ Vid. BADENES GASSET, R., *El Contrato de Compraventa*, t. II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 924.

⁴⁶⁸ Vid. GITRAMA, M., ob. cit. p. 403.

⁴⁶⁹ En el mismo sentido, la STS de 20 de febrero de 1984 (cdo. 5º).

Con respecto a ello debemos advertir que la comunidad hereditaria podría extinguirse cuando es sustituida por una comunidad de bienes sin necesidad de que la preceda un acto de partición⁴⁷⁰. Puede suceder que los copartícipes acuerden que las participaciones globales de la masa hereditaria se conviertan en comunidades individuales sobre cada uno de los bienes singulares, de modo que la comunidad hereditaria venga a ser sustituida por tantas comunidades como bienes o derechos hereditarios haya, a las que se les aplicaría las normas relativas a la comunidad de bienes⁴⁷¹. La comunidad hereditaria se transformaría en una comunidad convencional porque perdería su universalidad y se convertiría en un conjunto de titularidades singulares. Después, la extinción de tales comunidades no tendría lugar mediante una partición hereditaria, sino mediante la división de las cosas comunes⁴⁷².

III. LÍMITES A LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA

Ha quedado claro que nuestro Código civil atribuye a todo partícipe en una comunidad hereditaria el derecho a promover su partición. Pero también es cierto que el ejercicio de esta facultad divisoria puede estar limitada por la ley, por un convenio de indivisión, o por la mera voluntad del causante. A continuación, vamos a ocuparnos

⁴⁷⁰ Al examinar un caso en que dos herederos se hacen cargo del remanente hereditario -compuesto principalmente por un ganadería- y del pasivo, la STS de 21 de abril de 1951 (cdo. 3º) hace referencia a esa transformación, al disponer que “dados los términos en que los contratantes se expresan al referirse a la comunidad entre ellos existente, no puede menos de entenderse que, después de practicadas las operaciones divisorias del caudal relicto, los herederos decidieron continuar respecto a 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 artículo 392 del Código civil; aunque advirtiendo que esta transformación en nada alteraba la responsabilidad solidaria que -por otra parte- reconocían ambos explotantes de la ganadería”

⁴⁷¹ Vid. ALBALADEJO, M. ob. últim. cit., p. 279. También VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios ...*, cit., pp. 73-74.

⁴⁷² Vid. GARCÍA-MONGE MARTÍN, J., “*La partición de la herencia*”, RDP, 1963, p. 140.

de cada una de estas fuentes que limitan la facultad que cada coheredero tiene de solicitar la división de la herencia.

A) La ley como fuente de limitaciones para la partición hereditaria

La ley prevé restricciones en cuanto al ejercicio de la facultad divisoria. El legislador suele adoptar este criterio basado en motivos a los que atribuye un valor superior al mero individualismo que informa la *actio familiae erciscundae*, presente en nuestro Código civil.

Analicemos seguidamente algunos ejemplos:

- a) Que el párrafo 1º del artículo 1062 C. c. haya establecido que “*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*” nos sirve de ejemplo claro para comprobar cómo en ocasiones el legislador pretende imponer ciertos límites objetivos al derecho a dividir⁴⁷³.

Hablar de una categoría de causas objetivas en la indivisibilidad de la herencia nos muestra el enorme paralelismo existente entre los artículos 404 (ubicado en sede de comunidad de bienes) y 1062 C. c., ya que ambos se refieren al mismo supuesto de hecho. Sin embargo, esta similitud no ha de conducir a una yuxtaposición de tales preceptos con base en la remisión que hace el artículo 406 C. c., según el cual “*Serán aplicables a la división entre los*

⁴⁷³ La STS de 16 de octubre de 1964 (cdo. 1º) eleva a la categoría de límites objetivos del derecho a dividir lo dispuesto por los artículos 401, párrafo 1º, 404, y 1062 C. c., en relación con el artículo 406 del mismo cuerpo legal.

partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia”⁴⁷⁴.

Las razones para mantener esta postura aparecen resumidas por la STS de 2 de mayo de 1964 (cdo. 4º): “la remisión que el artículo 406 del Código civil hace a las normas reguladoras de la división de la herencia respecto de la relativa a la comunidad de bienes, no es tan absoluta e inexorable que deba entenderse en el sentido que cuantos preceptos se transcriben en la Sección segunda, del Capítulo VI, Título III, del Libro III de dicho cuerpo legal, hayan de ser aplicados sin limitación alguna a las hipótesis de proindivisión no hereditaria, sino que por el contrario, únicamente regirán como supletorios o complementarios de las disposiciones específicas consignadas en los artículos 400 a 405 y en tanto no se opongan o estén en contradicción con ellos, (...) al no ser coincidentes en su redacción y al presentar las relaciones jurídicas a que ambos se contraen algunas notas diferenciales que justifican su diverso contenido en orden a lograr la misma finalidad, y así, mientras la «*actio communi dividundo*» corresponde exclusivamente a los comuneros (art. 400), la de «*familiae erciscundae*», puede ser ejercitada no sólo por los coherederos (art. 1053), sino también por (...) legatarios de parte alícuota, (...), y en tanto en la primera de estas figuras, las operaciones divisorias se realizan por los propios interesados, salvo que se sometan a la decisión de árbitros o amigables componedores (art. 402), en la segunda pueden llevarse a efecto por el testador (art. 1059), o los contadores partidores o comisarios designados por él (art. 1057) (...), aun cuando también puedan efectuarlas los propios herederos (art. 1058), lo que unido a su distinto origen y a que los supuestos del artículo 392, párrafo 1º, por lo general, únicamente existe en común el objeto que se pretende dividir y a que, en cambio, la herencia recae sobre un «*universum ius*» compuesto del conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al *de cuius* (art. 659), hace explicable la diferente forma de expresión utilizada por el legislador en los arts. 404 y 1062 y la imposibilidad de yuxtaponer ambos

⁴⁷⁴ En contra, GULLÓN (ob. cit., p. 381), quien entiende que los artículos 404 y 1062 C. c. no son distintos, ya que el primero desarrolla el segundo.

preceptos, dado que por su contenido y alcance discrepan de la manera de verificar la adjudicación a que se refieren, al exigir el primero el precio convenido de todos los interesados, manifestado de forma expresa, sin cuyo requisito la cosa indivisible habrá de enajenarse repartiéndose su precio, y al permitir el segundo a la persona o personas que realmente practiquen la partición asignar dicha cosa a uno de los coherederos, al no ser que alguno solicite su venta en pública subasta con lo que el asentimiento de éstos surge con posterioridad a tal acto tácito”⁴⁷⁵.

En cualquier caso, el artículo 1062 C. c. contempla un supuesto de indivisibilidad material del mismo modo que lo hace su homólogo en materia de comunidad de bienes⁴⁷⁶. Es una limitación que podría actuar sobre una cosa determinada o sobre todo el caudal relicto cuando todo él o su mayor parte resulta indivisible a los efectos de la partición. Pero la STS de 10 de febrero de 1997 (f. j. 2º) ha defendido la inaplicabilidad de la norma mencionada “en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria supuesto que no es el contemplado en el artículo 1062 citado”.

Las causas que podrían ser determinantes para hablar de indivisibilidad han sido observadas por el Alto Tribunal en la Sentencia de 2 de julio de 1998 (f. j. 3º). Son las siguientes: la inservibilidad para el uso a que estuviera destinada la cosa, la indivisibilidad esencial, o el gran desmerecimiento que para el objeto supone su división. Todas ellas denotan la aplicación del artículo 1062 C. c., y pueden ser resumidas en una falta de utilidad de la división, tal y como sucede

⁴⁷⁵ Lo subrayado es mío. En contra, MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 511.

⁴⁷⁶ La jurisprudencia (SSTS de 13 de julio de 1996 (f. j. 2º); de 30 de julio de 1999 (f. j. 3º); y de 19 de junio de 2000 (f. j. 3º)) ha empleado más bien los términos de indivisibilidad jurídica.

cuando la división resulta antieconómica⁴⁷⁷ (verbigracia, la división de una empresa)⁴⁷⁸.

El artículo 1062 C. c. no entrará en juego en aquellos casos específicamente regulados por normas del Código civil (por ejemplo, arts. 1056, párrafo 2º, 821 y 829). En otros casos, tan sólo servirá de complemento de lo que se presenta como un supuesto de indivisibilidad legal indiscutible. Esto es lo que sucede con lo dispuesto por el artículo 35 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, que aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, precepto modificado por la Disposición Final Segunda de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones agrarias, que es del siguiente tenor: *“Por muerte del propietario la explotación no podrá ser objeto de división, y la transmisión «mortis causa» de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de igual carácter en las Comunidades Autónomas que sean de aplicación”*⁴⁷⁹.

En idéntico sentido podemos citar el artículo 24 de la ya citada Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones agrarias:

⁴⁷⁷ SSTs de 11 de junio de 1976 (cdo. 2º); de 7 de marzo de 1985 (cdo. 2º); de 25 de enero de 1993 (f. j. 2º); de 3 de abril de 1995 (f. j. 5º); y de 16 de febrero de 2002 (f. j. 2º).

⁴⁷⁸ Aunque DE LOS RÍOS SÁNCHEZ (en *Comunidad de bienes y empresa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 25) critica la aplicación del artículo 1062 C. c. a una empresa en crisis, al mantener que los efectos pueden resultar perniciosos en cuanto que ninguno de los comuneros querrá asumir la parte de los demás y liquidar sus deudas, por lo que se procedería a su venta en pública subasta, cuyos efectos desmerecerían mucho el valor de la empresa, porque, al estar en crisis, el precio obtenido podría ser muy bajo. Ello afectaría no sólo a la empresa en sí, sino también a las participaciones de los sujetos que se verían claramente perjudicados.

⁴⁷⁹ Al respecto, CORRAL DUEÑAS (*Comentarios a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias (Ley 19/95, 4 de julio)*”, RCDI, 2003, v. 1, p. 829) ha manifestado que, debido a que la explotación ha de ser adjudicada a favor de una sola titularidad, ya sea individual o colectiva, se debería haber mantenido la posibilidad de abonar a los demás herederos su parte en dinero.

“1. La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

2. Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior.

3. La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos”.

El mentado artículo 1062 sí repercutirá sobre la aplicación del artículo 1061 C. c., que exige *“guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”*. Se pretende que cada uno de los bienes (cuando son de distinta naturaleza, especie y calidad, y cuando su valor no es igual) se pueda adjudicar sin necesidad de proceder a su división material (para cumplir el fin que dispone el artículo 1061). Son bienes indivisibles o que desmerecen mucho con su división, motivo por el cual los herederos que recibieran bienes de menor valor podrían ser compensados⁴⁸⁰.

En definitiva, el tantas veces citado artículo 1062 prefiere que se atribuya el bien indivisible a uno de los herederos a cambio de abonar el exceso en

⁴⁸⁰ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., ob. cit., p. 2505.

dinero⁴⁸¹. Pero no es ésta una solución que pueda imponerse a los demás, porque basta con que uno de los herederos pida la venta en pública subasta para que ésta sea llevada a cabo. En concreto, el artículo 1062, párrafo 2º, C. c. establece que “... *bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga*”. Su fin es evitar que el heredero más fuerte pueda abusar económicamente de los demás, o procurar la obtención del mejor precio posible. La STS de 26 de septiembre de 1986 (f. j. 9º) ha manifestado con claridad que la mencionada facultad está supeditada a que un heredero la ejercite. Por ello, la STS de 8 de octubre de 1991 (f. j. 2º) ha sostenido que puede existir un convenio para sortear los bienes ante la indivisibilidad de los mismos, pero si no hay acuerdo entre los coherederos, habrá que proceder al sistema de la pública subasta⁴⁸².

- b) Otro supuesto a tener en cuenta en materia de indivisibilidad legal es el dispuesto por el artículo 966, párrafo. 1º, C. c.: “*La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta*”⁴⁸³. Se hace referencia a un caso que responde a una falta de certidumbre en el que se incluye el transcurso del término legal máximo para considerar que una mujer está embarazada, aspecto que resulta obsoleto hoy en día en cuanto que existen medios oportunos para saber con la suficiente antelación cuándo existe un embarazo, y cuándo no.

⁴⁸¹ No existe obstáculo alguno para impedir que se pueda adjudicar también a varios. Tampoco se impide un aplazamiento en el pago, ofreciendo las garantías oportunas.

⁴⁸² Cfr. con el artículo 49 C. S. Cat., conforme al cual “*Las cosas indivisibles o que desmerezcan al dividirse y las colecciones de interés histórico, científico o artístico se adjudicarán a un coheredero, que, si procede, tendrá que pagar a los otros el exceso en dinero de acuerdo con el valor de mercado. Si hay varios interesados, se adjudicarán al más favorecido en la herencia y, si han sido favorecidos por igual, decidirá la suerte. A falta de interesados en la adjudicación, se venderá la cosa y se repartirá su precio entre los herederos*”.

⁴⁸³ Cfr. con el artículo 46 C. S. Cat. que también se manifiesta en el mismo sentido: que “*La partición de la herencia se suspenderá en los siguientes casos: 1. Si la viuda ha quedado embarazada, hasta que se produzca el parto o el aborto*”.

Debemos advertir que nuestro Código civil no excluye el ejercicio del derecho a dividir en el caso de que el llamado a la herencia sea un *nasciturus*; tan sólo lo suspende hasta que se resuelva una situación de incertidumbre. Es un modo de tomar precauciones de índole patrimonial, hasta que se produzca el nacimiento conforme a los criterios presentes en los artículos 29 y 30 C. c., ya que el legislador no puede conceder un derecho hereditario a quien todavía no tiene capacidad para suceder, pero sí puede prolongar el estado de indivisión hereditaria en defensa de una expectativa. Por ello, lo que pretende el legislador es aplicar el principio previsto en el Digesto (1, 5, 26): *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agatur*; tanto si el concebido es llamado como otro heredero más, como si es el único al que puede corresponderle la herencia, porque entonces quienes partirían no serían herederos, si nace⁴⁸⁴.

ALBALADEJO ha planteado la posibilidad de realizar una partición provisional válida al aplicar por analogía lo dispuesto por el artículo 1054 C. c.: *“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”*; al fin y al cabo, este autor sostiene con toda lógica que la sucesión en favor del concebido no nacido depende del evento de que nazca, lo que podría equivaler a un llamamiento condicional⁴⁸⁵.

En contra de este planteamiento, otros autores han mantenido que los artículos 959-967 C. c. están inspirados prioritariamente en la defensa de los intereses del concebido, y que cualquier operación particional, por provisional que ésta sea, los violaría; así como que la brevedad del tiempo de suspensión

⁴⁸⁴ Vid. ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 305.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 306.

empuja a descartar una partición de la herencia en tanto no se verifique si el *nasciturus* se convierte en heredero, o no⁴⁸⁶.

Por nuestra parte, consideramos que el mandato del artículo 966 C. c. impide que los herederos puedan hacer efectiva la partición hereditaria. A mayor abundamiento, no existe un precepto como el artículo 715, párrafo. 2º, del Código civil italiano⁴⁸⁷, en virtud del cual se permite que el juez autorice la división con las oportunas cautelas, que pueden ser de diversa naturaleza: desde pedir caución a los partícipes hasta exigir que se reserve la parte que le podría corresponder al concebido si naciera⁴⁸⁸.

Sin embargo, el artículo 966 C. c. no sería un obstáculo para promover la división de la herencia. Es decir, los partícipes de la comunidad hereditaria podrían obtener una partición marginal o provisional derivada del ejercicio del derecho a dividir que, hasta que se transformara en definitiva al ser verificado el correspondiente nacimiento, tendría efectos obligacionales, puesto que aquélla no conllevaría la inmediata distribución de los bienes hereditarios. Las consecuencias de tal afirmación serían las siguientes:

⁴⁸⁶ Entre otros, CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 167; y ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XIII, vol. 2º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1998, pp. 146-147.

⁴⁸⁷ Establece lo siguiente: “*L`autorità giudiziaria può tuttavia autorizzare la divisione, fissando le opportune cautela*”. Traducción: “La autoridad judicial puede sin embargo autorizar la división, fijando las oportunas cautelas”.

⁴⁸⁸ En tal caso, según el artículo 320, párrafo 1º del *Codice*, “*I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni*”. Esto es, serían los padres conjuntamente, o quien de ellos ejerciera de manera exclusiva la patria potestad, los que se encargarían de su representación.

1ª. Si se ha tenido en cuenta al concebido no nacido, y éste nace con las condiciones de los artículos 29 y 30 C. c., la partición provisional podría convertirse en definitiva. Pero si no llega a nacer, se aplicaría por analogía el artículo 1079 C. c.: “*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos*”.

2ª. En otro caso, si se realiza la partición sin tener en cuenta al concebido no nacido, y éste no llegara a nacer, la partición provisional se convertiría en definitiva. Pero, si nace, podrían darse dos hipótesis: 1) que el nacido fuera ahora el único heredero, en cuyo caso la partición realizada sería nula por la aplicación analógica del artículo 1081 C. c., conforme al cual “*La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula*”; 2) que el nacido concurriera con los demás herederos, en cuyo caso se podría aplicar analógicamente hablando el artículo 1080 C. c., que es del siguiente tenor: “*La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindiría, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda*”. Con una interpretación *a contrario* la partición sería rescindible, si los partícipes conocieran de la existencia del *nasciturus*.

Hasta aquí hemos analizado la figura del *nasciturus*, pero, junto a ella, habría que traer también a colación los *nondum concepti*, en orden a examinar su situación cuando son llamados a suceder al causante.

En el ámbito del Derecho catalán, como regla general, se ha sostenido que los *nondum concepti* no pueden ser llamados directamente a una herencia porque carecen de capacidad para ello⁴⁸⁹. Según los artículos 186 y 195, párrafo

⁴⁸⁹ Vid. PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E., *Institucions ...*, cit, p. 63.

1º, C. S. Cat., pueden serlo de modo indirecto como herederos fideicomisarios. Ratifican esta idea los artículos 92, párrafo 1º⁴⁹⁰, y 143, párrafo 1º, C. S. Cat.⁴⁹¹.

No obstante, el legislador ha previsto una excepción en el artículo 9, párrafo 3º, C. S. Cat., conforme al cual “*Si el causante ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida post mortem, el hijo que nazca de él dentro del período legal también se considerará concebido al tiempo de la apertura de la sucesión*”. Se admite, pues, la fecundación asistida *post mortem*, que cumpla con los requisitos exigidos por la Ley 14/2006 de Reproducción Asistida Humana (en adelante, L. R. A. H.), de 26 de mayo⁴⁹², y culmine en el nacimiento de una persona capaz de suceder. Se concede capacidad sucesoria al no concebido para ser heredero directamente, lo que contradice el principio romano que exigía una continuidad entre el causante y quien fuera llamado como heredero, motivo por el cual, a la muerte de aquél, tenía que existir su sucesor⁴⁹³. En consecuencia, se entenderá que el sujeto llamado a la herencia habrá sido concebido por ficción en el momento de apertura de la sucesión, y no se le aplicaría la presunción *iuris tantum* del párrafo 2º, del ya citado artículo 9, según el cual “*Salvo prueba en contrario, se presumirá concebido al tiempo de la apertura de la sucesión el que nazca antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante*”, pues la fecundación asistida *post mortem* es susceptible de prueba cierta, a diferencia de la natural⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Según este precepto, “*En los heredamientos puros a favor de los hijos por nacer o adoptar de los contrayentes quedará instituido heredero el hijo que viva al fallecer el heredante ...*”.

⁴⁹¹ Este precepto establece lo siguiente. “*Si el testador instituye genéricamente a los hijos o descendientes de otra persona, no serán eficaces los llamamientos a aquellos que, al tiempo en que se defiera la herencia, no hayan nacido ni hayan sido concebidos*”.

⁴⁹² Según el artículo 9.2 de la citada Ley, “*...el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer*”.

⁴⁹³ Vid. LÓPEZ TENA, J. A., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 36.

⁴⁹⁴ Vid. LÓPEZ TENA, J. A., ob. cit., *ibidem*.

En el caso expuesto, la partición de la herencia se suspendería hasta que se produjera el parto, aborto o que el transcurso del plazo legal para llevar a cabo la fecundación asistida desde la muerte del causante, según el artículo 46.4 C. S. Cat.⁴⁹⁵.

También se hace referencia a la capacidad del *concepturus* en la ley 154, párrafo 1º, Comp. Nav., conforme a la cual “*Las disposiciones a título gratuito, por actos «inter vivos» o «mortis causa», pueden hacerse a favor del concebido, e incluso a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación o al de la muerte del testador*”. En su último párrafo, la citada ley 154 establece que “*La aceptación de estas disposiciones y la defensa de los intereses de los hijos, en cuanto a los bienes objeto de la liberalidad, se regirán por lo dispuesto en la leyes 63 y 65 ...*”. Por tanto, mientras se dilucida esta situación, el párrafo 2º de la ley 63 de este mismo cuerpo legal atribuye a los padres “*la defensa de los intereses y expectativas de los hijos concebidos y no nacidos, e incluso de los no concebidos*”. Se trata de personas futuras que reducen las expectativas sucesorias de quienes ya existen o están concebidos⁴⁹⁶.

Igualmente, el artículo 11 L. S. Arag. ha tenido en cuenta figura de los *nondum concepti* en los siguientes términos: “*La herencia deferida a favor de un todavía no nacido, esté concebido o no, se pondrá en administración, con sujeción a las reglas de la herencia bajo condición suspensiva*”.

⁴⁹⁵ Establece que “*La partición se suspenderá.: 4. Si el causante ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida “post mortem”, hasta que se produzca el parto o transcurra el plazo correspondiente según la ley*”. Todo ello, según PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (ob. últim. cit., p. 647), salvo autorización judicial.

⁴⁹⁶ Vid. D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, t. XXXVII, v. 1º, Edersa, Madrid, 1998, p. 37.

Nuestro Código civil ha mantenido silencio sobre la posibilidad de que un *concepturus* pudiera ser llamado directamente a una herencia, lo que ha provocado una cierta controversia doctrinal sobre su admisión.

DE LA CÁMARA ha manifestado que los *nondum concepti* únicamente pueden ser llamados como herederos a través de la institución fideicomisaria, porque considera que el no concebido tan sólo es una entelexia respecto de la cual no se puede postular capacidad alguna⁴⁹⁷. Obviamente, existe la posibilidad de atribuir derechos a personas futuras que todavía no están concebidas en el momento de la muerte del testador, utilizando instrumentos como la institución fideicomisaria, la designación condicional de un heredero (con la condición de que llegue a nacer) o la donación con cláusula de reversión⁴⁹⁸. Pero la cuestión a resolver es distinta, porque lo que se trata de esclarecer ahora es si el *concepturus* puede ser llamado a una herencia de forma directa.

A pesar del escollo que supone este tipo de llamamientos, la voluntad del testador merece ser respetada cuando no se opone a lo dispuesto por la ley. Ésta no exige que el causahabiente esté vivo al morir el causante, a pesar de que el artículo 758 C. c. disponga que “*Para calificar la capacidad del heredero ... se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate*”. El contenido de este precepto más bien se dirige hacia personas ya existentes en el momento de la muerte del causante, pero no hacia aquellas futuras personas cuya capacidad no se puede valorar aún. Por esta razón, no hay que vincular la

⁴⁹⁷ vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio ... cit.*, p. 39. ROCA SASTRE (en “*Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los nascituri*”, RDP, 1946, p. 131) niega la posibilidad de designarle como sucesor.

⁴⁹⁸ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 3, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1993, p. 787.

capacidad a la existencia, máxime cuando se reconoce la sustitución fideicomisaria⁴⁹⁹.

El *favor testamenti* ha hecho que gran parte de la doctrina impida la ineficacia de un llamamiento directo a personas inexistente en el momento del óbito el causante⁵⁰⁰. Por consiguiente, a falta de previsión expresa por el Código civil sobre esta materia, es susceptible de ser aplicado por analogía el artículo 966 C. c. cuando entra en liza un no concebido en materia de partición hereditaria, aunque con ciertas cautelas, ya que los efectos de la división hereditaria se hacen depender del nacimiento del *concepturus*⁵⁰¹. Ello obliga a establecer unos límites temporales, a fin de buscar una certeza que evite una indivisión indefinida, los cuales podrían venir dados por el artículo 781 C. c., también en virtud de la aplicación del principio de analogía.

No obstante, en materia de fecundación artificial *post mortem* el límite temporal vendría aportado por el artículo 9.2 de la L. R. A. H., conforme al cual sólo es posible emplear esta técnica durante un período de doce meses computable a partir de la muerte del varón. En este caso habría que adaptar el

⁴⁹⁹ Vid. DÍEZ PASTOR, J. L., “*Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos*”, AAMN, VI, 1952, p. 547.

⁵⁰⁰ Vid. PUIG BRUTAU, J., ob. cit., p. 103; LLEDÓ YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1992, p. 98; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, V, cit., p. 54; DE CASTRO, F., *Derecho ...*, cit., pp. 136-137; y ALBALADEJO, M., *Curso ...*, t. V, cit., p. 78. También STS de 28 de noviembre de 1986 (f. j. 4º); y RRDGRN de 22 de abril de 1987 y 29 de enero de 1988.

⁵⁰¹ Precisamente el artículo 715, párrafo 3º, del Código civil italiano dispone “*La disposizione del comma precedente si applica anche se tra i chiamati alla successione vi sono nascituri non concepiti*”. Significa que a los no concebidos se les aplica las reglas previstas para los *nascituri*. El párrafo 4º del citado precepto añade “*Se i nascituri non concepiti sono istituiti senza determinazione di quote, l'autorità giudiziaria può attribuire agli altri coeredi tutti i beni ereditari o parte di essi, secondo le circostanze, disponendo le opportune cautele nell'interesse dei nascituri*”. Es decir, el juez podrá atribuir a los coherederos todos los bienes hereditarios o parte de ellos, según las circunstancias, disponiendo de las oportunas cautelas en interés del que pudiera llegar a nacer.

contenido del artículo 966 C. c. a lo dispuesto por el citado artículo 9.2, ya que la herencia permanecerá indivisa hasta que se produzca el parto, en cualquier caso, pero no siempre hasta que se produzca un aborto, puesto que podría emplearse la técnica de la fecundación artificial hasta que se agotara el plazo de doce meses fijado por el legislador⁵⁰².

- c) Para concluir con el examen de los límites que la ley impone al ejercicio de la facultad divisoria de la herencia, sólo hacer una breve referencia a ciertos supuestos previstos expresamente por nuestro Derecho foral, sobre los cuales nuestro Código civil guarda silencio.

Comenzamos valorando la hipótesis que aparece en el artículo 46, 5 C. S. Cat., que ordena la suspensión de la partición hereditaria: *“Si el causante ha hecho alguna disposición a favor de una fundación que ha ordenado crear en el testamento, hasta que quede constituida válidamente de conformidad con la ley”*.

A pesar de que nuestro del Código civil nada expresa sobre este asunto, sería posible aplicar analógicamente lo establecido por el artículo 966 C. c. Ello significaría que la partición de la herencia también quedaría suspendida en el caso de que el testador dispusiera en favor de una fundación, que aún no ha sido creada, hasta que se constituyera. A ello apunta la STS de 28 de noviembre de 1986 (f. j. 4º), que hubo de decidir sobre un caso en el que una cofradía religiosa en fase de constitución fue llamada a una herencia, y decidió que esta circunstancia no impedía “su aptitud para suceder por testamento siempre que

⁵⁰² Del mismo modo, la valoración del transcurso del tiempo para saber si la mujer está embarazada no sería sólo el de los 300 días computables desde la muerte del marido o compañero, según lo dispuesto por el artículo 116 C. c., sino el de 665 días, porque al primer plazo habría que añadir los 365 días que suponen los doce meses que la ley recoge para que la mujer pueda ser fecundada de modo artificial *post mortem*. En el mismo sentido, CALLEJO RODRÍGUEZ, C., ob. cit., pp. 205-206.

lleguen válidamente a constituirse, al modo como por analogía ocurre con las personas físicas concebidas y no nacidas (...) y también para los no concebidos”.

El artículo 46 C. S. Cat. también alude a la suspensión de la partición hereditaria en los siguientes casos: “2. *Si se ha entablado una demanda sobre filiación, hasta que se dicte sentencia firme.* 3. *Si se ha iniciado un expediente de adopción, hasta que éste termine con sentencia o resolución firme*”.

Aunque nuestro Código civil tampoco dedica precepto alguno a solucionar los problemas que plantean dichas situaciones, merecen ser tratadas, porque repercuten sobre la división del caudal relicto.

En esta línea, nos parece razonable mantener que la partición hereditaria no puede ser efectiva en tanto la resolución judicial no resuelva la cuestión planteada sobre la filiación, conforme a los artículos 131-141 C. c., porque puede producirse una modificación subjetiva en cuanto a los partícipes de la comunidad hereditaria, aumentando o disminuyendo su número; e incluso cabe la posibilidad de que ésta no llegue a existir, si sólo hay un único llamado⁵⁰³. Ante tal incertidumbre lógico es pensar que se pueda aplicar por analogía el artículo 966 C. c. con las interpretaciones que de él hemos hecho.

⁵⁰³ Cfr. con el artículo 715, párrafo 1º, del Código civil italiano: “...*la divisione non può avere luogo durante la pendenza di un giudizio sulla legittimità ... o sulla filiazione naturale di colui che, in caso di esito favorevole del giudizio, sarebbe chiamato a succedere ...*”. Viene a imponer la indivisión de la herencia cuando se está discutiendo sobre la filiación de uno de los que son llamados a una herencia. Aunque, conforme al párrafo 2º del mencionado artículo 715, la autoridad judicial podrá autorizar la división correspondiente, si se adoptan las debidas cautelas.

Lo mismo cabría plantearse si nos encontramos ante un proceso de adopción, porque al fin y al cabo el adoptado adquiere sus derechos sucesorios, no por efecto de la propia adopción, sino por efecto de la filiación que se crea a través de aquélla, ya que va a ser esta filiación la determinante para la adquisición de sus derechos sucesorios. Al adoptar como punto de partida estas premisas, debemos valorar las siguientes circunstancias:

- 1^a. El caso de la adopción *post mortem*, previsto en el artículo 176, 3 C. c., conforme al cual “... *podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiera fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento*”.

En la hipótesis contemplada por este precepto se crea una ficción jurídica, por medio de la cual se supone que la adopción ha surtido efectos antes del fallecimiento del sujeto adoptante⁵⁰⁴. En este caso, cualquier persona con interés legítimo (incluido el Ministerio Fiscal) estaría legitimada para solicitar la constitución de la adopción *post mortem*, a fin de proteger el interés del menor.

- 2^a. También podría suceder que hubiera sido llamada a la herencia la persona que va a ser hijo/a adoptado/a de otro sujeto. En esta situación, cabría sostener que al igual que el *nasciturus* es protegido por nuestro ordenamiento cuando es llamado a una herencia, también debería estarlo quien va a adquirir una filiación adoptiva. La razón para defender esta

⁵⁰⁴ En el caso de la adopción internacional, si el adoptante falleciera tras haber prestado su consentimiento, no habría inconveniente en que la filiación adoptiva se constituyese *post mortem*, desde el punto de vista de nuestra legislación. Pero en este caso también estaría presente la legislación del país extranjero conforme a la cual va a ser constituida, por lo que habría que atender a su normativa para determinar si la filiación adoptiva puede nacer constituida en tales términos.

postura la hallamos en que estamos ante un expediente que se encontraría pendiente de resolución a los efectos de la creación de una filiación de esa naturaleza.

Consiguientemente, tanto en un caso como en otro se produciría una situación de incertidumbre, que podría ser susceptible de ser resuelta con la aplicación del artículo 966 C. c.

A tenor de lo tratado hasta ahora, constatamos que existen causas legales que impiden que la partición hereditaria pueda ser materializada, atendiendo a motivos de índole diversa, que oscilan entre la protección objetiva del patrimonio hereditario, y la subjetiva de los llamados a la herencia. A continuación, seguimos con el estudio de los límites al ejercicio del derecho a solicitar la división del caudal relicto, pero desde la perspectiva de la libertad que tienen los comuneros para acordar la indivisión de la herencia. Pasemos a tratar el convenio de indivisión.

B) El convenio de indivisión

En relación con el pacto de indivisión, analizaremos su admisibilidad, a quién puede vincular, y, finalmente, el tema de su forma.

El pacto de indivisión, en el ámbito de la comunidad hereditaria, ha sido reconocido expresamente por el Derecho foral, que no sólo se ha dedicado a admitirlo formalmente, sino que ha ido más allá al aportar una regulación material del mismo⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ Sirva como ejemplo lo dispuesto por la ley 331 Comp. Nav. (*“Cualquiera de los herederos podrá exigir en todo tiempo la división de la herencia, excepto en los casos siguientes: 2) Cuando los herederos lo acuerdan por el tiempo y en cualquiera de los supuestos previstos en el número 1.*

Por el contrario, nuestro Código civil no se refiere explícitamente al pacto de indivisión entre los partícipes de una comunidad hereditaria. Tan sólo prevé en su artículo 1051 que *“Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia ...”*, motivo por el cual su artículo 1052 ha declarado que *“Todo coheredero ... podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia”*. El legislador ha seguido en este aspecto la estela marcada por el artículo 893 del Proyecto de Código civil de 1851, cuyo contenido ha sido reproducido por el citado artículo 1052 C. c.⁵⁰⁶.

Sin embargo, a pesar de la falta de reconocimiento expreso por nuestro Código civil del pacto de indivisión entre los coherederos, son varios los motivos que aconsejan su admisión; principalmente, los siguientes:

- a) Hay que atender a los antecedentes históricos de nuestro Código civil para comprobar cómo el Derecho Romano avala la defensa del pacto de indivisión, por cuanto que el Digesto (10, 3, 14, 2)⁵⁰⁷ permitía decidir a los propios coherederos mantener indivisa la herencia

Mediante nuevo acuerdo, estos plazos podrán prorrogarse por término que, cada vez, no sea superior a diez años”), el artículo 45 C. S. Cat. (*“Todo coheredero ... podrá pedir, en cualquier tiempo, la partición de la herencia. Sin embargo, el causante podrá ordenar, y los herederos convenir unánimemente, que ... no se proceda a la partición durante un plazo que no podrá exceder de diez años a contar desde la apertura de la sucesión*), o el párrafo 2º del artículo 50, 2, L. S. Arag. (*“...los partícipes podrán convenir unánimemente la indivisión por un plazo máximo de quince años”*).

⁵⁰⁶ La expresión *“cualquier tiempo”* fue interpretada por GARCÍA GOYENA (ob. cit., p. 261) como una muestra de que tal precepto alejaba toda posibilidad de convenio de indivisión sobre la herencia.

⁵⁰⁷ El Digesto (10, 3, 14, 2) establecía que *“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”*. Traducción: *“Si se conviniera, que en manera alguna se haga la división, es evidentísimo que semejante pacto no tiene fuerza ninguna; pero si dentro de cierto tiempo, lo cual aprovecha también a la calidad de la cosa mismo, es válido”* ((versión castellana de A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Borillo, Aranzadi, Pamplona, 1968).

a través el pacto de indivisión dentro de unos límites temporales que no precisaba.

Tampoco debemos olvidar lo dispuesto por el artículo 815 de Código civil francés⁵⁰⁸, puesto que es uno de los preceptos que actúa como fuente de inspiración para nuestro legislador sobre esta materia, según el cual se admitía –y admite- el convenio de indivisión entre los coherederos.

Cabe añadir, además, que al artículo 681 del Código civil italiano de 1865⁵⁰⁹ reconocía la posibilidad de pactar la indivisión por un plazo no mayor de diez años.

- b) Hemos de tener presente la aplicación del principio de autonomía privada del artículo 1255 C. c., del que se deriva la idea de que los coherederos pueden convenir la exclusión voluntaria de la

⁵⁰⁸ El antiguo artículo 815 del *Code* de Napoleón establecía: “Nul ne peut être contraint à demeurer dans l’indivision, et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires. On peut cepedant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité: cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans; mais elle peut être renouvelée”. Traducción: “Nadie puede ser obligado a permanecer en comunidad, y la división podrá pedirse siempre, pese a prohibiciones o acuerdos contrarios. Sin embargo, se podrá acordar suspender la partición durante un tiempo limitado: este pacto no podrá obligar más allá de cinco años; pero podrá ser renovado.

El precepto actual declara: “*Nul ne peut être contraint à demeurer dans l’indivision et le partage peut être toujours provoqué, à moins qu’il n’y ait été sursis par jugement ou convention*”. Traducción: “Nadie puede ser obligado a permanecer en comunidad y la división podrá pedirse siempre, a no ser que haya sido aplazada por sentencia o por acuerdo”.

⁵⁰⁹ Este precepto establecía lo siguiente: “Nessuno può esse costretto a rimanere in comunione ...”, aunque admitía después “il patto che si debba rimanere in comunione per un tempo determinato, quando non sia maggiore di dieci anni ...”. Traducción: “Nadie puede ser obligado a permanecer en comunidad”, pero se permitía el pacto de indivisión por un tiempo determinado, que no fuera superior a diez años.

aplicación del artículo 1052 del mismo cuerpo legal. No hay ninguna norma jurídica que prohíba este tipo de convenio, ni es contrario a la moral ni al orden público.

- c) Y, finalmente, hay que defender la aplicación analógica del artículo 400, párrafo 2º, C. c., según el cual “... *será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado ...*”, puesto que nos encontramos con una identidad de razón.

En resumen, la ausencia de reconocimiento del convenio de indivisión entre los coherederos en nuestro Código civil obedece a la idea de economía legislativa que preside también la falta de una regulación de la comunidad hereditaria (salvo en materia de partición), que se basa en aplicar el régimen jurídico previsto para la comunidad ordinaria, máxime cuando hemos mantenido que los artículos 392 y siguientes C. c. regulan una comunidad de bienes como género, donde tiene cabida una comunidad como la hereditaria que participa de su misma naturaleza jurídica romana, aunque sin olvidar su propia singularidad. Ello permite afirmar que el artículo 400, párrafo 2º, C. c. no sólo sirve para dar cobijo al pacto de indivisión entre los coherederos, sino también para aportar una regulación, que es la que va a estar presente en las distintas cuestiones que pudieran surgir al respecto.

Se admite, pues, que los propios partícipes de una comunidad hereditaria suspendan temporalmente el ejercicio del derecho a dividir a través de un pacto de indivisión. Pero, no se exige que todos los comuneros tengan que intervenir en el acuerdo sobre la indivisión para que éste sea eficaz. Parece ser que el artículo 400, párrafo 2º, C. c. acoge la posibilidad de que, en el pacto de indivisión, sólo queden vinculados algunos, y no todos ellos, si esto es lo convenido. Sus términos nada prohíben sobre este particular. Por ende, el principio de autonomía privada del artículo 1255 C. c. permitiría un pacto de esta naturaleza, por no ser contrario a lo dispuesto por la ley, la moral o el orden público.

En consecuencia, nada impide sostener que un pacto de indivisión entre coherederos obligaría sólo a quienes lo suscriban, y no a todos los partícipes de la comunidad hereditaria. Al fin y al cabo, no tiene que ser adoptado necesariamente por unanimidad, porque no se deduce tal exigencia de ningún texto legal⁵¹⁰.

Es cierto que el convenio de indivisión en el que sólo prestan su voluntad algunos coherederos para no instar la división de la herencia resulta más complejo, por la especial configuración de la comunidad hereditaria. Los herederos son llamados a una universalidad de relaciones jurídicas activas y pasivas que sobreviven al difunto, y la partición exige un proceso de liquidación de las deudas del causante, a fin de hallar un activo neto. Sin embargo, ello no es óbice para que sólo algunos coherederos acuerden excluir la aplicación del artículo 1052 C. c. en los términos del artículo 400, párrafo 2º, del mismo texto legal.

Un pacto de tal naturaleza tendría unos efectos relativos, porque nunca repercutiría sobre los coherederos no vinculados por el convenio de indivisión. Significa que quienes no lo hubieran suscrito podrían promover la partición de la herencia, pero no quienes hubieran sido parte del pacto de indivisión, a los que siempre se les podría oponer la eficacia del mismo. Sin embargo, esta partición afectaría a toda la herencia, y no sólo a la parte que pudiera corresponderle a quien ejercitara su derecho, por lo que la partición conllevaría la extinción de la comunidad hereditaria al adjudicar lotes conforme a lo dispuesto por los artículos 1061 y 1062 C. c. Digamos que el ejercicio del derecho a dividir la herencia provocaría la disolución de la comunidad hereditaria, al atribuir a la partición un carácter universal, que hace

⁵¹⁰ Cfr. con el artículo 50, 2, L. S. Arag. establece: “... *los partícipes podrán convenir unánimemente la indivisión ...*”. Por su parte, el artículo 45 C. S. Cat. manifiesta: “... *el causante podrá ordenar, y los herederos convenir unánimemente, que ... no se proceda a la partición ...*”. No obstante, pese a que el legislador ha empleado el adverbio “*unánimemente*”, no parece que el lenguaje sea coercitivo (que obligue a que los pactos de indivisión tenga que ser realizados de este modo para que sean eficaces), sino más bien permisivo. Parece nombrar la situación más común, pero no la única.

que sus efectos vayan dirigidos contra todos los comuneros y recaigan sobre el conjunto de la herencia⁵¹¹.

Por tanto, si el resto de los coherederos quisiera continuar en estado de comunidad con los bienes adjudicados, sólo les quedaría la posibilidad de formar una comunidad convencional *a posteriori*, que tendría su causa en el pacto de indivisión, si éste llevara aparejado la obligación de mantenerse vinculados en una relación jurídica de comunidad. Se trataría de un acuerdo que no afectaría a la disolución de la comunidad hereditaria ante el ejercicio del derecho a dividir por quien no hubiera suscrito el pacto de indivisión. Tan sólo generaría la obligación de constituir una comunidad de bienes con los lotes que hubieran sido adjudicados a los sujetos vinculados, por lo que no existiría una continuidad de la comunidad hereditaria, sino la creación de una comunidad de bienes de origen hereditario, que estaría sometida a la acción de división del artículo 400, párrafo 1º, C. c.

Para terminar con el análisis del convenio de indivisión, sólo hacer una breve referencia al título en el que se sustenta la restricción del derecho a dividir la herencia, que ostenta cada uno de los copartícipes de una comunidad hereditaria. Éste es el pacto de indivisión, que debe tener un carácter expreso, en cuanto que ha de existir una voluntad manifiesta de vincularse en este sentido. Por esta razón, la STS de 22 de julio de 2002 ha manifestado que este pacto no se deducirá por sí solo de una falta de ejercicio de la facultad de dividir “durante un período de tiempo más o menos largo”. Al contrario, hará falta un convenio de indivisión que no obligará a los comuneros a permanecer en comunidad, ni actuará como causa de atribución patrimonial como si

⁵¹¹ Al interpretar el artículo 1111 del Código civil, BRANCA (ob. cit., pp. 271 y ss) llega también a la conclusión de que el ejercicio de la *actio communi dividundo* va dirigido contra todos los comuneros, porque se trata de un juicio universal. Aunque FAVELE (*La comunione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 533) no admite un pacto de indivisión que vincule sólo a algunos partícipes de la comunidad.

de una sociedad se tratara, o como vínculo que les obligue a realizar una prestación determinada, sino que tan sólo les exigirá que no ejerciten su derecho a dividir⁵¹².

El carácter expreso del convenio de indivisión se justifica en que supone una restricción a la facultad divisoria de todo partícipe de una comunidad hereditaria, a la luz de lo dispuesto por los artículos 1051 y 1052 C. c. Se produce una modificación en el contenido del derecho subjetivo del cotitular afectado, al exigirle que se abstenga de solicitar la partición hereditaria y la consecuente disolución de la comunidad. Aunque, todo ello no niega la aplicación al pacto de indivisión del principio de libertad de forma del artículo 1278 C. c.

Queda claro que los partícipes de una comunidad hereditaria pueden acordar la indivisión del caudal relicto. Pero también es posible que sea la voluntad unilateral del propio testador la que coarte la libertad de aquéllos para promover la partición hereditaria, al prohibirles el ejercicio de la facultad divisoria que les asiste en toda relación de comunidad, tal y como vamos a examinar a continuación.

C) Especial referencia a la voluntad unilateral del testador

1. Antecedentes históricos

El artículo 1051, párrafo 1º, C. c. dispone que *“Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división”*. Como se puede comprobar, existe una contraposición de intereses en este precepto. Por un lado, tenemos el posible interés de

⁵¹² Vid. MIQUEL, J. M., *Comentarios del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1104.

los coherederos en extinguir la comunidad hereditaria, y, por otro, el eventual del testador en procurar que no se disuelva.

El Código de Justiniano (3, 37, 5) se manifestó con rotundidad en favor del principio individualista propio del sistema romano que impedía que alguien pudiera ser compelido contra su voluntad a permanecer en una relación de comunidad, al establecer: “*In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*”. No se tuvo en cuenta la posibilidad de que el testador pudiera ordenar la indivisión de la herencia para hacer prevalecer otro tipo de intereses⁵¹³, si bien el Digesto (10, 3, 14, 2) permitió el pacto de indivisión entre los coherederos⁵¹⁴.

Tampoco las Partidas tuvieron en cuenta una limitación al derecho a dividir de los coherederos por la voluntad del testador, merced a lo cual siguieron en este aspecto los principios romanos. De este modo, la Partida 6ª (15, 2) tan sólo estableció 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*”.

Ya en el período de la Codificación, el artículo 893 del Proyecto de Código civil de 1851 tan sólo reconocía que “*Todo coheredero ... puede pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia*”. Se trataba de un precepto que adoptaba como punto de partida el artículo 815, párrafo 1º, del Código civil de Napoleón, según el cual “*Nul ne peut être contraint à demeurer dans l’indivision, et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires*”⁵¹⁵. Esto es, nadie podía ser forzado a permanecer en la indivisión. Con esta disposición el legislador francés mantenía la atribución a los herederos de una facultad divisoria que

⁵¹³ Aunque se cambió de perspectiva en el *ius commune* medieval. Respecto de esta cuestión, VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama ...*, I, cit., p. 378) recoge que BARTOLO interpretó la cláusula testamentaria del Digesto (33, 1, 7) del tal modo que de ella se deducía que el padre podía mandar que los hijos permanecieran en comunidad durante cierto tiempo, sin plantear este tema de forma directa.

⁵¹⁴ Vid. *supra* nota 507.

⁵¹⁵ Traducción vid. *supra* nota 508.

plasmaba las influencias del más riguroso criterio romano y del principio individualista que impregnaba todo este *Code*.

Sin embargo, posteriormente el anteproyecto de Código civil de 30 de abril de 1888, pese de seguir en general el proyecto isabelino de Código civil⁵¹⁶, introdujo algunos cambios⁵¹⁷, de los que cabría resaltar el que figuraba en su artículo 1068, conforme al cual *“Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando lo prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las que se anula o disuelve la sociedad o la comunidad”*⁵¹⁸. Este texto se convierte en el antecedente inmediato del actual artículo 1051 C. c.

Por tanto, aunque la base 18 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 estableció que *“Respecto de ... la colación y partición, ... se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia”*, el artículo 1051 C. c. podría ser considerado como una novedad en cuanto que el derecho a solicitar la partición hereditaria no

⁵¹⁶ Vid PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *“El Anteproyecto del Código civil de 30 de abril de 1888”*, ADC, octubre-diciembre, 1960, pp. 1171-1193; y *“Antecedentes del Código civil”*, ADC, octubre-diciembre 1965, pp. 911-920.

⁵¹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS [en *“El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)”*, *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. 1, sección 4ª, Reus, Madrid, 1965, pp. 7-14, y pp. 23-28] ha precisado que el Anteproyecto de Código civil coincide esencialmente con el Proyecto de Código civil de 24 de abril de 1882.

⁵¹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (ob. últim. cit., p. 332) ha mantenido que este precepto se ha inspirado en el artículo 4041 del Código de Méjico de 20 de diciembre de 1870, donde se preveía que *“A ningún coheredero puede obligarse a permanecer en la indivisión de los bienes, ni aun por prevención expresa del testador”*. Y fundamentalmente en el artículo 942 del Anteproyecto belga de Código civil de 1879 de Laurent, que establecía: *“Nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión; y podrá siempre promoverse la partición, no obstante existir pacto en contrario. El testador no puede prohibir ni suspender la partición”*.

había estado sometido a una limitación de este tipo en nuestro derecho histórico hasta entonces⁵¹⁹.

Siendo esto así, destacaríamos que el artículo 1051 C. c. no refleja el rigor individualista del mencionado artículo 815 del *Code* francés, a pesar de servir de inspiración al legislador del Proyecto de Código civil de 1851, y de estar presente en todos los trabajos preparatorios del Código civil, ya que el legislador francés tan sólo contempló el pacto de indivisión de la herencia entre los coherederos⁵²⁰. Sólo posteriormente se fue atenuando su rigidez con la introducción de nuevos párrafos⁵²¹.

Lo que sí se podría sostener es que la redacción del artículo 1051 C. c. se ve influenciada más profundamente por el texto del artículo 984 del Código civil italiano de 1865 (reproducido en los párrafos primero, segundo y cuarto del artículo 713 del vigente Código de 1942; no así en el tercero, cuyo supuesto se incorpora al texto actual *ex novo*⁵²²) inspirado, a su vez, en el artículo 1030 del Código Albertino vigente

⁵¹⁹ También se permite en el ámbito del Derecho foral que una disposición testamentaria pueda imponer la suspensión de las operaciones particionales de la herencia por un tiempo determinado, y que incluso ordene su gestión. Actualmente la ley 331 Comp. Nav. establece que “*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 ...*”. También se pronuncia en el mismo sentido el artículo 45, párrafo 1º, C. S. Cat.: “*Todo coheredero ... podrá pedir, en cualquier tiempo, la partición de la herencia. Sin embargo, el causante podrá ordenar ... que ... no se proceda a la partición ...*”; o, finalmente, el artículo 50, 2 L. S. Arag., según el cual “*... el disponente podrá ordenar que ... no se proceda a la partición durante un tiempo determinado ...*”.

⁵²⁰ vid. PLANIOL, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. 3, París, 1924, p. 551.

⁵²¹ Se mantiene el derecho a dividir, con ciertas salvedades. Entre ellas cabe resaltar la suspensión de su ejercicio por decisión del juez o por el acuerdo unánime de los coherederos (vid. SÉRIAUX, A., *Les successions. Les libéralités*, PUF, París, 1986, pp. 315-317).

⁵²² Este precepto establece lo siguiente:

“I coeredi possono sempre 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.

en Piamonte el 1 de enero de 1838⁵²³. En él no sólo se atribuía al comunero un derecho a solicitar la partición de la herencia cuando lo estimara oportuno, sino que además se reconocía la facultad del testador para prohibir su división cuando todos los herederos instituidos, o alguno de ellos, fuera menor de edad, hasta que hubiera transcurrido un año a contar desde la mayoría de edad del heredero más joven.

Por consiguiente, nuestro artículo 1051 se aleja en una gran medida de los postulados individualistas que inspiran el Código civil, los cuales miran con desfavor una relación de comunidad y proclaman el derecho a dividir que todo comunero tiene, porque *communio est mater discordiarum*. Se admite una prohibición de dividir la herencia *ex voluntate testatoris*, a fin procurar que el patrimonio hereditario se mantenga indiviso. MANRESA ya manifestó que se trataba de respetar la voluntad del testador, motivo por el cual si los herederos no querían quedar vinculados por dicha obligación, sólo les quedaba la posibilidad de no ser herederos a través de la renuncia a la herencia a la que habían sido llamados⁵²⁴. Algún autor incluso se ha atrevido a

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”.

Su traducción podría ser la siguiente:

“Los coherederos siempre pueden reclamar la división.

Pero cuando todos los herederos instituidos o alguno de ellos son menores de edad, el testador puede disponer que la división no tenga lugar hasta que no haya transcurrido un año desde la mayoría de edad del último nacido.

Puede también disponer que la división de la herencia o de algunos bienes de ella no tenga lugar antes de que transcurra desde su muerte un período no superior a un quinquenio.

No obstante en ambos casos la autoridad judicial, en caso de que graves circunstancias lo requieran, puede a instancia de uno o más coherederos, consentir que la división sea efectuada sin demora o después de un término menor de aquel establecido por el testador”.

⁵²³ Vid. PACIFICI-MAZZONI, E., *Trattato delle Successioni*, parte 2ª, vol. VI, Ed. Fratelli Cammelli, Firenze, 1910, p. 255.

⁵²⁴ Vid. MANRESA NAVARRO, J. M., ob. últim. cit., p. 661. Este autor (ob. cit., p. 662) añadió que la prohibición de dividir lleva a un estado que “la ley repugna, por estimarlo contrario a la libre circulación de la riqueza, al desarrollo y producción de la propiedad, a los intereses de los partícipes y a la armonía de las familias”. Sin embargo, la ley lo admite, y considera que el testador es la persona más apropiada para apreciar la continuidad del patrimonio unido durante un cierto tiempo.

calificar de comunidad forzosa a aquella comunidad hereditaria que no se puede disolver mediante de la partición hereditaria porque el causante así lo ha establecido, en la medida en que los herederos se encuentran obligados a acatar lo dispuesto por éste⁵²⁵.

Una vez analizados los posibles antecedentes históricos del artículo 1051 C. c., vamos a tratar a continuación de una serie de aspectos ligados precisamente a la facultad que dicho precepto atribuye al causante. Empezaremos por el estudio de su ámbito subjetivo.

2. Ámbito subjetivo

Bajo este epígrafe pretendemos abordar dos asuntos: a) qué sujeto está legitimado para imponer la indivisión de una herencia, a la luz de lo dispuesto por nuestro Código civil; y b) a quiénes afectaría dicha carga.

La solución a la primera de las cuestiones planteadas viene aportada por el propio artículo 1051, párrafo 1º, C. c., que, de modo tajante, sólo faculta al testador para suspender el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*. No lo está el contador-partidor o comisario, como persona delegada de aquél, porque carece de facultad dispositiva sobre el patrimonio del causante. Ni tampoco lo está el albacea, cuya función reside en la gestión de los asuntos que le encomendó el testador, razón por la cual sólo podría encargarse de velar por el cumplimiento de la voluntad testamentaria de mantener indivisa la herencia.

⁵²⁵ LACAL, P., “La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo”, RCDI, agosto, 1931, p. 579.

El artículo 1051 C. c. se expresa en los mismos términos que el párrafo 2º del artículo 713 del Código civil italiano, ya que ambos preceptos se refieren a la figura del testador, y no a otra, como la persona a la que se permite prohibir la división de la herencia⁵²⁶.

No obstante, el legislador italiano ha ido más lejos, y además ha permitido, en el artículo 717 del *Codice* lo siguiente: “*L’autorità giudiziaria, su istanza di uno dei coeredi, può sospendere, per un periodo di tempo non eccedente i cinque anni, la divisione dell’eredità o di alcuni beni, qualora l’immediata sua esecuzione possa recare notevole pregiudizio al patrimonio ereditario*”⁵²⁷. Tales términos han sido interpretados por la doctrina italiana como una concurrencia de causas que afectan al interés objetivo y colectivo del patrimonio hereditario, y no al subjetivo de cada uno de los singulares coherederos (que puede coincidir con el primero, o no)⁵²⁸. Se trata de una facultad que el Código civil italiano atribuye al juez, incluso en el caso de que exista una prohibición testamentaria de dividir. La división, entonces, podría ser suspendida por la autoridad judicial una vez transcurrido el período de indivisión impuesto por el causante. En consecuencia, la diferencia fundamental entre la restricción testamentaria y la impuesta por el juez residiría en que la primera podría estar fundamentada en cualquier razón que resultara oportuna para mantener la indivisión, mientras que la segunda sólo actuaría a instancia de uno o algunos

⁵²⁶ CICU (ob. cit., p. 702) ha manifestado que, aunque en los trabajos preparatorios del Código civil italiano vigente el poder del testador se justificaba en la apreciación del padre por el interés de los hijos menores, el artículo 713 del Código civil italiano opta por facultar a cualquier testador para imponer la indivisión, sea o no padre.

⁵²⁷ Traducción: “El juez, a instancia de uno de los herederos, puede suspender, por un período que no exceda de cinco años, la división de la herencia o de algunos bienes, cuando su inmediata ejecución conlleve un notable perjuicio para el patrimonio hereditario”.

⁵²⁸ Entre otros, AZZARITI, F. S., y otros, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1959, pp. 562 y 563; TORRENTE, A. y PESCATORE, G., *Codice civile annotato con la giurisprudenza della cassazione*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 828; AZZARITI, G., *Le successioni e la donazioni*, Jovene editore, Napoli, 1990, pp. 673-674; BRANCA, G., ob. cit., p. 246; y FORCHIELLI, P., *Divisione*, Ed. Zanichelli, Bologna, 2000, p. 107.

coherederos y siempre que la división conllevara un notable perjuicio para el caudal relicto⁵²⁹.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano, no encontramos en nuestro Código civil (ni en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil) un precepto paralelo al ya citado artículo 717. Pese a ello, cabría preguntarse si un juez podría imponer la indivisión del patrimonio hereditario cuando, al ser solicitada la partición hereditaria, apreciara que existe mala fe, entendida ésta, a la luz de lo manifestado por la STS de 9 de octubre de 1986, como la “intención de perjudicar o la falta de una finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado”. En la práctica, ello supondría que, a petición de uno o algunos coherederos, una resolución judicial podría desestimar una demanda para proceder a la división de la herencia si el resultado de ésta generara un enorme perjuicio para el interés colectivo de todos los comuneros. El juez fundamentaría su decisión en la aplicación del principio de buena fe, y valoraría qué tiempo sería el oportuno para que ese gravamen desplegara sus efectos.

Por lo que se refiere a los destinatarios de la prohibición testamentaria de dividir, resulta indiscutible afirmar que serán aquellos que disfruten de la facultad divisoria; que son los que participan de una comunidad hereditaria. Consiguientemente, este gravamen recaerá sobre los coherederos y los legatarios de parte alícuota.

La doctrina ha venido manteniendo mayoritariamente que la restricción testamentaria a la partición hereditaria no vincula a quienes son herederos forzosos⁵³⁰.

⁵²⁹ Vid. PESCATORE, G. y RUPERTO, C., *Codice Civile*, t. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 768.

⁵³⁰ Entre otros, DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A., “Intangibilidad de la legítima” en *Estudios de Derecho Civil*, II, Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 1222-1224; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil”, *Centenario de la Ley del Notariado*, v. 1, Reus, Madrid, 1964, p. 758; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La legítima en*

Por tanto, éstos podrán promover las actuaciones oportunas, a fin de obtener su parte correspondiente de legítima sobre el activo neto, aunque además concorra en su persona la cualidad de heredero voluntario o legatario de parte alícuota. Su condición de legitimario prevalecerá siempre sobre la voluntad del testador.

Por supuesto, la mencionada carga sobre el patrimonio hereditario tampoco afectará a los legitimarios que hubieran sido nombrados como legatarios (*legatum pro legitimam*), o que ya hubieran recibido su legítima por donación *inter vivos*, porque al fin y al cabo ellos no disponen de un derecho a dividir la herencia.

Nos inclinamos por la tesis expuesta. La razón para sostener dicha postura se encuentra en el artículo 763, párrafo 2º, C. c., conforme al cual “*El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo*”; y, fundamentalmente, en el artículo 813 del mismo cuerpo legal, donde se establece que “*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen ...*”. Priman los principios de intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima frente a la voluntad del testador, que respectivamente significan que todo legitimario tiene derecho a percibir su porción hereditaria con bienes del caudal relicto -salvo que el legislador admita lo contrario-, y a no ser privado de la cuantía de los bienes que le

el Código civil, s.e., Oviedo, 1964, p. 147; MUÑOZ DE DIOS, M., “La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos” en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. VI, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 624; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 1051; ALBALADEJO, M, ob. últim. cit., p. 133; MORA ALARCÓN, J. A., *Comunidades de bienes, sociedades civiles, fundaciones y asociaciones*, Edisofer, Madrid, 1996, p. 80; y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 325.

corresponde⁵³¹. De este modo, se procura que todo heredero forzoso obtenga su parte de legítima.

Tan sólo cabría admitir que una prohibición testamentaria de dividir afectara al tercio de mejora en las condiciones que el artículo 824 C. c. establece: “*No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes*”. Pero debe advertirse que en este caso estaríamos contemplando una mera restricción sobre el objeto de la mejora, que tendría su causa en el testamento, y no una suspensión del derecho a dividir la herencia del artículo 1051 C. c.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto hasta ahora, la imposición de un gravamen expreso sobre la legítima podría ser tomada en consideración a través de la llamada cautela sociniana⁵³². Implica que, a cambio de que el legitimario soporte la indivisión del patrimonio hereditario impuesta por la voluntad del causante, aquél salga favorecido con alguna ventaja, ya sea aumentando su cuota hereditaria de participación en la herencia, dispensándole de una imputación sobre su legítima o asignándole un legado. Si no aceptara la legítima con dicha limitación testamentaria, tendría que resignarse a la cuota de legítima estricta con la correspondiente pérdida de las ventajas ofrecidas por el testador. No se trata de obligar a nadie a aceptar un gravamen sobre su legítima, sino tan sólo de permitir una alternativa para el

⁵³¹ Una posición contraria ha mantenido la doctrina italiana (entre otros, MESSINEO, F. ob. cit., p. 380; CICU, A., ob. cit., nota 1, p. 703; FORCHIELLI, P., ob. cit., p. 84; y CAPOZZI, G., *Successioni e donazioni*, t. 2, Giuffrè, Milano, 2002, p. 689), que ha considerado que la intangibilidad de la legítima no se impone cuando existen razones de orden superior. Ahora bien, se apoyan en el artículo 549 del Código civil italiano, a tenor del cual el testador no puede imponer cargas sobre la cuota de los legitimarios, salvo la aplicación de las normas del Título IV del Libro 2º del Código civil italiano, lugar en el que se encuentra ubicado el artículo 713 del mismo cuerpo legal.

⁵³² vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Comentarios ...*, cit., p. 2473.

legitimario, que consistiría en aceptar la carga o limitarse a recibir lo mínimo exigido por la ley; de este modo, escogería lo que más le conviene⁵³³.

El heredero forzoso tendría posibilidad de elegir entre dos opciones lícitas, que en ningún caso se presumirán. Deberán ser impuestas por el testador, quien establecerá una indivisión condicionada al legitimario con cargo al tercio de mejora o a la parte de libre disposición. Precisamente, la STS de 12 de diciembre de 1958 ha reconocido la validez de una cláusula testamentaria en la que el causante “prohíbe que se divida su caudal relicto mientras viva su mujer, estableciendo una sanción para el que reclame la legítima –la de ser privado del tercio destinado a mejora-”. Tampoco ha sido discutida la validez de dicha cláusula por este Alto Tribunal en la Sentencia de 8 de marzo de 1989 (f. j. 1º), en la que el causante “lega a su esposa el usufructo vitalicio de la totalidad de la herencia y prohíbe a los hijos o descendientes pedir la división de la herencia en vida de la esposa del testador, disponiendo que el que no respeta esta orden sea privado de todo cuanto pueda corresponderle con cargo a los tercios de mejora y libre disposición”. De este modo, el testador se acoge a lo dispuesto por el artículo 1051 C. c. y hace extensible la prohibición de partir a los legitimarios, a través de una cautela con opción compensatoria, de la que resulta una incompatibilidad entre reclamar la legítima y percibir lo atribuido *ultra legitimam*.

En otro orden de consideraciones, habría que cuestionarse si la facultad que el citado artículo 1051 C. c. atribuye al testador de prohibir la división de la herencia se hace extensible también a la figura de los colegatarios. Ante este interrogante, cabría matizar lo siguiente:

- a) No nos referimos al supuesto del artículo 891 C. c., según el cual “*Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no*

⁵³³ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “Cautelas de opción compensatoria de la legítima”, *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Reus, Madrid, 1964, p. 614.

ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa”. Lo que este precepto dispone es una multiplicidad de llamamientos a título particular, pero sin que esta situación dé lugar a una comunidad de colegatarios, del mismo modo que la partición hecha por el testador no conduce a una comunidad hereditaria al atribuir bienes concretos a los sujetos⁵³⁴.

- b) Lo que sí tenemos presente, en cambio, es la hipótesis en la que el testamento es el título de atribución de un bien o derecho a un conjunto de sujetos, dando como resultado una comunidad de sucesores a título particular. Es decir, existe un colegado o comunidad de legatarios cuando existe un llamamiento conjunto a varios legatarios, o sea, una atribución de un mismo bien o derecho a varios legatarios.

Por consiguiente, nos encontramos ante una comunidad formada por colegatarios, a la que se aplicaría por analogía el artículo 637 C. c., conforme al cual *“Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales ...”*. En este caso, es la donación la causa de la atribución de unos bienes a unos sujetos que se constituyen en comunidad, mientras que en el supuesto de los colegatarios hallaríamos la causa en otro acto a título gratuito, como es el testamento.

Pero el colegado no constituye una comunidad hereditaria, sino una mera comunidad de bienes, por lo que sus partícipes no disfrutan de la *actio familiae erciscundae*, sino de la facultad divisoria del artículo 400, párrafo 1º, C. c. como cualquier otro comunero. El testador podrá imponer la indivisión de lo legado, no en

⁵³⁴ Aunque VALLET DE GOYTISOLO (en *“Apuntes ...”*, cit. pp. 1433-1434; o *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. 1º, Madrid, 1980, p. 341) ha sostenido la idea de que en el artículo 891 C. c. lo que el testador quiere instituir son herederos, aunque ordene legados. Es una postura que no compartimos porque ello llevaría a dejar vacío de contenido la citada norma e iría contra lo dispuesto por el artículo 768 C. c.

virtud de lo dispuesto por el artículo 1051, párrafo 1º, C. c., sino a la luz de lo dispuesto por la regla 3ª del artículo 26 L. H., del mismo modo que el donante impone la indivisión sobre una comunidad creada a raíz de la donación. La STS de 5 de octubre de 1961 (cdo. 1º) así lo ha reconocido, al manifestar que los comuneros pueden solicitar el cese de la comunidad a través de su división, salvo que “el donante, el testador o los partícipes por un acto solemne, expresen su voluntad de que continúe la indivisión durante el tiempo permitido por la Ley”.

3. **Ámbito objetivo**

En lo concerniente a la determinación del objeto de la prohibición testamentaria de dividir, el artículo 1051, párrafo 1º, C. c. es meridiano, porque expresamente atribuye al testador una facultad para procurar que la “herencia” se mantenga indivisa. Por tanto, el ámbito objetivo de la restricción testamentaria que regula este precepto será el patrimonio hereditario.

Ahora bien, el término “*herencia*” que emplea el artículo 1051 C. c. habrá que entenderlo como activo hereditario, por cuanto que la partición en sentido estricto sólo recae sobre éste, y no sobre el pasivo.

Hablar de activo hereditario permite descartar que la mencionada restricción pueda tener por objeto bienes concretos de la herencia⁵³⁵. Razón: el artículo 1051, párrafo 1º, C. c. sólo acoge la suspensión del ejercicio de la *actio familiae erciscundae* por parte del testador, cuyo objeto es el activo hereditario, y no cada uno de los bienes singulares que lo conforman. En fin, lo único que permite este precepto

⁵³⁵ En contra, ROCA SASTRE (ENNECCERUS, L., KIPP, Th., y WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil*, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguer, J., t. V, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1951, p. 25), quien ha mantenido que el artículo 1051 C. c. se puede referir a toda la herencia o a objetos singulares.

es que el testador impida la disolución de una comunidad hereditaria si algún coheredero quiere usar de su derecho a solicitar la partición.

Que el causante quiera preservar indiviso sólo alguno de los bienes que forma parte del caudal relicto no permite hablar de una indivisión parcial de éste, porque el ejercicio del derecho a dividir nos conduce a un juicio universal que afecta a toda la herencia, y no sólo a una parte de ella. Tenemos presente lo que ya manifestó el Digesto (10, 2, 20,4). En los Comentarios de Ulpiano al Edicto, Libro XIX, se establecía lo siguiente: “*Familiae erciscundae iudicium amplius, quam semel agi non potest, nui causa cognita. Quodsi quaedam res indivisae relictæ sunt, communi dividundo de his agi potest*”⁵³⁶. Se niega así la posibilidad de dividir parcialmente la herencia, porque no cabe reconocer una continuidad de la comunidad hereditaria sobre bienes concretos, una vez realizadas las correspondientes operaciones particionales. Lo contrario significaría aplicar las reglas de la división hereditaria tantas veces como bienes quedaran sin partir⁵³⁷. Y ello no resulta admisible, no sólo porque hemos sostenido que la partición provoca la disolución de la comunidad hereditaria, sino también porque ello iría contra la apreciación de la herencia como una *universitas*.

En consecuencia, si lo que pretende el causante es mantener indiviso alguno de los bienes que conforma la herencia, a fin, por ejemplo, de mantener su destino económico, deberá establecer unas reglas particionales en su testamento que los

⁵³⁶Traducción: “La acción de partición de herencia sólo puede ejercitarse una vez, salvo si el magistrado lo admite tras sumaria cognición. Mas si se dejaron indivisas algunas cosas, puede demandarse respecto a ellas con la acción de división de cosa común (versión castellana de A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Borillo, Aranzadi, Pamplona, 1968).

⁵³⁷ En el marco del Código civil italiano, algún autor (FRANZONI, M., *Il Codice civile commentato con la giurisprudenza*, Ed. Giappichelli e Zanichelli, Bologna, 1999, p. 343) ha alegado que el principio de la universalidad de la división hereditaria no tiene carácter absoluto cuando existe un acuerdo entre las partes al respecto.

herederos estarán obligados a tener presentes en el momento de llevar a cabo la partición.⁵³⁸

El Tribunal Supremo, en una Sentencia de 28 de mayo de 1958 (cdo. 1º), ha declarado que el testador puede imponer ciertas reglas en materia de partición, a través de una disposición testamentaria, y ha considerado que ello constituye “una limitación en cuanto al modo de las operaciones divisorias”. La STS de 7 de septiembre de 1998 ha ido más lejos, y ha distinguido de manera clara las reglas particionales de la partición hereditaria en los siguientes términos: “No toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y (...) 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 (...)-, 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 posibilidad de que el testador imponga ciertas reglas particionales viene reconocida por el propio artículo 786, 1 L. E. C.: “*El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario,*

⁵³⁸ A este caso parece que se refiere el artículo 713, párrafo 3º, del Código civil italiano cuando permite la imposición de la indivisión de la herencia, o de algunos bienes concretos, por parte del testador.

También el artículo 45 C. S. Cat., según el cual “... *el causante podrá ordenar ... que, tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta no se proceda a la partición ...*”; o el artículo 50, 2 L. S. Arag., donde se determina que “... *el disponente podrá ordenar que tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta no se proceda a la partición durante un tiempo determinado ...*”. Creo que todos estos preceptos no derogan el principio que atribuye efectos universales a la partición hereditaria, sino que tan sólo permiten que el causante pueda articular su voluntad de mantener indivisos ciertos bienes de la herencia, a través de unas reglas particionales que vinculen a los coherederos en el momento de proceder a la división de aquélla.

avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos”⁵³⁹.

En tales casos predominaría la voluntad del testador de conservar indiviso un bien en el proceso de reparto y adjudicación de los bienes del caudal relicto. Cobraría especial relevancia lo dispuesto por el artículo 1062 C. c. en materia de indivisibilidad de los bienes, y podría suponer una derogación de lo dispuesto por el artículo 1061 C. c. en cuanto al criterio de homogeneidad que hay que respetar en los lotes hereditarios al obligar a mantener la indivisibilidad de un bien. Pero ello no supondría la aplicación del artículo 1051 C. c.

Tan sólo podría existir una cierta confusión cuando el activo hereditario estuviera conformado por un único objeto. Al respecto, la STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 1996 ha reconocido que si el caudal relicto está compuesto por un único objeto, se sobreponen y confunden “dos acciones legalmente diferentes (la «*actio communi exerciscundae*», de división de la masa hereditaria, y la «*communi dividundo*», o de división de una cosa concreta común)”. A ello podríamos añadir que, mientras existiera una comunidad hereditaria sobre un único objeto, actuaría la *actio familiae exerciscundae*, y no el derecho a dividir del artículo 400, párrafo 1º, C. c.

A mayor abundamiento, cabría evitar los efectos de la *actio familiae exerciscundae*, si el testador actúa en los términos del artículo 1056, párrafo 1º, C. c., conforme al cual “*Cuando el testador hiciere ... la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*”. No obstante, tal actuación no garantizaría que un bien concreto permaneciera indiviso en el caso de que fueran varios sus adjudicatarios, puesto que la partición testamentaria no conllevaría la suspensión de la facultad divisoria del artículo 400, párrafo 1º, C. c. Para procurar este fin, el causante debería hacer pender sobre la adjudicación un

⁵³⁹ La negrita es mía.

gravamen consistente en impedir el ejercicio de la *actio communi dividundo* del ya citado artículo 400, en los términos previstos por la regla 3º del artículo 26 L. H.

Sin embargo, tras la reforma de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la empresa familiar, el actual párrafo 2º del artículo 1056 C. c. señala que *“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”*⁵⁴⁰.

El nuevo párrafo 2º del artículo 1056 C. c. se incorpora en el proceso de enmiendas al proyecto de Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la empresa familiar en el Senado⁵⁴¹, que es aprobado en su redacción con leves retoques⁵⁴². La

⁵⁴⁰ El derogado artículo 1056, párrafo 2º, C. c. disponía que “El padre que en interés de una familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos”. DE LOS MOZOS (*Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el derecho agrario*, Servicio Publicaciones agrarias, Madrid, 1977, p. 89) ha sostenido al respecto que siempre que hubiera dinero en la herencia, el causante tenía recursos para mantener indivisa una explotación agraria.

⁵⁴¹ Es el grupo popular el que hace la propuesta, a fin de modificar también los artículos 1271 y 1406, párrafo 2º C. c. (BOCG, Senado, Serie II: Proyecto de Ley, 12 de febrero de 2003).

justificación que se aporta a tal modificación se basa en la búsqueda de una sucesión más adecuada con respecto a la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, paquete mayoritario en varias empresas, o paquetes de control, en orden a evitar que las empresas familiares desaparezcan en un segunda o tercera generación. En atención a la consecución de este objetivo, el titular puede diseñar la sucesión familiar de su empresa, que no desea que aparezca fragmentada en la siguiente generación.

Con su lenguaje permisivo, el artículo 1056, párrafo 2º, C. c. procura herramientas al testador para soslayar los efectos perniciosos que el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* podría acarrear sobre su empresa, integrada tras su muerte en la masa hereditaria (desintegración o pérdida de control societario)⁵⁴³. Ahora bien, el legislador no busca tan sólo la defensa de la voluntad del causante, sino también la salvaguarda del interés general que supone evitar que las empresas puedan desaparecer tras la muerte de su titular, con el correspondiente perjuicio para la riqueza de un país.

Sin olvidar las connotaciones económicas que presenta el artículo 1056, párrafo 2º, C. c., conviene acometer su examen desde dos puntos de vista:

⁵⁴² La nimia diferencia estribaba en que el artículo 1056, párrafo 2º, *in fine*, C. c. disponía: “No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en los artículos 843 y 844.1º de la sección octava del capítulo dos de este Libro, relativa al pago de la porción hereditaria en casos especiales”.

⁵⁴³ BALLARÍN (“La sucesión «mortis causa» en la explotación agraria”, RDN, abril-junio, 2001, pp. 27-28) ha ido más allá y ha interpretado el artículo 1056, párrafo 2º, C. c. en términos favorables al contrato sucesorio a fin de conservar indivisa una explotación económica. Ha creído que no sería descabellado entender que los autores de la codificación pretendieron con este artículo acercarse al Derecho foral y permitir el contrato sucesorio excepcionalmente, ya que en Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra sí se admite.

- a) Desde la óptica de una interpretación sistemática, el artículo 1056, párrafo 2º, C. c. sólo se aplicaría en el ámbito de la partición testamentaria.

- b) Desde la perspectiva de la protección de la legítima, este precepto supondría una excepción a la regla de que el pago de ésta debería hacerse con bienes hereditarios.

Tras la reforma introducida por la Ley 7/2003, de 1 de abril, el párrafo 2º del artículo 1056 C. c. ha reconocido que la voluntad del testador es bastante para “*preservar indivisa una explotación económica*” con su adjudicación plena a un único heredero o conjunto de ellos. El legislador contempla la transmisión *mortis causa* de una empresa bajo el concepto de “*explotación económica*”; una empresa que puede comprender diversas actividades, y que plantea diversos problemas en función de que su configuración sea individual o social (por ejemplo, las sociedades comanditarias o colectivas)⁵⁴⁴.

El Código civil concede al “*testador*”⁵⁴⁵ una facultad que le permite derogar la regla contenida en el artículo 1061 C. c., porque se rompe con el criterio de

⁵⁴⁴ Cuando el objeto de una comunidad hereditaria es una empresa, chocan dos principios incompatibles: el carácter estático de la comunidad, con el carácter dinámico que tiene la empresa. Por ello, PAZ-ARES (*Curso de Derecho Mercantil*, I, dirigido por A. Menéndez y R. Uría, Civitas, Madrid, 1999, pp. 453-455) ha dado prevalencia a la empresa, y ha sostenido que, en tal caso, la comunidad hereditaria se convierte en una sociedad. Aunque matiza que, mientras las relaciones externas se someten a la normativa societaria, las internas continúan bajo las reglas de la comunidad. Algún autor (DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M., ob. cit., pp. 191, 192 y 201 y siguientes) ha añadido que lo que se produce es una continuidad en la gestión de la comunidad, porque la empresa tiene un carácter dinámico frente al carácter estático de la sociedad, por lo que los herederos que continúan la empresa constituyen una sociedad entre ellos.

⁵⁴⁵ Ya no se refiere sólo al padre –como hacía el antiguo artículo 1056, párrafo 2º, C. c.-; y por tanto, tampoco los hijos tienen que ser los único destinatarios o beneficiarios de esta disposición, sino puede serlo también cualquier otro sujeto.

homogeneidad cualitativa de los lotes hereditarios que tal precepto mantiene; así como la exclusión de lo dispuesto por el artículo 1062 del mismo cuerpo legal, en cuanto que no se tendría que proceder a la venta de la empresa en pública subasta, como exige este precepto, si es considerada indivisible o desmerece mucho por su división⁵⁴⁶.

Al fin y al cabo, lo dicho deja fuera de juego las consecuencias derivadas de la *actio familiae erciscundae*, porque el artículo 1056, párrafo 2º, C. c. se enmarca en el proceso de partición previsto por su primer párrafo. Pero, ¿se consigue mantener indivisa una empresa que ha sido adjudicada a varios sujetos cuando éstos disponen de la *actio communi dividundo*?

Para contestar a esta cuestión habría que valorar el espíritu del párrafo 2º del tantas veces citado artículo 1056. Allí es donde comprobamos que el testador puede hacer uso de ella “*en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia*” con el fin de “*preservar indivisa una explotación económica*”. Por ende, quedaría desvirtuada esta finalidad si se permitiera a cualquiera de los adjudicatarios ejercitar una facultad divisoria propia de una comunidad de bienes, cuando lo que se persigue con tal partición testamentaria es precisamente todo lo contrario. No hay que olvidar que la distribución de bienes que hace el testador en tales términos está supeditada en todo caso a la conservación indivisa de la empresa.

Los mismos argumentos podrían ser utilizados si se tratara de una empresa societaria con respecto a la cual el testador tiene capital suficiente para conservar su control, a los efectos de procurar su continuidad. El objeto sería un conjunto de

⁵⁴⁶ Algún autor (LLOPIS GINER, J. M., “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056, 2 del Código civil”, *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Aranzadi, Madrid, 2004, p. 62) ha considerado que no estamos ante un bien indivisible en el sentido utilizado por el artículo 1062 del Código civil, porque, si así fuera, lo dispuesto por el artículo 1056 del mismo cuerpo legal tan sólo sería una aplicación de aquél.

acciones o participaciones de una sociedad de capital, anónima o limitada, que confiere el control de una sociedad o grupo de sociedades. Buscaría que los adjudicatarios asumieran una idéntica situación a la suya propia con la facultad que le brinda el artículo 1056, párrafo 2º, C. c. Aunque, debido a los límites de este precepto, esta facultad sólo podría ser ejercitada cuando se dieran las circunstancias apropiadas: que el causante controlara de hecho la sociedad porque es titular de un paquete mayoritario de acciones. Si no es así porque, por ejemplo, éste es insuficiente para decidir el destino de la empresa, podría ser susceptible de ser aplicado al artículo 841, párrafo 1º, C. c., según el cual *“El testador ... podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios”*; pero no al artículo 1056 del mismo cuerpo legal, porque la finalidad de éste es bien clara: mantener el control de la sociedad.

Hablamos de que la finalidad es conservar el control o la gestión de una sociedad de capital a través de la adjudicación de un paquete de acciones o participaciones de la misma a un sujeto o conjunto de ellos. Por tanto, a pesar de la evidente divisibilidad del objeto en valores negociables, los adjudicatarios sólo podrán disponer del paquete de acciones o participaciones en su conjunto. Pero ello no impedirá que, en el caso de que fueran varios los adjudicatarios, uno de ellos diera entrada a extraños a través de la disposición de su cuota. Los demás tan sólo tendrían la posibilidad de ejercitar el correspondiente derecho de retracto (art. 1522 C. c.).

Todo ello es una muestra de que la facultad del artículo 1056, párrafo 2º, C. c. establece un vínculo objetivo (porque impide la división), pero no uno subjetivo (porque permite la libre disposición de las cuotas).

A tenor de todo lo anterior, el legislador ha sido sensible a la necesidad de que, excepcionalmente, el causante pueda ordenar el pago de la legítima con el metálico de la herencia, o a falta de éste con *“efectivo extrahereditario”* en las

condiciones extraídas por el artículo 1056, párrafo 2º, C. c. Con este precepto se ha mitigado el rigor con que se observa el principio de intangibilidad cualitativa de las legítimas en nuestro Código civil, sin afectar en ningún caso a su contenido cuantitativo, motivo por el cual sería más apropiada su ubicación en la parte dedicada al pago de las legítimas, que en la referida a la partición testamentaria.

Lo expuesto aparentemente acerca lo dispuesto por el citado párrafo 2º, del artículo 1056 al contenido del artículo 841 C. c. en materia de pago de las legítimas. No obstante, cada uno de estos preceptos presenta unas peculiaridades propias que lo diferencian del otro, siendo éstas las más representativas:

a) Comenzamos apuntando que el actual párrafo 2º, del mencionado artículo 1056 contempla un supuesto más amplio que el mencionado artículo 841, puesto que el primero se aplica en relación con la legítima de los descendientes, ascendientes y cónyuge viudo⁵⁴⁷, a pesar de que su origen es hallado en la *divisio parentis inter liberos* romana. En cambio, el artículo 841 C. c. sólo tiene aplicación con respecto a la legítima de los descendientes.

b) Además, este artículo 1056 es más estricto en cuanto que exige la concurrencia de un interés concreto para que el testador pueda emplear la facultad que dicho precepto le atribuye: “*la conservación de la empresa*”, “*preservar indivisa una explotación económica*” o “*mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas*”. Al margen de estas posibles finalidades, el causante no podrá disponer que se pague en metálico la legítima o con bienes extraherenciales en los términos de este precepto.

⁵⁴⁷ Oportunamente, algún autor (LLOPIS GINER, J. M., ob. cit., p. 62) ha entendido que podríamos estar ante un nuevo supuesto de conmutación, además del dispuesto en el artículo 839 C. c., siendo en este caso el testador quien lo decide, y no los herederos.

Sin embargo, conforme al artículo 841 C. c., el testador puede ordenar el pago en metálico de la correspondiente legítima, sin requerir para ello un fin concreto.

- c) Finalmente, hay que resaltar que el propio artículo 1056, párrafo 2º, *in fine*, C. c. de por sí dispone que “*No será de aplicación ... lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844*”, preceptos que cobran sentido en su relación con el artículo 842 C. c., según el cual “*... cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia ...*”, merced a lo cual su aplicación también debería quedar excluida. Es una posibilidad que se aplica a la hipótesis del artículo 841 C. c., pero no a la prevista en el párrafo 2º, del ya citado artículo 1056, donde el adjudicatario de la empresa queda obligado a pagar la legítima, en principio, con el resto de los bienes de la herencia, si es que existen, o con bienes extraherenciales, en caso contrario.

Dicho de otro modo, los herederos forzosos, sean o no adjudicatarios de la empresa, podrán reclamar la cuantía de su legítima, por lo que se respetará el principio de intangibilidad cuantitativa, pero no el de la intangibilidad cualitativa, porque no podrán exigir que el pago de la misma se realice a costa de la división de la “*explotación económica*” o del paquete de acciones que permite controlar una sociedad cuando no existan otros bienes para ser abonada. Pero tampoco los adjudicatarios de la empresa estarán facultados para actuar en sentido contrario, ya que predominará en todo caso la voluntad del causante, lo que significa que sólo se podrán liberar de sus efectos si repudian la herencia.

Como conclusión a la disertación llevada a cabo, cabría afirmar que, en el caso del párrafo 2º, del artículo 1056, C. c., la legítima no actúa como una *pars bonorum* (que es el criterio presente en nuestro Código civil)⁵⁴⁸, ya que admite su transformación en una *pars valoris bonorum*, hasta tal punto que el legislador permite realizar su abono con “*efectivo extrahereditario*”; incluso añade que “*podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones*”. Esto caracteriza a la legítima como un derecho de crédito en favor del heredero forzoso, que se calculará en proporción al valor de la herencia en el momento de apertura de la sucesión, y que se conmutará por una suma determinada, siendo susceptibles de ser aplicadas todas aquellas causas que pongan fin a una relación obligatoria⁵⁴⁹.

Mientras tanto, quienes sucedan en la empresa o en el paquete de acciones del causante quedarán constreñidos a realizar lo que haya dispuesto el testador. Tendrán que soportar la carga del pago de las legítimas como si de un modo se tratara. Sólo cabría aplicar el artículo 798, párrafo 1º, C. c. si no se pudiera cumplir con la carga. Dispone este precepto que “*Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero ... no pueda tener efecto la institución ... en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad*”. Pero, si lo que se produce es un incumplimiento de la obligación de pagar las legítimas, se frustraría el deseo del causante. Entonces, ¿se permitiría que los legitimarios pudieran hacer efectivo su derecho con cargo a los bienes de la herencia? Parece que sí.

⁵⁴⁸ Aunque, como ha señalado REAL PÉREZ (*Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988, p. 52), la naturaleza de la legítima es plural en cuanto que ésta es un derecho a percibir por cualquier título una cuantía del patrimonio del causante o su valor, y a ser mencionado en el testamento, siendo el testador quien decidirá el título por el que tendrá lugar la percepción

⁵⁴⁹ Hay que tener presentes las causas de extinción de las obligaciones previstas expresamente en el artículo 1156 C. c., así como cualquier otro acto o negocio -no incluido en dicho precepto-, en virtud de los cuales la obligación deja de existir (por ej., la prescripción, el mutuo disenso, etc.).

Con el examen del artículo 1056 C. c. abandonamos el análisis del objeto de la prohibición testamentaria de dividir del artículo 1051 del mismo cuerpo legal, y pasamos a tratar de determinar qué forma es exigible como vehículo de transmisión de la carga citada, y como modo de defender su eficacia.

4. Ámbitos formal y material

Sobre la cuestión formal hemos de tener presente que el artículo 1051 C. c., conforme al cual el testador debe prohibir “*expresamente la división*” de la herencia. Por ende, no se podrá presumir una restricción que afecta a la libertad que todo coheredero tiene de solicitar la disolución de la comunidad hereditaria, cuando lo considere oportuno, tal y como ya manifestamos al hablar de las prohibiciones de disponer en general. Ello no implica que sea necesaria una disposición testamentaria que recoja de modo categórico ese gravamen, sino que basta con que efectivamente exista una voluntad prohibitiva del causante al respecto⁵⁵⁰.

Ahora bien, deducimos de lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 1051 C. c. que tal restricción en materia de partición hereditaria sólo puede venir impuesta a través de un testamento, por ser una facultad reservada exclusivamente al testador. Seguimos de este modo la estela de la interpretación que se propugna con respecto al artículo 713, párrafo 2º, del Código civil italiano, según la cual la prohibición de dividir el caudal relicto sólo puede tener un origen testamentario, por la razón que acabamos de apuntar⁵⁵¹.

A lo expuesto, hay que aportar los siguientes matices:

⁵⁵⁰ Vid. ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 300.

⁵⁵¹ vid. MORELLI, M. R., *La comunione e la divisione hereditaria*, UTET, Torino, 1986, p. 153.

- a) El causante puede plasmar su voluntad de mantener indivisa su herencia en una cédula testamentaria, en los términos expresados por el artículo 672 C. c.: “*Toda disposición que sobre institución de heredero ... haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo*”. Por tanto, el ejercicio del derecho a dividir puede ser suspendido en virtud de lo dispuesto en tales documentos, siempre que éstos cumplan con las formalidades previstas para el testamento ológrafo.
- b) Asimismo, quien impone una prohibición de dividir el caudal relicto no está obligado a nombrar a unas personas como sucesores *mortis causa*. La herencia puede ser deferida por las reglas de la sucesión intestada, y ello no afectará, en ningún caso, a la eficacia de la carga testamentaria, que no tiene que ir vinculada de forma necesaria al llamamiento de unos herederos voluntarios. Puede ser incorporada por sí sola al testamento, que es el instrumento que contiene las cautelas formales que permiten garantizar la existencia de una voluntad prohibitiva en este sentido por parte del causante.

En consecuencia, la suspensión del ejercicio de la *actio familiae erciscundae* en el ámbito del Código civil ha de tener necesariamente su causa en un testamento. Este gravamen no será eficaz si no se incluye en un acto de esta naturaleza. Por ello, si, por ejemplo, el testador acuerda con quienes presumiblemente van a ser sus herederos la indivisión de la herencia constituida por una empresa a través de un protocolo familiar, aquél no quedará vinculado por cuanto este pacto no podrá restringir la facultad dispositiva del testador. La libertad de testar persistirá, pese a lo manifestado por el causante en este protocolo, y no se podrá argumentar que éste se ha autoimpuesto una limitación. Lo convenido en el protocolo no le obligará a incorporar una cláusula testamentaria que suspenda el ejercicio del derecho a solicitar la división

de la herencia. Ni tampoco los herederos podrán ser conminados a asumir una restricción de este tipo, si ésta no tiene su causa en el testamento.

Que la regla 3º del artículo 26 L. H. permita imponer una prohibición de dividir a través de “*actos o disposiciones de última voluntad*”, lo único que hace es dar cabida a otros actos *mortis causa* distintos del testamento, admitidos por los Derechos forales, tales como las donaciones *mortis causa*, los codicilos, las memorias testamentarias o los pactos sucesorios⁵⁵². Éste es el motivo por el que la ley 331 Comp. Nav. o el artículo 45 C. S. Cat., utilizan el término “causante”, y no el de “testador”, que resulta ser más amplio; o el artículo 50 de la L. S. Arag., el de “disponente” cuando quiere nombrar al sujeto legitimado para imponer la indivisión. Siendo esto así, la prohibición de dividir la herencia podría tener su causa en cualquier un acto *mortis causa* distinto del testamento en el ámbito del Derecho foral.

En lo que respecta al posible contenido material de prohibición testamentaria de dividir la herencia cabría afirmar lo obvio: el legislador faculta al causante para suspender el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, en orden a que los partícipes de la comunidad hereditaria no puedan producir la disgregación del activo hereditario. De esta afirmación podemos extraer las siguientes consecuencias:

- a) Que la faculta prevista en el artículo 1051 C. c. permite al causante procurar la conservación del activo hereditario a través de su permanencia en un estado de indivisión. Pero no parece que, en su ámbito de aplicación, tenga cabida aquella voluntad del testador que persigue una continuidad de la comunidad hereditaria con los mismos

⁵⁵² El artículo 1271, párrafo 2º, C. c., modificado por la Ley 7/2003, de 1 de abril, establece que “*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar 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 artículo 1056*”. De ello se infiere que no se podrá imponer una prohibición de dividir en el ámbito de un pacto sucesorio, porque este precepto excluye todo lo que tenga un contenido dispositivo.

sujetos llamados a ella. Motivo: cualquiera de los partícipes puede abandonar la comunidad hereditaria a través de la enajenación o renuncia a su cuota, ya que éstos no son actos divisorios. Ni siquiera provocan la disolución de aquélla. El mismo artículo 1051, párrafo 1º, C. c., al manifestar que *“Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia”*, da a entender que la citada carga testamentaria no vincula al coheredero a una situación de comunidad, sino a no salir de esta relación mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*. Por lo tanto, si la intención del testador fuera la de procurar que no entraran terceros extraños a formar parte de la comunidad hereditaria, tendría que imponer, además, una prohibición de enajenar la cuota.

En la línea apuntada, también cabría añadir que lo que regula el artículo 1051 del C. c. es la facultad del testador para impedir la indivisión de la herencia, y no su extinción por otra vía distinta. Una interpretación restrictiva de los términos de este precepto nos impide extender los efectos de este precepto a cualquier otra causa de disolución de la comunidad hereditaria. Como ya manifestamos en otro lugar, son múltiples las causas que pueden dar lugar a la desaparición de una relación de comunidad, pero el ya citado artículo 1051 no da cobijo a todas ellas. Sólo trata de una muy específica, como es la partición hereditaria.

- b) Por otra parte, la indivisión de la herencia impuesta por el testador en virtud del párrafo 1º del artículo 1051 C. c. viene a desplazar la aplicación del artículo 1062 de este mismo cuerpo legal, que está pensando más bien en un supuesto de indivisibilidad objetiva de la herencia, y por ello cumple la función de facilitar su partición. En cambio, el párrafo 1º del artículo 1051 acoge una indivisibilidad

subjetiva que precisamente tiene como finalidad preservar la herencia de las operaciones particionales.

- c) Finalmente, la aplicación del párrafo 1º, del tantas veces citado artículo 1051, no resulta oportuna cuando tenemos un único heredero. Ha de existir una comunidad hereditaria, puesto que se trata de suspender el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*.

Si lo que pretende el testador es imponer una prohibición de dividir a un único heredero, a fin de mantener la unidad de la explotación económica que conforma la herencia, aquél contará con otras herramientas que podrán derivarse bien del artículo 1056, párrafo 2º, C. c., bien de la regla 3º, del artículo 26 L. H.

En otro orden de consideraciones, la disposición testamentaria podría tener un contenido más amplio o más limitado en función de cuál fuera la voluntad del testador. Cabría, entonces, hablar de dos posibilidades:

- a) Que el testador impida el ejercicio del derecho a dividir a un coheredero por sí solo, pero lo admita si todos ellos están de acuerdo. En tal caso, aparentemente, lo que el testador buscaría sería que todos acordaran la disolución de la comunidad hereditaria, y evitar así que la decisión de uno se pudiera imponer a los demás.
- b) O que el testador prohíba la partición de la herencia, haya o no acuerdo de todos, puesto que el interés del causante es otro.

Por tanto, si el ámbito material del artículo 1051 afecta sólo al ejercicio de la *actio familiae erciscundae* conviene valorar en el siguiente capítulo de esta tesis qué efectos despliega esta restricción testamentaria.

CAPÍTULO QUINTO

LOS EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA DE DIVIDIR DEL ARTÍCULO 1051 DEL CÓDIGO CIVIL

I. LA EFICACIA JURÍDICA DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

A) Requisitos de validez

La facultad que el párrafo 1º del artículo 1051 C. c. atribuye al testador, en orden a suspender la partición hereditaria, carece de una regulación material que nos permita identificar qué requisitos son esenciales para sostener la validez de su ejercicio. El citado precepto tan sólo reconoce formalmente la figura de la prohibición testamentaria de dividir, motivo por el cual resulta necesario aportar un régimen jurídico con el que poder sustentar su eficacia.

En relación con esta cuestión, participamos de la postura defendida por algunos autores, consistente en hacer una remisión a las condiciones de validez previstas para las prohibiciones de disponer en general⁵⁵³. Pero con el siguiente matiz: creo que no hay que proceder a su aplicación analógica, porque, como venimos sosteniendo, la prohibición de dividir se configura como una de las posibles manifestaciones de las prohibiciones de disponer presentes en la regla 3ª del artículo 26 L. H., en cuanto que actúa como una restricción al ejercicio de la facultad dispositiva. Consiguientemente, parece lógico pensar que su contenido sustancial habrá de ser el previsto para la citada figura jurídica.

Procedemos, a continuación a detallar qué requisitos han de concurrir en una prohibición testamentaria de dividir para que ésta sea válida.

⁵⁵³ Así lo han entendido Mariano MUÑOZ DE DIOS (ob. cit., p. 627), y Manuel ALBALADEJO (ob. últim. cit., pp. 300-301), aunque mediante una aplicación analógica.

1. El carácter expreso de la prohibición de dividir la herencia

A la luz de lo dispuesto por el citado artículo 1051, párrafo 1º, C. c., el causante tiene que manifestar “*expresamente*” su voluntad de que el patrimonio hereditario permanezca indiviso. Pero el empleo de este adverbio por nuestro legislador no debe llamarnos a engaño, porque no debe entenderse en un sentido riguroso. Esto es, no implica que la voluntad del testador se tenga que manifestar de modo expreso. Este aspecto ya se deduce del hecho de que el testamento tenga que ser el vehículo necesario para que aquélla sea exteriorizada.

Así pues, “*expresamente*” viene a significar que la existencia de una restricción testamentaria de este cariz (como cualquier otra limitación en los derechos) no podrá presumirse en ningún caso. Habrá de constar efectivamente o de una manera clara. Es el significado que normalmente se atribuye a la palabra *expresa* cuando aparece mencionada en ciertos preceptos de nuestro Código civil⁵⁵⁴. Viene a señalar que la declaración no puede ser presunta, sino segura, cierta o evidente⁵⁵⁵. *Mutatis mutandis* cabría mantener el mismo criterio interpretativo con respecto al artículo 1051, ya que de él no se desprende lo contrario.

Por consiguiente, no sólo no se obliga el causante a emplear los términos “prohibición de dividir la herencia” o similares, sino que la existencia de esta restricción además se podría deducir de una voluntad tácita (que no presunta)⁵⁵⁶; de unos hechos concluyentes que denoten inequívocamente una intención en este sentido,

⁵⁵⁴ Vid., por ejemplo, los siguientes artículos del Código civil donde se utiliza idéntico término: 785, 1137, 1153, 1169, 1550, 1755, etc.

⁵⁵⁵ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, I, Edisofer, Madrid, 2006, p. 580.

⁵⁵⁶ Ya afirmó VALLET DE GOYTISOLO (“La voluntad del causante ley de la sucesión” en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia Castaño*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, p. 732) que no tiene el mismo significado la voluntad tácita del testador que la presunta.

y que coadyuven en la tarea de la exégesis de la disposición testamentaria que parece generar este gravamen para los herederos. Esto nos llevaría a la aplicación de las reglas de interpretación de los testamentos que, conforme al párrafo 1º del artículo 675 C. c., establecen que “*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. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*”.

Precisamente, la STS de 18 de julio de 1998 (f. j. 8º) ha manifestado que “la labor hermenéutica de todo testamento (o de alguna de sus cláusulas) ha de consistir (...) en tratar de conocer la verdadera voluntad del testador, la cual, una vez averiguada, ha de prevalecer incluso sobre el tenor literal de las palabras utilizadas en el testamento (o en la cláusula respectiva), en caso de discrepancia entre aquella y éstas”. En el mismo sentido se ha pronunciado la STS de 26 de abril de 1997 (f. j. 2º), al considerar que “la interpretación de los actos testamentarios, aunque tendrá también su punto de partida en las declaraciones del testador su principal finalidad es la de investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, pues no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación -causante y herederos- sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o inadecuación de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al testamento”⁵⁵⁷.

Cuando existan dudas sobre si la voluntad real del causante es la de imponer esa restricción a la partición de la herencia, aplicaremos por analogía el axioma *in dubium contra fideicommissum*. Consiguientemente, los partícipes de una comunidad hereditaria disfrutarán de su derecho a dividir el caudal relicto sin límite alguno.

⁵⁵⁷ También, las SSTS de 8 de julio de 1940 (cdo. 6º), de 6 de marzo de 1944 (cdos. 3º y 4º), de 3 de julio de 1947, de 3 de abril de 1965 (cdo. 2º), de 12 de febrero de 1966, de 9 de junio de 1971 (cdo. 3º), y de 29 de enero de 1985 (cdo. 2º).

2. La justa causa

La causa aparece como otro de los requisitos esenciales que debe concurrir en toda prohibición testamentaria de dividir. Se configura como un elemento necesario para su validez, pese a no haber sido previsto específicamente por el párrafo 1º del artículo 1051 C. c.⁵⁵⁸. De este modo se evita que esta limitación obedezca a un interés caprichoso del causante, y se concilia la libertad del causante interesado en sostener la indivisión de la herencia con el principio individualista que impregna nuestro Código civil, según el cual cualquier comunero puede solicitar en cualquier momento la partición de la herencia.

Las razones que abonarían la causalización de la disposición testamentaria que impide el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* serían las siguientes:

- a) Los antecedentes históricos del artículo 1051, párrafo 1º, C. c., que tienen fundamentalmente su origen en el texto del artículo 984 del *Codice* italiano de 1865, conforme al cual se atribuía al testador la facultad de mantener indivisa la herencia, hasta que transcurriera un año desde la adquisición de la mayoría de edad del heredero más joven⁵⁵⁹. Subyacía la idea de que ha de existir un justo motivo para sostener la validez de tal restricción testamentaria: la protección del interés del heredero menor de edad, quien, al tener limitada su capacidad de obrar, no podía participar en la división de la herencia sin un control judicial previo, motivo por el que a través de la indivisión se procuraba que esta partición tuviera lugar cuando alcanzase

⁵⁵⁸ Vid. MUÑOZ DE DIOS, M., ob. cit., p. 627; y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., ob. cit., p. 22.

⁵⁵⁹ Vid *supra* nota 522.

su mayoría de edad, a fin de que él mismo pudiera encargarse de sus propios asuntos⁵⁶⁰.

El espíritu del precepto italiano sería limitar la libertad del causante para imponer la indivisión del caudal relicto mediante la exigencia de una causa justa. Del artículo 1051 de nuestro Código civil se podría desprender la misma idea, aunque este precepto haya prescindido de hacer una declaración expresa al respecto. La razón de esta ausencia podría ser la de abarcar no un motivo concreto, sino cualquier interés que pudiera justificar una limitación en la división de la herencia impuesta por el causante.

- b) Cabría aplicar por analogía lo dispuesto por el ya estudiado artículo 1056, párrafo 2º, C. c. que, a fin de impedir los efectos perniciosos que podría provocar el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* sobre una empresa (con respecto a su continuidad o a su control por los herederos), permite al testador disponer que la legítima pueda ser pagada en metálico o con bienes extrahereditarios, siempre que el ejercicio de esta facultad se realice “*en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia*”. Como excepción que modifica la aplicación de las reglas sucesorias, necesita venir asistida por un interés justo, que el propio legislador se ha encargado de prever.

Por consiguiente, si el citado artículo 1056 conmina a que un interés justifique una alteración con respecto a la aplicación de las normas de Derecho sucesorio que nuestro Código civil recoge, no encontramos razón alguna para basar la singularidad de la facultad del párrafo 1º del artículo 1051 de este cuerpo legal en el libre arbitrio del causante, cuando también se reconoce como una excepción a aquellas normas que prescriben el libre ejercicio del derecho a dividir la herencia por parte de los herederos.

⁵⁶⁰ Vid. AZZARITI, G., ob. cit., p. 672.

- c) En relación con lo anterior, se debería reseñar que la regla general consistiría en que el heredero no tiene que alegar motivo alguno para justificar su pretensión divisoria. Por ende, una limitación al ejercicio de esta facultad no podría perseguir la indivisión sin más, sino que necesitaría acogerse a un interés digno de ser protegido para coartar la libertad de los herederos en este sentido. Dicho de otro modo, la singularidad de la continuidad obligada en la indivisión de la herencia sólo puede prevalecer sobre la voluntad divisoria de los herederos cuando aquélla se encuentra bajo el paraguas de un justo motivo, porque esta razón es la que dejaría fuera de juego la aplicación de la normativa general sobre partición hereditaria.
- d) También parece oportuno alegar como argumento la aplicación del régimen de la comunidad de bienes previsto en el Código civil a la comunidad hereditaria, donde se encuentra el artículo 400 (precepto dedicado a regular el convenio de indivisión), que traeríamos a colación, por analogía, por el siguiente motivo.

Según MIQUEL –postura a la que nos adherimos- parece que, en la citada norma, subyace la idea de que el pacto de indivisión que persigue la indivisión sin más puede ser cuestionable por insuficiencia de causa⁵⁶¹. Llega a esta conclusión mediante una interpretación teleológica. De este modo, para que tal convenio despliegue sus efectos necesita estar fundamentado en una justa causa. Desaparecida ésta, decaerá su eficacia, aunque no se hubiera agotado el plazo de duración previsto por los comuneros para mantener la cosa indivisa. Su falta, entonces, les

⁵⁶¹ MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 460. La ley 374 Comp. Nav. también apunta en el mismo sentido, al admitir que una decisión judicial pueda dejar sin efecto un pacto de indivisión fundamentándose “*en la falta de utilidad de la indivisión*”.

permitiría salir de la comunidad mediante el ejercicio de su derecho a solicitar la división del bien común.

Cabría postular este mismo espíritu para una disposición testamentaria que impone la indivisión de la herencia. Esta afirmación vendría abonada por idéntica razón a la que asiste a un convenio de indivisión: para que esta restricción cobre sentido, debe estar amparada en una causa. Si esto no fuera así, estaríamos sosteniendo los efectos de una carga vacía de contenido (sin ningún fin), situación que no parece acorde con la perspectiva restrictiva con la que debemos observar el gravamen que nos ocupa, pues limita el ejercicio de un derecho: el de la partición del caudal relicto.

- e) Para terminar, podríamos agregar que, puesto que la prohibición de dividir la herencia es una especie que pertenece al género de las prohibiciones de disponer, lógico es pensar que deba seguir su misma estela, y ésta no es otra que la de exigir la concurrencia de una causa o motivo en la que apoyar su validez, en los términos ya expuestos en relación con esta figura jurídica.

La causalización de la disposición testamentaria, que prohíbe solicitar la partición hereditaria, se traduce en que un interés o causa ha de actuar como elemento sustancial de aquélla para instar su eficacia vinculante. Sin un motivo que sirva de soporte a la carga testamentaria, ésta dejará de tener este calificativo, y pasará a ser una mera recomendación del causante, sin efecto jurídico alguno.

Ahora bien, la ineficacia de la mencionada disposición testamentaria por falta de causa no repercutiría sobre la validez del testamento, que, conforme al principio del

favor testamenti, seguiría desplegando sus efectos⁵⁶². Estaríamos ante una ineficacia parcial, en cuanto que sólo quedaría sin efectos la cláusula que pretende limitar el ejercicio de la facultad divisoria atribuible a los partícipes de la comunidad hereditaria. Consiguientemente, todos ellos recibirían su derecho hereditario libre de esta carga.

Queda claro, pues, que la causa es un requisito *sine qua non* para defender la eficacia de una prohibición testamentaria de dividir. Pero, hay que advertir que existe una amplia gama de intereses a proteger, lo que hace que el contenido de esta restricción sea de lo más variado.

El artículo 713, párrafo 2º, del Código civil italiano de 1942⁵⁶³ expone con una cierta claridad qué *ratio* ha de intervenir cuando el testador suspende el ejercicio del derecho a solicitar la división de la herencia: si alguno o todos los coherederos son menores de edad, se ha considerado que el motivo reside en la protección que merecen aquéllos, por no haber alcanzado todavía la mayoría de edad⁵⁶⁴.

El párrafo 3º del artículo 713 del mismo cuerpo legal, empero, también ha admitido que el testador suspenda la partición hereditaria, en ausencia de herederos

⁵⁶² La indivisión de la herencia actúa como una carga, al igual que lo hace el modo testamentario. Por ello, algún autor (TORRALBA SORIANO, O., *El modo en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1967, p. 158) ha mantenido idéntica postura en relación con la existencia de una disposición modal en un testamento o en una donación.

⁵⁶³ Vid. *supra* nota 522.

⁵⁶⁴ Vid. BURDESE, A., *La divisione ereditaria*, UTET, Torino, 1980, p. 74; y AZZARITI, G., *ob. cit.*, p. 672. No obstante, FORCHIELLI (*ob. cit.*, p. 47-48) ha discrepado de esta postura, y ha mantenido que si esto fuera así, la ley hubiera impuesto la indivisibilidad de la herencia. No habría hecho depender esta situación de la voluntad del testador, lo que hace que la razón recaiga simplemente en los intereses del testador en mantener unido el patrimonio hereditario el mayor tiempo posible, atendiendo a veces a circunstancias objetivas, como evitar un conflicto de intereses entre los coherederos ante una inmediata división hereditaria, pero otras obedeciendo a razones subjetivas, más o menos altruistas.

menores de edad, siempre que no se supere el plazo de cinco años como máximo⁵⁶⁵. Algunos autores han hallado en este precepto un supuesto interés en la indivisión hereditaria impuesta por el testador, consistente en evitar perturbaciones económicas de carácter general o particular sobre bienes concretos del patrimonio hereditario, que podrían resolverse en un daño irreparable para los coherederos, si se llevara a cabo la partición hereditaria⁵⁶⁶.

Sin duda, la facultad prevista en el párrafo 1º del artículo 1051 C. c. se podría sustentar en un interés familiar o personal; una situación que cabría ser planteada cuando alguno de los herederos fuese menor de edad. En aras de su protección, se sostendría la indivisión de la herencia hasta la llegada de su mayoría de edad, en orden a procurar que éste pudiera participar en la partición hereditaria sin la necesidad de un representante legal.

En otros casos, es común que la indivisión del patrimonio hereditario persista hasta la muerte del cónyuge supérstite como medida tuitiva de su situación. Así, la STS de 12 de diciembre de 1958 (cdo. 4º) ha mantenido la validez de una cláusula testamentaria, en la que el causante disponía lo siguiente: “se prohíbe que se divida su caudal mientras viva su mujer”. Este Alto Tribunal también se ha manifestado en idéntico sentido, en la Sentencia de 8 de marzo de 1989 (f. j. 1º), cuando el causante “lega a su esposa el usufructo vitalicio de la totalidad de la herencia y prohíbe a los hijos o descendientes pedir la división de la herencia en vida de la esposa del testador (...)”. En ambos casos, se ha presumido que la finalidad de esta limitación era asegurar que el cónyuge viudo pudiera disfrutar del usufructo sobre todo el caudal relicto, sin verse abocado a los molestos efectos que la partición hereditaria podría provocar sobre aquél.

⁵⁶⁵Vid. *supra* nota 522.

⁵⁶⁶ Vid. AZZARITI, F., y otros, ob. cit., p. 561. Pero, FORCHIELLI (ob. cit., p. 51) acude al citado precepto para presumir que el testador no necesita justificarse en la protección de interés alguno para imponer la indivisión de la herencia. Sobre todo, porque no puede garantizar una situación con base en unas circunstancias que pueden dejar de existir tras su muerte.

Lo mismo ha sido predicado por la STS de 16 de febrero de 1977 (cdo. único), que ha defendido la oportunidad de una disposición testamentaria de idéntica naturaleza, porque “la voluntad del «de cuius» fue la de proteger a su cónyuge después de su muerte, de forma tal, que esta pudiera seguir disfrutando de una saneada situación económica (...)”.

Sin embargo, no sólo está presente el interés personal o familiar en una prohibición testamentaria de dividir. La pretensión del disponente puede ser la consecución de una finalidad económica, como, por ejemplo, la continuidad de su explotación mercantil o industrial, con el fin de reportar unos beneficios a los coherederos que sólo pueden ser conseguidos mediante una concentración económica; o con el objetivo de que transcurra una crisis económica que podría generarles graves pérdidas, si se procediera a la inmediata partición del patrimonio hereditario.

La STS de 21 de diciembre de 2000 (f. j. 1º) analiza una disposición testamentaria en la que precisamente subyace, junto a un interés familiar, uno de carácter económico, porque el causante decide imponer la indivisión de la herencia “hasta que no se produjera el fatal hecho de la muerte de su esposa”. Se trata de una disposición testamentaria que tiene por objeto una finca, sobre la que el Tribunal Supremo ha afirmado que “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 consolidara la propiedad mediante la extinción del usufructo correspondiente a la esposa del testador, y que serviría para dar un tanto igualatorio en la distribución de los bienes hereditarios”. Ha considerado que la finalidad económica justifica la restricción que impone el testador a la partición de la herencia.

En otros casos, el causante sólo pretende un fin social: cuando aquél quiere mantener la unión de unos bienes que tienen un interés cultural o artístico, como una colección de cuadros o de libros.

Todo lo expuesto no es más que una muestra de los motivos que acompañan habitualmente a una cláusula testamentaria prohibitoria de la partición hereditaria. Pero conviene observar que, a veces, concurren varios intereses. En consecuencia, la identificación de la causa final o fin perseguido puede resultar crucial, en cuanto que ello servirá para valorar su licitud⁵⁶⁷. Y es que no basta con la presencia de una causa en una prohibición testamentaria de dividir; ésta además ha de ser justa. Pero, ¿cuándo resulta injusta una causa?

Mediante la aplicación analógica del artículo 1275, *in fine*, C. c., constatamos que “*Es ilícita la causa cuando se opone a la leyes o a la moral*”. Por ende, un motivo sería ilícito, verbigracia, si su interés residiera en perjudicar a los herederos, ya que la prohibición testamentaria de dividir estaría dando cobijo a un resultado contrario a la ley y a la moral. En definitiva, la causa será injusta cuando el cometido intrínseco o impulso determinante de la disposición testamentaria (que prohíbe la partición hereditaria) viola la ley, principios de orden público o la moral social vigente.

Pero que este motivo tenga que ser lícito no significa que deba que ser manifestado. Es una conclusión que deducimos de la aplicación, también por analogía, de lo dispuesto por el artículo 1277 C. c., según el cual “*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*”. Siendo esto así, en toda prohibición testamentaria de dividir se presumirá la concurrencia de una causa, y que ésta es justa. El alcance procesal de este precepto provocará una inversión de la carga de la prueba, razón por la cual recaerá el *onus probandi* en quien alegue la falta de un interés legítimo o su ilicitud en la correspondiente restricción. Mientras tanto, se deducirá que la indivisión hereditaria impuesta por el testador obedece a una causa justa.

⁵⁶⁷ Vid. MORENO QUESADA, B., “*Las disposiciones testamentarias con causa ilícita*”, ADC, 1967, p. 558.

3. Criterios para fijar su duración

Que el artículo 1051 C. c. omita referirse a la necesidad de que un plazo limite la eficacia temporal de una prohibición de dividir la herencia no significa que el espíritu del citado precepto sea prescindir de este elemento; así lo ha reconocido la STS de 21 de diciembre de 2000 (f. j. 1º), cuando ha manifestado que “no es un teoría arriesgada ni exagerada el proclamar que dentro de las facultades dispositivas del testador, esté el de prohibir la división de los bienes hereditarios, que podrá hacerla siempre por tiempo determinado”. Por tanto, el término en la citada disposición testamentaria actuará como un elemento esencial; y ello por las siguientes razones:

- a) El artículo 984 del *Codice* italiano de 1865, en cuanto antecedente histórico del párrafo 1º del artículo 1051 de nuestro Código civil, coadyuva a la idea de que nuestro legislador tuvo presente la necesidad de limitar en el tiempo la eficacia de la disposición testamentaria que prohíbe que la herencia sea dividida. El precepto italiano permitía que una cláusula de este tipo desplegara sus efectos, pero no con carácter indefinido, sino sólo hasta que transcurriera un año desde que todos o el heredero más joven alcanzara la mayoría de edad.

El artículo 713 del Código civil italiano de 1942 refleja la misma línea, aunque da un paso más allá al incorporar la posibilidad de que el causante también pueda imponer la indivisión de la herencia cuando no existen herederos menores de edad, siempre que el tiempo de duración del gravamen no exceda de cinco años, computables desde el momento de la apertura de la sucesión.

El artículo 1051 de nuestro Código civil no ha sido redactado en términos idénticos a los previstos en el precepto italiano. Sin embargo, entendemos que en él subyace su mismo espíritu, que no es otro que el de facultar al causante para gravar a los coherederos con esta carga, pero sólo durante un tiempo cierto.

- b) Si nos encontramos ante una de las posibles manifestaciones de las prohibiciones de disponer, que con carácter general se prevén en la regla 3ª del artículo 26 L. H., hay que concluir que la prohibición de dividir la herencia estará supeditada a un término, como lo está cualquier otra prohibición de disponer. Si no se permite la imposición de una indisponibilidad a perpetuidad, *a fortiori* tampoco se debería admitir la indivisibilidad del patrimonio hereditario con carácter perpetuo.
- c) La falta de límites temporales en esta carga hereditaria podría convertir el caudal relicto en un objeto indivisible, efecto que resultaría incompatible con el principio de libertad de tráfico de bienes que informa nuestro Código civil.
- d) El propio artículo 1051 C. c. manifiesta que su espíritu es el de limitar en el tiempo los efectos de una disposición testamentaria restrictiva del derecho a solicitar la partición hereditaria, porque su párrafo 2º establece que “... *la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*”.

Esta remisión a las causas de disolución de la sociedad civil sirve para deducir que la finalidad de nuestro legislador no era la de permitir que un gravamen de la citada naturaleza pudiera tener carácter indefinido, sino todo lo contrario.

- e) Cabría añadir que si un pacto de indivisión (cuya eficacia depende de la voluntad de los gravados) está sujeto a un límite temporal, en virtud de la aplicación analógica del artículo 400 C. c., con mayor razón (siguiendo un argumento *a fortiori*) habría que exigir un término final para delimitar la eficacia de una restricción impuesta unilateralmente por el testador a los partícipes de una comunidad hereditaria.
- f) Para finalizar, la propia naturaleza romana de la comunidad hereditaria surge como razón determinante para mantener que ésta no pueda nacer con vocación de perpetuidad, sino todo lo contrario, con un carácter meramente transitorio. Por este motivo, resulta inadmisibile que el causante pueda sustraer una facultad tan característica de toda comunidad romana, como es la divisoria, de un modo permanente.

Queda claro, pues, que la eficacia de toda disposición testamentaria, que sustrae el derecho a solicitar la partición hereditaria, está acotada en el tiempo. Tema distinto será el de la determinación del criterio a adoptar para fijar su plazo máximo de duración.

En el Derecho foral, se ha resuelto esta cuestión de modo categórico. Leamos la ley 331, 1 Comp. Nav. como prueba de ello: *“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”*. Este precepto establece una serie de pautas para concretar el período de duración que ha de tener una disposición hereditaria que obliga a mantener indiviso el caudal relicto.

La norma reproducida comienza haciendo referencia a la figura del usufructo viudal⁵⁶⁸, que es adoptada por el legislador como una de las reglas a seguir, tras la reforma de 1 de abril de 1987 de la Compilación Navarra. No se trata de considerar al citado usufructo como causa de suspensión de la partición por sí mismo, sino de coartar la libertad del causante que pretende mantener indivisa la herencia una vez agotados los efectos de aquél⁵⁶⁹.

La mencionada ley 331, 1 Comp. Nav. continúa incorporando como límite el hecho de que el heredero más joven contraiga matrimonio o cumpla veinticinco años. Este criterio se hace eco de una costumbre que actuaba en favor de la continuidad de la casa y la función familiar de los bienes, y sigue una vieja práctica basada en que la mayoría de edad en Navarra era alcanzada a los veinticinco años⁵⁷⁰.

En cualquier otro caso, la norma navarra ha optado por permitir al causante suspender la partición de la herencia por un período que no exceda de los diez años, computables a partir del momento de la muerte de aquél.

⁵⁶⁸ El párrafo 1º de la ley 253 Comp. Nav. se refiere al usufructo legal de fidelidad: “*El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento*”. Añade el último párrafo de este precepto que “*Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley*”. Según el párrafo 1º de la ley 258 del mismo texto legal, “*El cónyuge viudo tendrá todos los derechos que, en general, corresponden al usufructuario ... y los que, en su caso, voluntariamente, le hubiesen sido concedidos por el cónyuge premuerto o hubieran sido pactados*”.

⁵⁶⁹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXVII, v. 2, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 2001, pp. 1563-1564.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

El párrafo 1º del artículo 45 C. S. Cat. también se pronuncia sobre el plazo que ha de limitar la eficacia temporal de una prohibición testamentaria de dividir. Conforme a este precepto, *“el causante podrá ordenar ... que ... no se proceda a la partición durante un plazo que no podrá exceder de diez años a contar desde la apertura de la sucesión. Este plazo podrá llegar a los quince años respecto al inmueble que sea residencia habitual de uno de los coherederos si éste es cónyuge o hijo del testador. Si se fija un plazo superior, éste se reducirá en cuanto al exceso”*. El antecedente inmediato de este texto legal lo hallamos en el artículo 274 de la Compilación de Cataluña, lugar en el que tan sólo se exponía que *“El causante podrá ordenar ... que no se proceda a la partición de la herencia por un plazo que no exceda de diez años a contar de la apertura de la sucesión”*⁵⁷¹. Por tanto, sigue patente el interés del legislador catalán por establecer unos concretos límites temporales absolutos a los efectos de la citada restricción testamentaria, al considerar que la situación planteada por el testador puede resultar antisocial, aunque ampliando los criterios a seguir⁵⁷².

Tampoco hay que olvidar lo dispuesto por el artículo 50, 2 L. S. Arag., según el cual *“... el disponente podrá ordenar que ... 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”*. Con este precepto, se resuelven las dudas planteadas con anterioridad a la aprobación de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, de 24 de febrero de 1999, que se derivaban precisamente de la aplicación del artículo 1051 C. c., y además se plasma un límite reclamado hasta entonces, como es el de establecer la eficacia temporal de la disposición testamentaria que prohíbe la partición de la herencia, en función de la duración del usufructo viudal⁵⁷³.

⁵⁷¹ Sobre el tema, PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos ...*, cit., p. 552; y MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIX, v. 3, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1986, pp. 512-513.

⁵⁷² Vid. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. La Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, t. I, coordinados por Jou i Mirabent, L., Bosch, Barcelona, 1994, p. 169.

⁵⁷³ Vid. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., *El consorcio foral (Tras la reforma del instituto por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte)*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, p. 369.

Al contrario de lo que sucede en la legislación foral, el artículo 1051 de nuestro Código civil no ha previsto de modo taxativo qué reglas hay que seguir para acotar en el tiempo la voluntad del testador de mantener indivisa la herencia. En el afán de encontrar una solución a esta cuestión han surgido dos corrientes doctrinales, muy distantes entre sí. Veamos a continuación cuáles son.

- a) Una parte de la doctrina se ha decantado por la aplicación analógica del artículo 400, párrafo 2º, C. c., según el cual “... *será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años*”⁵⁷⁴.

El motivo esgrimido ha sido expuesto de modo muy claro por FERRANDIS: el hecho de traer a colación el mencionado párrafo 2º del artículo 400 C. c. “no significa desconocimiento del valor que en el Derecho sucesorio tiene la voluntad testamentaria, sino reducción de ese valor a sus justos límites, pues no se puede admitir, por mucho que quiera respetarse la voluntad del testador, que éste pueda obligar a los herederos a más de lo que

⁵⁷⁴ Entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F. ob. cit., p. 1985; FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 164; GULLÓN BALLESTEROS, A., ob. cit., pp. 379 y 380; SANCHO REBULLIDA, F., ob. cit., p. 501; ALBALADEJO, M., *Curso ...*, V, cit., p. 134; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, t. II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1315; TORRES LANA, J. A., ob. cit., pp. 423-424; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., ob. últim. cit., p. 1564. Algún autor (MUÑOZ XANCO, J., “*La división de la cosa común y el respeto a la voluntad testamentaria*”, RGLJ, junio, 1986, p. 872) ha defendido esta misma postura, aunque ha añadido que esta fórmula puede ser defraudada si el testador nombra herederos fideicomisarios de un determinado bien en comunidad, a los hijos existentes (en vida del causante) de los herederos fiduciarios, los cuales podrían vivir más de diez años. Afirma que de este modo se mantendría unida la comunidad. Sin embargo, creemos que este razonamiento no es adecuado porque se confunde el significado de una prohibición de dividir con los efectos de una sustitución fideicomisaria. La primera figura no conlleva una prohibición de enajenar, y la segunda no tiene presente una de dividir, ni siquiera una de enajenar.

ellos podrían obligarse aunque quisieran”⁵⁷⁵. No le parece oportuno conceder al testador mayor poder para imponer la indivisión de la herencia que a los herederos para convenir el mismo fin. Razón: la indivisibilidad impuesta por el testador es más débil que la que procede del pacto de indivisión entre los coherederos.

Algunos autores han ido más lejos, y han sostenido la posibilidad de aplicar, también por analogía, el artículo 400, párrafo 2º, *in fine*, C. c., a tenor del cual “*Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención*”⁵⁷⁶. Para ellos el período máximo a tener en cuenta sería el de veinte años, y no el de diez, por cuanto reconocen un derecho a una única prórroga sobre el plazo previamente fijado a través del pacto de indivisión⁵⁷⁷; una postura que contraría lo defendido por la doctrina mayoritaria, que admite que puedan tener lugar varias prórrogas sucesivas, ya que se permite revisar las voluntades de los que han acordado la indivisión, sin impedirles una continuidad en esta situación, fruto todo ello del ejercicio de su libertad⁵⁷⁸. Por este motivo, se ha considerado que la presencia de la prórroga del pacto

⁵⁷⁵ Vid. FERRANDIS, J., ob. cit., p. 164.

⁵⁷⁶ Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código ...*, t. XVIII, cit., p. 328; y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., ob. cit., nota 130, p. 61.

⁵⁷⁷ Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., ob. últim. cit., p. 328. En el mismo sentido BELTRÁN DE HEREDIA (ob. cit., pp. 341 y 342), quien ha manifestado que sólo cabría una única prórroga, dado que el Código civil se refiere a una “*nueva convención*”. Si se permitieran nuevas prórrogas se estaría contrariando el espíritu del artículo 400 C. c.

⁵⁷⁸ Entre otros, MANRESA, *Comentarios ...*, t. III, cit., pp. 512-513; ALBALADEJO, M., *Derecho ...*, III, cit., p. 393; MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 464; y TORRES LANA, J. A., ob. cit., p. 425. Téngase en cuenta la RDGRN de 30 de septiembre de 1987, que ha manifestado lo siguiente: “el artículo 400.2.º del Código civil (...) si bien rechaza el pacto de indivisión por más de diez años, admite la indivisión por período superior mediante sucesivos pactos (...)”. No obstante, algún autor (CRESPO ALLÚE, F., ob. cit., pp. 102-103) ha creído desafortunado el uso del término “prórroga” en el artículo 400, párrafo 2º, C. c., porque su uso está ligado al hecho de que la prórroga es potestativa para una de las partes y forzosa para la otra, lo que excluye la necesidad de una nueva convención. Asimismo, otra autora (SAMANES ARA, C., *La división de la cosa común*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 41) ha precisado que cuando al precepto tratado emplea la expresión “*nueva convención*” no se refiere a una prórroga, sino a una mera novación.

de indivisión se ha de circunscribir exclusivamente a la existencia de una voluntad de los propios afectados, y no al de la prohibición testamentaria de dividir, a fin de evitar que ésta tenga efectos indefinidos en el tiempo.

- b) Frente a quienes han mantenido la aplicación analógica del artículo 400, párrafo 2º, C. c., se alzan aquellos otros que han negado esta solución porque alegan que el párrafo 2º del artículo 1051 del mismo cuerpo legal ya establece sus propios cauces de contención de la voluntad del causante: “... la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad”⁵⁷⁹. Aportan como razón fundamental los distintos orígenes de los mencionados artículos 400 y 1051. Según estos autores, el carácter excepcional de este último procedería, sobre todo, del hecho de que la indivisión de la herencia viene impuesta de modo unilateral, aspecto que, por supuesto, no tiene lugar en el pacto de indivisión, cuyo título se encuentra en el convenio al que llegan todos los coherederos.

Por consiguiente, la cláusula testamentaria que prohíbe la división de la herencia no tendría más límites que los derivados de la aplicación de las causas de disolución de la sociedad civil, tal y como prevé el artículo 1051 C. c.

Compartimos la idea de que el testador no puede dar la extensión que él quiera al plazo de duración de una prohibición testamentaria de dividir la herencia. Ahora bien, el criterio a utilizar para limitar sus efectos en el tiempo debería venir dado, en

⁵⁷⁹ Entre otros, ROCA SASTRE, en anotaciones a ENNECCERUS, L., KIPP, Th. y WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, t. V, vol. 2, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguer, J., Bosch, Barcelona, 1951, p. 25; DE LA CÁMARA, F., “*El legado de cosa ganancial*”, ADC, abril-junio, 1952, pp. 546 y ss.; BORREL Y SOLER, A. M., ob. cit., p. 220; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho ...*, t. 6, cit., 1989, p. 333; MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 466; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Comentarios ...*, cit., p. 2472; y RIERA ÁLVAREZ, J. A., *Instituciones de Derecho Privado*, t. V, coordinador M. Garrido Melero, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 674.

principio, por la persistencia del interés que justifica esta carga. Esto se traduciría en lo siguiente: mientras el gravamen hereditario se apoye en una causa justa, aquél continuará desplegando sus efectos hasta el agotamiento de la fecha fijada por el testador (o cumplimiento de la condición, si es el caso). Pero, desde el momento en que aquélla faltara cabría postular su ineficacia. Por consiguiente, la ausencia de una causa, razón o interés (por cumplimiento o imposibilidad sobrevenida) podría convertirse en criterio general a valorar como límite temporal del gravamen que impone la indivisión del caudal relicto.

De los términos empleados por nuestra jurisprudencia cabría deducir esta conclusión, aunque no de un modo tan diáfano, ya que el Tribunal Supremo no ha llevado a cabo un estudio pormenorizado sobre los límites temporales aplicables a la mencionada carga. No ha efectuado una valoración jurídica sobre cuál debe ser el tiempo oportuno a tener en cuenta, con carácter general. Aunque sí nos ha mostrado el camino a seguir para hallar una solución adecuada a la cuestión planteada

La STS de 12 de diciembre de 1958 (cdo. 4º) ha reconocido la validez de una concreta disposición testamentaria (muy común por otra parte) que hacía depender la partición del caudal relicto de la muerte del cónyuge viudo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1051 C. c. No obstante, antes de llegar a esta conclusión, este Alto Tribunal (cdo. 3º), tras la pista de una causa justa, adelanta que, a los fines de resolver el asunto planteado, “se hace preciso examinar el texto del documento (...), a fin de conocer la significación, alcance y realidad, fáctica y de iure, que le debe corresponder”. Consiguientemente, parece desprenderse de esta resolución, de modo paladino, que la pervivencia de la esposa del testador es razón bastante para justificar la indivisión de la herencia hasta que se produzca su muerte. Siendo esto así, la causa justa se nos revelaría como el motor de la eficacia de la prohibición de dividir la herencia. Muerto el cónyuge, desaparecería el interés en mantener esta carga.

Abundaría en esta idea la STS de 21 de diciembre de 2000 (f. j. 1º), que, como en el caso anterior, somete a consideración el alcance de una cláusula testamentaria de idéntica naturaleza a la ya planteada. A diferencia de la Sentencia anteriormente comentada, se plantea una discusión sobre si la eficacia temporal de esta carga testamentaria ha de estar limitada a un plazo de diez años, en función de lo dispuesto por el artículo 400, párrafo 2º, C. c., o si dicha situación de indivisión puede perdurar hasta el momento del óbito del cónyuge del testador. Los términos de la resolución del caso han sido los siguientes:

Lo dispuesto por el artículo 1051 C. c. “indica que 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 tanto igualatorio en la distribución de los bienes hereditarios”.

“Planteamiento absolutamente lógico y que va en beneficio del aprovechamiento social y económico de la tierra, y que debiera dar por supuesto que el plazo de indivisión debe durar hasta el óbito antedicho”.

“Efectivamente ello es así aunque el artículo 400 del Código civil determina la validez de un pacto de indivisión limitado a los diez años, con una prórroga convencional del referido plazo, y dentro de esta ampliación, como dentro de tal contraexcepción, ha de permitirse 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”.

“Pero es más, dicha posición está colateralmente admitida y establecida en la Sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1958, en la que se plasma la existencia de una comunidad de bienes relictos impuesta por el testador, sin otra limitación que la establecida en el artículo 1051 del Código civil”.

Quizás los términos del Tribunal Supremo parezcan confusos *ab initio*, pero de ellos finalmente inferimos un planteamiento muy razonable: el testador hace depender la indivisión de la herencia de lo que puede durar el objetivo (la causa) en el que esa afección se ha fundamentado. En el último caso expuesto, la finalidad de la carga vendría dada por el interés económico y social, que supone mantener indivisa “la tierra” hasta la muerte de la esposa del testador.

Si tenemos en cuenta lo manifestado hasta ahora se podría argüir que la causa justa actúa como instrumento general para delimitar el período de duración de una prohibición testamentaria de dividir la herencia. La indivisión de ésta se sostendría en cuanto persistiera el interés pretendido por el testador para imponer esta carga, interés que, como venimos manteniendo, actúa como requisito de validez de esta disposición testamentaria. Cualquier otro plazo que el causante hubiera dispuesto para fijar la duración de dicha restricción estaría siempre subordinado a la presencia de aquélla. La falta de una justa causa sería, pues, razón suficiente para que los herederos no tuvieran que esperar a que el término establecido por el testador expirara para pretender la ineficacia de la carga testamentaria. Bastaría alegar que la restricción del derecho a solicitar la partición hereditaria, que tienen los partícipes de una comunidad, no puede continuar desplegando sus efectos porque la razón o interés que le servía de apoyo se ha cumplido o ha devenido imposible.

A nuestro parecer, esta conclusión no deja fuera de juego la aplicación analógica del artículo 400 C. c., encargado de regular el convenio de indivisión. Debemos tener presente este precepto, pero sólo en cuanto a la *ratio* que lo informa: a saber, que el

pacto de indivisión despliega sus efectos mientras persiste la causa que lo justifica; esto es, cuando dicha causa se extingue (o resulta insuficiente) se puede pretender la ineficacia del citado pacto. Por consiguiente, los comuneros no necesitan esperar al agotamiento del tiempo acordado para solicitar la división de la cosa común, ya que la falta de razón (causa) se presenta como un límite temporal a los efectos generados por el convenio de indivisión. Siendo esto así, que el mencionado artículo 400 señale que la indivisión ha de darse *“por tiempo determinado, que no exceda de diez años”*, y que *“Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención”* muestra sólo el deseo del legislador de ordenar un límite temporal específico al término cierto dispuesto por los comuneros.

Asimismo, aunque la remisión que hace el párrafo 2º del artículo 1051 C. c. a las causas de extinción de la sociedad pretende incorporar límites a la eficacia temporal de una prohibición testamentaria de dividir la herencia, cada una de ellas debe ser observada a la luz de la presencia de la causa que ha justificado esta afección. Por tanto, los coherederos dispondrán de unas herramientas para dejar de estar gravados con dicha carga, pero el uso de cualquiera de ellas estará supeditado al devenir de aquella causa, razón o interés⁵⁸⁰.

B) Efectos jurídicos

1. La naturaleza real de la restricción testamentaria

La cláusula testamentaria que suspende la partición hereditaria (temporalmente) se configura como una disposición modal. Razón: actúa como un gravamen que conforma el contenido del derecho hereditario atribuible a todo partícipe en una comunidad hereditaria. Aparece como una limitación objetiva, aspecto que

⁵⁸⁰ Examinaremos cada una de estas causas en el capítulo sexto de esta tesis.

determinará el alcance real del acto particional de la herencia; o, para ser más exactos, esa afección servirá para postular la ineficacia de este acto.

Parece preferible, entonces, la opinión de quienes creen que a esta carga testamentaria no se le pueden atribuir efectos obligacionales, porque el causante no exige a los herederos una mera conducta negativa, sino que elimina (por un tiempo) la facultad divisoria que, *in abstracto*, integra la sustantividad del derecho de todo partícipe en una comunidad hereditaria⁵⁸¹. Ni siquiera se constituye en una obligación *propter rem*, ya que la falta de observancia de la voluntad testamentaria no se resuelve en una acción de resarcimiento de daños, sino que afecta a la propia esencia de la partición, a la que convierte en ineficaz. Por tanto, lo dispuesto por el causante tendría efectos obligacionales sólo cuando así lo hubiera establecido. En tal caso la violación de la prohibición de dividir la herencia podría ser resuelta en una indemnización, que reclamarían las personas nombradas por el testador, o, si faltara una declaración al respecto, los sujetos favorecidos por la pretendida indivisión del patrimonio hereditario, que son quienes, al fin y al cabo, serían considerados como perjudicados por el acto particional del caudal relicto.

Esta postura estaría en consonancia con la postura de quienes han sostenido que el pacto de indivisión no produce efectos obligacionales, y sí efectos reales⁵⁸².

⁵⁸¹ Así lo ha mantenido ROCA SASTRE, R. M., ob. últim. cit., p. 25. En contra, otros autores (RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., ob. cit., p. 20 y CECCHINI, X., ob. cit., p. 66), quienes han sostenido los efectos obligacionales de la prohibición testamentaria de dividir.

⁵⁸² Vid. MANRESA NAVARRO, J. M., ob. últim. cit., p. 512; MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 461; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, t. III-2, cit., p. 366; SALAZAR GARCÍA, J., “*Pactos de predivisión en el condominio: ¿Naturaleza real o personal? Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de abril de 1981*”, la Ley, 1981-4, p. 990; y ESTRUCH ESTRUCH, J. ob. cit., nota 133, p. 137. En este mismo sentido, resulta interesante la lectura de la RDGRN 1 de abril de 1981. También cabría tener presente el Digesto (10, 3, 14, 3): “*Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin venderte liceat ei, qui tali conventionem tenetur, non est dubium; quare emptor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur, qua auctor eius summovertur*”. Lo que viene a señalar es que “si se hubiese convenido entre los socios, que no se dividiese la sociedad dentro de cierto tiempo, no es dudoso que al que está

Consiguientemente, la indivisión de una herencia, ya tuviera su origen en un acuerdo de los coherederos o en la voluntad del testador, mantendría su eficacia frente a terceros adquirentes a título singular, quienes quedarían afectados por aquella carga.

Dicha afección testamentaria se opondrá a quien pretenda la partición de la herencia como excepción dilatoria o temporal por parte de los interesados en defender la voluntad del testador. Por tanto, el juez no debería apreciarla de oficio. Pero, ¿qué sucedería si todos los herederos gravados con la prohibición de dividir convinieran actuar en contra de lo ordenado por el causante?

La doctrina italiana ha considerado que la disposición testamentaria (que suspende ejercicio de la *actio familiae erciscundae*) quedaría sin efectos si existiera una voluntad unánime de todos los coherederos para proceder a la partición de la herencia⁵⁸³. Motivo: esta restricción sólo será oponible en tanto haya sujetos que

obligado por tal convenio le sea lícito vender; por lo cual, también el comprador, ejercitando la acción de división de cosa común, será repelido con la misma excepción con que sería rechazado su causante” (versión castellana de A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Borillo, Aranzadi, Pamplona, 1968).

En contra, BELTRÁN DE HEREDIA (ob. cit., p. 340), quien ha considerado que el pacto de indivisión sólo tiene eficacia obligacional.

Algunos autores (GULLÓN, A., ob. cit., p. 380; GODOY DOMÍNGUEZ, “*El carácter personal o real del pacto de indivisión*”, RCDI, 1995, p. 613; y MORENO TRUJILLO, ob. cit., pp. 150-151) han mantenido que del pacto de indivisión surgen obligaciones *propter rem*. De este modo siguen a la doctrina italiana (BRANCA, ob. cit., p. 280, MORELLI, ob. cit., p. 151; DE CESARE, G. y GAETA, T., “La divisione ereditaria” en *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, P., v. II, CEDAM, Padova, 1999, p. 12; CAPOZZI, G., ob. cit., p. 689) sobre esta materia, que se ha basado en lo dispuesto por el artículo 1111 de su *Codice*.

⁵⁸³ Vid. FORCHIELLI, P., ob. cit., p. 91; CIAN, G., y TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, Milán, 1997, p. 714; y DE CESARE, G. y GAETA, T., ob. cit., p. 13. No obstante, FORCHIELLI (ob. cit., p. 55) se plantea ¿qué sucede cuando existen herederos menores de edad, y son los representantes legales quienes piden la división? Son otros lo que proceden a la división, y no los propios herederos. Surgen dudas, entonces, sobre la plena validez de la voluntad unánime de los coherederos para determinar la ineficacia de la prohibición testamentaria de dividir.

puedan hacer valer esta excepción. Por consiguiente, si todos ellos acuerdan solicitar la partición hereditaria, difícilmente aquélla podrá ser opuesta.

En nuestra doctrina, MIQUEL ha sostenido la misma idea, y la ha fundamentado en que si los coherederos pueden desistir de un pacto de indivisión por mutuo disenso, éstos también pueden dejar sin efecto una indivisión impuesta por el testador a través de un acuerdo unánime de todos ellos⁵⁸⁴. En consecuencia, la prohibición de solicitar la partición de la herencia de origen testamentario impediría que un coheredero pudiera obligar a los demás a dividir aquélla, pero no podría evitar que todos ellos, de común acuerdo, decidieran poner fin a la comunidad⁵⁸⁵.

Por su parte, ALBALADEJO ha disentido de esta postura. Ha considerado que no basta el acuerdo unánime de los coherederos para proceder a la partición hereditaria⁵⁸⁶; posición que me parece más convincente que la anteriormente expuesta por las siguientes razones:

- a) No podemos vaciar el contenido de una prohibición testamentaria de dividir mediante un acuerdo unánime de todos los coherederos (gravados por ella), porque ello supondría ubicar la voluntad del testador en una posición secundaria, que no le corresponde. Resulta inadecuado prescindir de la primacía que ella merece, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1051 C. c., ya que de este precepto no se infiere que la herencia tenga que permanecer indivisa en tanto en cuanto los coherederos no decidan (de manera conjunta) su partición. Más bien, se atribuye al causante una mera facultad para gobernarla, sustrayendo temporalmente a los herederos un derecho (el de división) que les pertenece. En este sentido, la indivisión del patrimonio relicto impuesta por el causante les vincularía.

⁵⁸⁴ Vid. MIQUEL, J. M., *Comentarios ...*, t. I, cit., p. 1110.

⁵⁸⁵ *Ibidem*.

⁵⁸⁶ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho ...*, V, cit., p. 301.

- b) Por otro lado, quienes aceptan una herencia sujeta a una carga testamentaria deben asumir sus consecuencias jurídicas, porque ésta forma parte del contenido del derecho hereditario atribuido. La aceptación de la herencia no puede estar condicionada a que sea posible el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* a tenor de lo establecido por el artículo 990 C. c.: “La aceptación ... no podrá hacerse ... condicionalmente”. El coheredero tendrá que asumir la restricción impuesta por el testador, y sólo la repudiación de la herencia le desvinculará de lo dispuesto por el causante.
- c) No hay que olvidar que muchas veces la pretensión del causante, al imponer la indivisión de la herencia, es proteger a ciertos sujetos, quienes, a veces, serán las mismas personas gravadas con esta carga. Pero en algunos casos los beneficiados serán otros (por no ser partícipes de la comunidad hereditaria).

Tomemos como ejemplo un supuesto común: un testador impide la partición hereditaria a sus hijos-herederos, con el fin de favorecer al cónyuge supérstite en el disfrute del usufructo de ciertos bienes. Este derecho aparece, pues, reforzado (asegurado) mediante esa disposición testamentaria. Consiguientemente, existe un claro interés del cónyuge viudo en mantener indiviso el caudal relicto, que hay que proteger en pro de su derecho de usufructo. Su defensa, entonces, no debe quedar al albur de lo que decidan quienes han de soportar los efectos de la citada restricción testamentaria, que es lo que sucedería si los sujetos gravados por la carga testamentaria pudieran decidir sobre su eficacia mediante un acuerdo.

- d) Hay que descartar además un paralelismo entre el mutuo disenso (que deja sin efecto el pacto de indivisión al que llegan los coherederos) y el acuerdo de división que pretende dejar sin efectos una prohibición de dividir la

herencia impuesta unilateralmente por el testador. A diferencia de lo que sucede con el convenio de indivisión, en el caso que nos ocupa no participan las mismas voluntades en la creación de la carga que en la extinción de la misma. Si el testador es quien genera la indivisión de la herencia, también deberá ser él quien dispense de su aplicación ante un acuerdo unánime de todos los coherederos. ¿De qué modo? Pues haciendo depender la partición hereditaria de que este convenio tenga lugar. Si no se plasma esta concreta voluntad cabría entender que la indivisión se mantendrá pese a que todas personas gravadas decidan lo contrario.

- e) Finalmente, no deberíamos prescindir de lo dispuesto por el propio párrafo 2º del artículo 1051 C. c. que establece lo siguiente: “... *la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*”. La concurrencia de cualquiera de ellas permitirá poner fin a los efectos de esta carga. Ahora bien, entre ellas no está presente que la mera voluntad conjunta de los partícipes de la comunidad hereditaria sea razón bastante para que esto suceda.

Todo lo expuesto niega que la indivisión de la herencia postulada por el testador pueda devenir ineficaz por un convenio de división de todos los coherederos, salvo que aquél hubiera previsto lo contrario. Podríamos hacer nuestras las palabras de LACAL: “la comunidad constituida por mandato del testador tiene carácter forzoso, y ha de ser respetada por los herederos, subsistiendo hasta el fallecimiento del cónyuge superviviente, término de duración que comúnmente se señala”⁵⁸⁷. Por tanto, el acto particional acordado no desplegará sus efectos reales. Aunque esto no impide que los sujetos puedan quedar vinculados mediante un negocio, cuyos efectos obligacionales serían exigibles a partir del momento en que la partición hereditaria pudiera ser llevada a cabo: cuando dejara de tener efectos la restricción impuesta por el causante sobre este particular.

⁵⁸⁷ Vid. LACAL, P. ob. cit., p. 579.

Algunos autores han sostenido que si el sujeto favorecido por la prohibición (que impide la partición de la herencia) renuncia a este beneficio conforme a lo previsto por el artículo 6, 2 C. c., aquélla devendría ineficaz⁵⁸⁸. Sobre esta cuestión, cabría traer a colación la STS de 16 de febrero de 1977 (cdo. único), cuando, al tratar de resolver una cuestión planteada sobre la posible falta de efectos de una disposición testamentaria de esa naturaleza, se ha manifestado del siguiente modo: “la voluntad del «de cuius» fue la de proteger a su cónyuge después de su muerte, de forma tal, que esta pudiera seguir disfrutando de una saneada situación económica, y al deducir de ello que semejante beneficio era renunciable por parte de su titular y que, por consiguiente, las operaciones practicadas (...) eran válidas a pesar de haberse efectuado dos años antes del óbito de la última (...)”.

El argumento que aporta esta Sentencia es el de que “se concedió en beneficio de la referida esposa, la que, por consiguiente, podría renunciarla, conforme a lo prevenido en el artículo 6, número 2 del Código civil, por no contrariar el interés o el orden público, ni perjudicar a terceros, como así lo hizo, al solicitar de los contadores que llevaran a efecto las particiones, renunciando al legado de usufructo vitalicio de bienes y aprovechamiento de la masa de arbolado que le concedía la cláusula octava del testamento e incluso a una parte de bienes que, por su carácter ganancial, pudieran corresponderles (...) con lo que, lejos de perjudicar a los herederos, obtuvieron éstos el beneficio de entrar en posesión de sus bienes con una anticipación de cuatro años al momento en que les hubiera correspondido, obteniendo además otras ventajas económicas de las que no hubieran disfrutado hasta el fallecimiento de la esposa del testador (...)”.

La postura que el Tribunal Supremo adopta es correcta porque lo que pone de manifiesto es que el cónyuge viudo puede renunciar a su derecho de usufructo

⁵⁸⁸ Vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., ob. cit., p. 61. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (*Institutions ...*, cit., p. 646) se pronuncian en idéntico sentido al examinar el artículo 45 C. S. Cat.

vitalicio. Esto permite a los herederos adquirir el pleno dominio de los bienes hereditarios, y solicitar el inicio de las operaciones particionales antes del momento de su muerte. Por consiguiente, es la falta de causa para sostener la indivisión de la herencia (derivada de la renuncia al derecho de usufructo) la que justifica que esta carga devenga ineficaz. Se infiere de esta Sentencia que lo que debemos valorar es si el beneficio o interés pretendido por el causante (en el que se justifica la carga) persiste. Si éste desaparece, quedará sin efectos la disposición testamentaria que establece el gravamen. Ello, y no otra cosa, es lo que convierte a la prohibición testamentaria de dividir en ineficaz.

A la vista de todo lo anterior, no cabe duda de que hay obedecer la voluntad del testador en cuanto a la conservación de la herencia en estado de indivisión. Por tanto, todo acto contrario a ella tendría las siguientes consecuencias:

- a) Habría que estar, en principio, a las medidas que el causante hubiera adoptado (a modo de sanción civil) para el caso en que se pretendiera la división hereditaria, como, por ejemplo, someter la institución de heredero a los efectos de una condición resolutoria.

- b) A falta de previsión sobre este aspecto, cabría abogar por la ineficacia del acto particional⁵⁸⁹. Razón: contravendría la voluntad del testador, que es la

⁵⁸⁹ En cuanto a la ineficacia de la partición hereditaria, cabría traer a colación lo declarado por la STS de 14 de mayo de 2003 (f. j. 2º): “la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico. Se producirá, por tanto, cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad”. En el mismo sentido, las SSTS de 13 de junio de 1992 (f. j. 4º), de 27 de febrero de 1995 (f. j. 2º), de 22 de febrero de 1997 (f. j. 3º), 17 de octubre de 2002 (f. j. 3º) y de 13 de marzo de 2003 (f. j. 2º). La STS de 31 de octubre de 1996 (f. j. 2º) ha manifestado en relación con la nulidad de las particiones lo siguiente: “El Código civil sólo contiene un artículo de referencia directa, el artículo 1081 (...). No obstante la jurisprudencia civil ha

ley de la sucesión. Admitir que una partición hereditaria surtiera efectos en contra de lo dispuesto por el causante supondría (de hecho) revocar el testamento, cosa que sólo puede llevarse a cabo en virtud de lo dispuesto por el artículo 738 C. c., con las solemnidades precisas.

En consonancia con lo que venimos manteniendo, la falta de efectos del acto particional que viola lo ordenado por el testador podría ser pretendida por cualquier persona que tuviera un interés legítimo en ello. Consiguientemente, hablaríamos de una ineficacia absoluta, y no relativa, en cuanto que la vigilancia del cumplimiento de la voluntad testamentaria no quedaría sólo en manos del albacea, como sujeto encargado de velar por su cumplimiento (art. 902, 3.^a C. c.), o de aquellos directamente beneficiados por la restricción testamentaria (por ejemplo, el cónyuge viudo a quien favorece la prohibición testamentaria de dividir). Cabría admitir a cualquier persona que justificara su interés en impugnar dicha partición (verbigracia, los hijos de los herederos gravados). Con esta postura se evita que la disposición testamentaria prohibitiva de la partición pueda convertirse, en la práctica, en una mera recomendación si el favorecido por sus efectos está, a su vez, gravado por ella. Quienes deben respetar la voluntad del testador (por ser sujetos gravados por la prohibición), no pueden ser los únicos encargados de velar por su cumplimiento, porque se dejaría a su libre arbitrio el cumplimiento de lo dispuesto por el testador.

Todos estos efectos sobre el acto particional podrían ser amplificados mediante el ingreso de la disposición testamentaria que contiene esta carga en el Registro de la Propiedad, como tendremos ocasión de ver seguidamente.

venido desarrollando y admitiendo concretas causas determinantes de nulidad particional, a efectos de completar el vacío legal por esa falta de regulación específica”.

2. Su acceso al Registro de la Propiedad

Antes de analizar el acceso de la cláusula testamentaria que persigue la suspensión del ejercicio del derecho a dividir la herencia en el Registro de la Propiedad, conviene realizar una breve alusión a la correspondiente inscripción del pacto de indivisión (con fines comparativos), por ser un convenio con idéntica finalidad a la postulada por aquélla.

Algunos autores han sostenido el acceso al Registro de la Propiedad del pacto de indivisión con base en lo dispuesto por el artículo 7 R. H., conforme al cual “... *no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique, o extinga el dominio o los derechos reales ..., sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de transcendencia 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 inherentes a derechos reales*”⁵⁹⁰. La razón alegada ha sido la siguiente: tal convenio produce una mutación jurídico-real inmobiliaria, porque aporta una configuración determinada al derecho de copropiedad. Se le atribuye una transcendencia real, en cuanto acto que modifica una de las facultades inherentes al condominio. Por tanto, consideran que como el referido pacto modaliza el dominio, éste puede tener acceso al Registro de la Propiedad⁵⁹¹.

Comparto la postura manifestada anteriormente, pero sólo en cuanto a que el pacto de indivisión tiene un carácter real que propugna el principio de oponibilidad *erga omnes*, lo que justificaría su acceso al Registro de la Propiedad, pero disentimos del instrumento utilizado para permitir su correspondiente inscripción: el artículo 7 R. H. En la línea que venimos manteniendo hasta ahora, consideramos que el convenio

⁵⁹⁰ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., ob. cit., p. 144; CAPILLA RONCERO, F. ob. cit., p. 405, MIQUEL, J. M., *Comentarios ...*, cit., p. 461; y CRESPO ALLÚE, F., ob. cit., p. 107.

⁵⁹¹ Vid. CRESPO ALLÚE, F., ob.cit., p.111.

de indivisión vincula, en el supuesto de una comunidad hereditaria, a los partícipes que lo hayan suscrito, y que ello repercute sobre la facultad dispositiva perteneciente a cada uno de ellos. Por este motivo, cabría examinar el convenio de indivisión, no sólo desde la óptica de la inmediata consecuencia jurídica que genera sobre el condominio, que no es otra que la modificación de su contenido, sino también desde la perspectiva de la repercusión que produce sobre el poder dispositivo de un comunero. Precisamente, lo que el pacto de indivisión promueve es un límite en cuanto al ejercicio de una de sus manifestaciones: el derecho a dividir la herencia. Por consiguiente, si llegamos a la conclusión de que aquél repercute sobre la facultad dispositiva del coheredero, podríamos engranar esta idea con la aplicación de la regla 3ª del artículo 26 L. H., conforme a la cual *“Las [prohibiciones de disponer] impuestas por ... actos a título gratuito, serán inscribibles ... ”*. Esta tesis, a su vez, vendría abonada por la naturaleza gratuita que venimos otorgando al citado pacto, lo que ha permitido acogerlo bajo el paraguas del concepto general de *“actos a título gratuito”*; concepto empleado por nuestro legislador como cajón de sastre, a fin de contener actos no enumerados expresamente por el citado precepto, pero que, empero, comparten ciertas propiedades esenciales con los comprendidos en él, para permitir su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La argumentación para admitir el acceso al Registro de la Propiedad de la cláusula testamentaria que prohíbe la división de la herencia es pareja a la expuesta en cuanto al convenio de indivisión, porque, en este caso, también nos encontramos con una restricción del poder dispositivo atribuido al condueño, aunque el origen de aquélla no sea convencional, sino unilateral, por venir impuesta por el causante. Si a ello unimos la indiscutible naturaleza gratuita de la prohibición testamentaria de dividir, estaríamos ante un ejemplo de prohibición testamentaria de disponer. Por este motivo, merece ser traída a colación la ya nombrada regla 3ª del artículo 26 L. H., según la cual *“Las [prohibiciones de disponer] impuestas por el testador ... serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez”*⁵⁹².

⁵⁹² Esta postura es mantenida también por CRESPO ALLÚE (ob. cit., p. 113), aunque sin aportar razones que justifiquen esta propuesta.

La inscripción de la disposición testamentaria, que elimina temporalmente la facultad divisoria del derecho atribuido a los partícipes de una comunidad hereditaria, serviría para dotar de publicidad a la carga o afección que afecta sustancialmente al derecho hereditario. Aunque no se trata de indicar que existe un gravamen mediante una mención registral, ya que, en el sentido estricto del término, ésta, según la definición aportada por la STS de 31 diciembre 1963 (cdo. 2º), es “la alusión, hecha en forma expresa, en la inscripción o anotación preventiva de una finca, de un acto inscribible, pero no inscrito, relativo a la existencia sobre ella de una carga o gravamen, que se haya relacionado, mas no constituido, en el título que originó tal inscripción”⁵⁹³. Dicho de otro modo, la mención registral es un asiento que simplemente hace alusión a la existencia de una carga o gravamen real constituida al margen del título inscrito o anotado que constituye el derecho afectado. Sin embargo, la expresión registral de la prohibición testamentaria de dividir, como la de cualquier otra prohibición de disponer, indicará que existe una restricción de trascendencia real en el derecho hereditario que es objeto de anotación preventiva. Integrará su contenido sustancial, y, por ello, se inscribirá con él, es decir, accederá con él al Registro de la Propiedad.

En consecuencia, habrá que proceder a la lectura del párrafo 1º del artículo 46 L. H.: “*El derecho hereditario ... 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 trate de anotar*”. De este modo, el titular del derecho hereditario, o cualquier otra persona que acredite un interés legítimo, podrá solicitar la correspondiente anotación preventiva de aquel derecho, e insito en él aparecerá la carga que provoca la suspensión temporal del ejercicio de la facultad divisoria. El artículo 51, 6ª R. H. profundiza sobre esta idea por cuanto establece que “*Las inscripciones extensas ... se practicarán con sujeción a las reglas siguientes: 6ª Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real*”. Si lo

⁵⁹³ En el mismo sentido, la STS de 17 de octubre de 1967 (cdo. 2º).

aplicamos al caso que nos ocupa, cabría sostener que el derecho hereditario accederá al Registro de la Propiedad con todas las circunstancias que limiten su ejercicio y tengan trascendencia real. Precisamente, la prohibición testamentaria de dividir cumpliría ambas premisas, motivo por el cual quedarían sujetas al régimen de publicidad de aquél.

Ahora bien, la validez y eficacia de la disposición testamentaria que prohíbe la partición de la herencia no depende de que aquélla esté o no inscrita en el Registro de la Propiedad. Por consiguiente, su inscripción tendrá un mero carácter declarativo.

El registrador, de oficio, podrá denegar la inscripción de cualquier acto contrario al asiento correspondiente, tal y como se deduce de lo dispuesto por el artículo 17, párrafo 1º, L. H. Los herederos no podrán instar la inscripción de las adjudicaciones concretas derivadas de un acto particional, porque éste ya de por sí resultará ineficaz, al estar suspendido el ejercicio de la facultad divisoria. Se produciría el cierre registral, en la medida en que la constancia de la prohibición de dividir impediría la inscripción de actos posteriores a ella, por ser contrarios a su espíritu.

Asimismo, hay que resaltar lo dispuesto por el párrafo 2º del artículo 209, 2º, R. H., un precepto que, al abordar a la cancelación de la anotación preventiva del derecho hereditario por caducidad establece que *“No se cancelará por caducidad esta anotación preventiva cuando conste en el Registro el acuerdo de indivisión o la prohibición de división 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”*. Lo preceptuado por esta norma no debe ser interpretado como que la anotación preventiva del derecho hereditario caduca, aunque éste no pueda ser cancelado por existir inscrito un pacto de indivisión o una prohibición testamentaria de dividir. En realidad, su pretensión es declarar que la anotación preventiva no caduca mientras estén en vigor estas limitaciones del poder de

disposición⁵⁹⁴. Una vez cumplidos los plazos del pacto o de la prohibición de dividir del testador, la anotación preventiva caducaría automáticamente sobre la base de los datos registrales; y, en el caso de que no figurara plazo, mediante la aportación del justificante correspondiente⁵⁹⁵.

La falta de inscripción de la prohibición testamentaria de dividir sólo impedirá la aplicación de los principios registrales, pero no afectará a su validez ni a su eficacia, que seguirá siendo *erga omnes*, como tendremos ocasión de constatar a continuación, al estudiar el régimen jurídico al que va a quedar sometida la comunidad hereditaria afectada por una prohibición testamentaria de dividir.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO QUE ORDENA LA HERENCIA INDIVISA

Sin duda, el régimen jurídico al que queda sometida toda comunidad hereditaria es el que se deduce de lo dispuesto por el párrafo 2º del artículo 392 C. c., según el cual “*A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este Título*”. Que exista una cláusula que vincula la herencia a una situación de indivisión sólo repercute en la idea de que las “*disposiciones especiales*” podrían ser interpretadas como reglas establecidas por el propio testador para ordenar su funcionamiento mientras tanto⁵⁹⁶. Ante la ausencia de una previsión al

⁵⁹⁴ Vid. ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. IV, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 316-317. Mantienen los autores que, en el caso del pacto de indivisión, se prolongarán los efectos de la anotación preventiva incluso cuando éste se haya registrado con posterioridad a la anotación preventiva del derecho hereditario

⁵⁹⁵ *Ibidem*, nota 45, p. 316.

⁵⁹⁶ En el mismo sentido, GITRAMA, M., *ob. cit.*, p. 406. FERRANDIS VILELLA (*ob. cit.*, p. 154) ha considerado que el régimen de la comunidad hereditaria vendría dado, en primer lugar, por la voluntad del testador o por los pactos de los coherederos cuando hubieran disciplinado contractualmente su relación; en segundo lugar, por las “*disposiciones especiales*”, que son las que contiene el Código civil, por ejemplo, en materia de partición o pago de deudas, o las que a veces prevén ciertas leyes especiales,

respecto, simplemente habría que aplicar lo prescrito por el Código civil sobre este particular en materia de comunidad de bienes.

A continuación me detendré brevemente en analizar dos aspectos sobre esta materia: el uso de los bienes que conforman el caudal relicto por parte de los coherederos, y la administración de la herencia indivisa por voluntad del causante.

Con respecto al uso, el artículo 394 C. c. dispone que “*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*”. Por tanto, todo coheredero tendrá derecho a usar y disfrutar de cada una de las cosas que forman parte de la herencia. Se les atribuye el *ius utendi* y el *ius abutendi* sobre ellas, sin que esto pueda ser calificado como un enriquecimiento sin causa, ni como un uso ilícito que afecta a la parte de los demás, motivo por el cual no se admitirá una acción reivindicatoria ni una posesoria de un comunero frente a otro⁵⁹⁷. El título perteneciente a todos los copartícipes será causa de la facultad de uso y disfrute que tiene todo comunero sobre la cosa común.

Que la facultad de uso y disfrute tenga un carácter indivisible se traduce en la idea de que ésta ha de ser compartida por todos los coherederos, aunque pueda ser ejercitada individualmente por cualquiera de ellos. Se admite un uso solidario, pero recíprocamente limitado, en virtud de la participación atribuida a cada titular. Por tanto, la cuota se constituye como elemento coadyuvante para la ordenación de la concurrencia de todos los copartícipes en el uso simultáneo de las cosas comunes⁵⁹⁸.

como son las regulan la atribución de títulos nobiliarios y grandezas de España; y en tercero, y último lugar, por las prescripciones que el Código civil prevé en materia de comunidad de bienes.

⁵⁹⁷ Vid. MIQUEL, J .M., ob. últim. cit., pp. 72-73.

⁵⁹⁸ En la práctica, la STS de 31 de julio de 1998 (f. j. 2º) propone un uso dividido en el tiempo de la cosa común, que no desvirtuaría la naturaleza de la facultad de uso y disfrute, que es sencillamente la de “*servirse de las cosas comunes*”, y además permitiría que pudiera ser ejercitada por cada comunero.

Como consecuencia de ello, se permite el uso individual de las cosas comunes, siempre y cuando no se impida a los demás copartícipes utilizarla “*conforme a su derecho*”⁵⁹⁹. Subyace siempre la idea de la cuota como medida que condiciona este uso. D. José BELTRÁN DE HEREDIA ha indicado, con notable acierto, que el comunero puede extralimitarse en el uso, siempre que permita a los demás ejercitar esta facultad sobre la cosa común, o, por el contrario, usar el objeto menos de lo que corresponde, expandiéndose el derecho de los demás⁶⁰⁰.

Por otra parte, el artículo 394 C. c. condiciona el uso individual de las cosas comunes al hecho de que no se produzca un perjuicio al interés de la comunidad. Se trata de un modo de expresar que no existe una facultad absoluta de uso sobre cada uno de los bienes que conforman la herencia, si el resto de los comuneros se oponen a él, ya que la cuota concede un uso sobre las cosa comunes, pero con una dimensión menor que la contenida en la facultad de uso de un titular único.

Se restringe el uso individual de las cosas comunes al destino que cada una de ellas tenga, que, en el caso que nos ocupa, se valorará atendiendo a lo dispuesto por el testador; y, a falta de ello, conforme a lo derivado de su naturaleza, o a la decisión que los propios coherederos pudieran adoptar al respecto, que se basaría en un acuerdo que reflejaría, no el interés subjetivo de cada copartícipe, sino la suma de los intereses de

La STS de 6 de marzo de 2002 (f. j. 1º) ha admitido el reparto del uso material de un inmueble atribuyendo la casa-vivienda a uno de los comuneros, donde tiene su hogar, y parte de las antiguas cuadras para guardar y vender frutas y verduras. El otro utiliza parte del porche y una bodega como almacén de materiales. Del mismo modo, la STS de 17 de diciembre de 1999 (f. j. 2º) ha manifestado que “El hecho de que la finca esté materialmente dividida, teniendo los mismos una parte nada significa en sí mismo, pues puede ser el resultado de un acuerdo entre los comuneros para el mejor disfrute de toda la finca, lo que permite el artículo 394 del Código civil”.

⁵⁹⁹ La STS de 30 de abril de 1999 (f. j. 1º) ordena a un comunero que desaloje la finca que ocupa con exclusión de los demás. Lo mismo sucede en la STS de 2 de noviembre de 2000 (f. j. 1º).

⁶⁰⁰ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, J., ob. cit. p.. 241.

todos ellos⁶⁰¹. Lo expuesto no es óbice para permitir que cada coheredero pueda hacer un uso lícito de la cosa común en los términos que él considere oportunos. Pretendemos manifestar que aquél, ante la ausencia de una previsión testamentaria sobre el uso pretendido para los bienes hereditarios, puede, por sí solo y, por tanto, sin necesidad de un acuerdo previo con los demás, determinar a qué va a destinar la cosa común. Ahora bien, el resto de los copartícipes podrán oponerse a este uso individual, alegando que no es el adecuado y que ello contraría al interés de la comunidad, lo que constituiría una muestra de la falta de sintonía entre todos los comuneros.

El interés de la comunidad conduce a una suma de los intereses individuales de cada uno de los cotitulares. ¿Significaría esto que habrá de seguirse la regla de la unanimidad para adoptar un acuerdo sobre el uso de bienes que conforman el caudal relicto? No lo creo así, porque la búsqueda de una decisión unánime ralentizaría el funcionamiento de la comunidad; de ahí que resulte más oportuno someter el convenio a la regla de la mayoría prevista por el artículo 398, párrafo 1º, C. c., conforme al cual *“Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes”*⁶⁰². El segundo párrafo del citado precepto precisa que *“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”*. Al fin y al cabo, tal como ha mantenido la STS de 30 de abril de 1999, el uso de los bienes comunes es uno de los actos de administración a los que se refiere el artículo 398 C. c.

Una decisión mayoritaria de los comuneros sobre el destino oportuno que ha de darse a los bienes que conforman la herencia vincularía a una minoría discrepante sobre esta materia. En consecuencia, la regla de la mayoría actuaría como solución ante una controversia sobre si el uso y disfrute individual viola los límites dispuestos por el Código civil, y no como una exigencia previa al ejercicio del *ius utendi*. Un coheredero podría actuar por sí solo, aunque su acto sólo sería válido y eficaz si

⁶⁰¹ Vid. SALIS, L., ob. cit., pp. 80 y ss; y BARASSI, L., ob. cit., p. 714.

⁶⁰² Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Jurisprudencia ...*, cit., p. 133.

ninguno de los otros copartícipes se opusiera a él, dando cabida a la aplicación de la regla romana del *ius prohibendi*⁶⁰³.

En cuanto a las reglas aplicables a la administración de una herencia sometida a la carga impuesta por el testador, que impide a los partícipes de la comunidad hereditaria solicitar su partición, habrá que estar a lo dispuesto por el causante sobre esta materia. Prevalece la voluntad de éste sobre la autonomía privada de los coherederos para decidir cómo debe administrarse el patrimonio hereditario que ha de permanecer indiviso⁶⁰⁴.

La STS de 12 de diciembre de 1958 ha reflejado la posibilidad de que sean los propios coherederos quienes acuerden cómo administrar el caudal relicto en la situación indicada. En el supuesto contemplado, el causante disponía que la *actio familiae erciscundae* no fuera ejercitada hasta que no se produjere la muerte de su cónyuge superviviente, por lo que su viuda e hijos –en cuanto coherederos– convinieron que se encargase de la administración de la herencia uno de estos últimos. Acaecida la muerte de este administrador (del hijo), se abrió su sucesión, en la que se ordenaba que la herencia permaneciese indivisa mientras viviese su madre, y abuela de los respectivos herederos. Su dirección y administración se atribuía a esta última.

⁶⁰³ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., ob. cit., p. 190; y MANRESA NAVARRO, J. M., ob. últim. cit, p. 466.

Existiría un paralelismo con la regla 1ª del artículo 1695 C. c., que en materia de administración de la sociedad civil, establece que “*Todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará a la sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal*”. Por este motivo, el citado precepto podría ser aplicado por analogía al caso que nos ocupa

Cfr. párrafo 3º de la ley 372 Comp. Nav., que dispone lo siguiente: “*En los casos de simple uso, administración o modificación material de la cosa común, cada titular puede oponerse judicialmente al otro que intenta realizarlos ...*”.

⁶⁰⁴ El propio albacea podrá impugnar los acuerdos de los coherederos contrarios a lo establecido por el testador (vid. GITRAMA, M., ob. cit., pp. 405 y 407).

El régimen de administración aplicable a una herencia nos acerca nuevamente a la regla de la mayoría dispuesta en el párrafo 1º del artículo 398 C. c. Por ende, una decisión mayoritaria vinculará a la minoría (como ya hemos señalado)⁶⁰⁵. Aunque el párrafo 3º de este mismo precepto declara que “*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*”. Su fin no es otro que el de mantener un equilibrio de intereses y una garantía para los partícipes minoritarios⁶⁰⁶. Sin embargo, este criterio subsidiario de defensa de quienes no están de acuerdo con la decisión mayoritaria mediante un recurso judicial se puede prestar, a veces, a una cierta arbitrariedad, porque la minoría siempre va a disponer de una vía para evitar los efectos de un acuerdo mayoritario, y defender así sus propios intereses subjetivos, aunque la función principal de este párrafo sea la de velar por el interés de la comunidad.

Fuera de los actos relativos al uso, la reparación o la conservación de las cosas comunes, es decir, al margen de los actos de administración, que son los que se dirigen al aprovechamiento y la conservación de la cosa, *salva rerum substantia* (ex arg. art. 467 C. c.), la unanimidad regirá el funcionamiento de la comunidad; una regla que protegerá el principio de indemnidad del heredero⁶⁰⁷.

Por su parte, el artículo 397 C. c. dispone que “*Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos*”. Son actos de alteración todos aquellos

⁶⁰⁵ SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit., pp. 191 y siguientes) pone de manifiesto que, en materia de administración y mejor disfrute de la cosa común, el artículo 398 C. c. apuesta por el criterio de la mayoría, rompiendo así con la tradición del Derecho civil anterior al Código civil y a las Partidas, que optaban por la unanimidad.

⁶⁰⁶ Vid. ROCA JUAN, J., ob. cit., p. 22.

⁶⁰⁷ Vid. DE LOS MOZOS Y TOUYA, A. M., “*La anotación preventiva del derecho hereditario*”, RCDI, 1982, II, p. 1456.

que tienden a modificar el derecho o la esencia física de una cosa concreta. Éstos pueden tener un carácter material o jurídico⁶⁰⁸.

La norma citada no prohíbe al comunero aislado disponer de la cosa común. Lo permite, siempre y cuando concurra con el consentimiento de todos los condueños, para evitar de este modo el condicionamiento recíproco al que están sometidas las voluntades de cada uno de ellos⁶⁰⁹. Si uno de ellos vendiera un bien sin atender a esta regla, el negocio jurídico sería nulo, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo⁶¹⁰.

Consiguientemente, ningún coheredero podrá disponer de un bien concreto de la herencia que no le fuera adjudicado, con una eficacia real (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), pero sí con unos efectos obligacionales. Si el bien del que ha dispuesto no le fuera finalmente atribuido, el adquirente tan sólo podría reclamar su *id quod interest* al enajenante, en cuanto que entre éste y aquél tan sólo existiría un derecho de crédito, si así se hubiera establecido⁶¹¹. La STS de 27 de mayo de 1982 (cdo. 6º) va más allá al establecer lo siguiente: “(...) el heredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo no sólo la cuota o porción ideal

⁶⁰⁸ La STS de 9 de octubre de 2002 (f. j. 4º) ha considerado que existe una alteración material en la “transformación de una finca pequeña rústica de escaso rendimiento agrícola (...) en una finca de segunda residencia, complementada por huerta, viña y granja de autoconsumo (...)”. Como actos que tienen una repercusión jurídica tenemos la enajenación o el gravamen [SSTS de 22 de mayo de 1996 (f. j. 2º); de 1 de diciembre de 1999 (f. j. 3º); y de 13 de noviembre de 2001 (f. j. 3º)].

⁶⁰⁹ Vid. MURILLO VILLAR, A., *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 122. También, SSTS de 5 de noviembre de 1992 (f. j. 2º) y 31 de enero de 1994 (f. j. 4º).

⁶¹⁰ La STS de 29 de abril de 1986 (f. j. 3º) ha declarado lo siguiente: “las convenciones cuya nulidad se postula (...) no estaban adornadas de los requisitos que el artículo mil doscientos sesenta y uno de nuestro (...) Código exige para la existencia del contrato, habida cuenta de que el condómino no podrá prestar su consentimiento para la enajenación del pleno dominio de unos inmuebles en los que sólo le correspondían participaciones indivisas”. En el mismo sentido, las SSTS de 8 de julio de 1988 (f. j. 3º); de 25 de junio de 1990 (f. j. 5º); de 23 de octubre de 1990 (f. j. 2º); de 1 de diciembre de 1999 (f. j. 3º); de 13 de noviembre de 2001 (f. j. 3º).

⁶¹¹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “*Relectura en torno de la comunidad hereditaria*”, RDN, 1985, p. 387. En el mismo sentido, LARRONDO LIZARRAGA, J. M., ob. cit., pp. 616-619.

que le corresponda en el caudal hereditario, sino igualmente las cosas determinadas comprendidas en él, si bien con eficacia 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 (...), y sin que ello suponga alteración alguna en la cosa común, que es lo prohibido en el art. 397 del Código civil, y mucho menos en cuanto que de ningún modo se perjudica con ello a los restantes integrantes de la comunidad hereditaria, porque (...), si bien el coheredero no puede transferir el dominio de cosa específica de la herencia indivisa, ello no afecta a la validez de la obligación, salvo que concurren circunstancias de otra índole que provean de ineficacia al contrato (...)»⁶¹². El Tribunal Supremo pone de manifiesto que la venta de una cosa específica del caudal relicto por un heredero puede reputarse sin ningún problema como condicional. Por tanto, si la condición no se cumple (la atribución del bien al vendedor), el comprador nada podrá reclamar.

En otro orden de cosas, conviene reseñar que, ante la ausencia de tratamiento por nuestro Código civil, nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo que cualquier coheredero está facultado para proceder al ejercicio de acciones en beneficio de la comunidad, por lo que no sería necesario un acuerdo mayoritario de todos ellos, y menos aún unánime⁶¹³. En este sentido, se ha manifestado la STS de 25 de enero de 1943 (cdo. 3º), al indicar que el heredero “puede ejercitar las acciones correspondientes al difunto en beneficio de la masa hereditaria”. También la STS de 13 de noviembre de 1961 (cdo. único) ha declarado que el heredero es copropietario de la integridad de los bienes del causante, mientras no se hagan las adjudicaciones individuales, y consiguientemente está legitimado para emprender acciones en pro de todos los copartícipes.

⁶¹² Lo subrayado es mío.

⁶¹³ Acciones como la reivindicatoria, la negatoria, la reclamación de un servidumbre o el retracto de colindantes podrán ser ejercitadas por un comunero, si su intención es la de obrar para la comunidad, sin que sea necesario el litisconsorcio activo [STS de 28 de julio de 1995 (f. j. 1º)]. Asimismo, actos como la denegación de una prórroga en un contrato de arrendamiento o una reclamación de rentas podrán ser realizados por uno de los copartícipes [SSTS de 6 de marzo de 1997 (f. j. 1º); y de 23 de febrero de 1998 (f. j. 1º)].

De modo más amplio, la STS de 11 de junio de 1998 (f. j. 4º) ha mantenido que “cualquiera de los partícipes o copropietarios se encuentra facultado para actuar y realizar actos que redunden en beneficio de la comunidad”. Por su parte, la STS de 18 de diciembre de 1989 (f. j. 1º) ha afirmado que “cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que competan a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma”⁶¹⁴. Por ello, cualquiera de los herederos podría solicitar al juez que dejara sin efectos la prohibición testamentaria de dividir (si existieran motivos para ello) en interés de la comunidad. El proceso ante los Tribunales se simplificaría al permitir que cualquiera de ellos pudiera comparecer en juicio en asuntos que afectaran a toda la comunidad (si la acción beneficia a todos); de ahí que una sentencia favorable aproveche al resto de los cotitulares, pero no así la adversa. Por supuesto, todo esto sólo será posible si los demás no muestran oposición alguna⁶¹⁵. Si existiera una disparidad de criterio, la cuestión deberá solucionarse a través de una decisión mayoritaria, si bien quedará a salvo siempre el derecho de la minoría a proteger el interés de la comunidad través de lo dispuesto por el artículo 398, párrafo 3º, C. c.⁶¹⁶.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario cuando la comunidad hereditaria es la parte demandada. Para tal caso ha exigido la aplicación del principio de litisconsorcio pasivo necesario. La STS de 16 de febrero de 1998 (f. j. 2º) ha declarado lo siguiente: “Si bien un comunero está legitimado activamente para litigar en su propio nombre y en beneficio de la comunidad o con el consentimiento de los demás comuneros (sin que sea necesaria la representación a la que no puede equipararse ese consentimiento), no ocurre lo mismo en el caso de que la demanda

⁶¹⁴ En el mismo sentido, SSTs de 10 de junio de 1981 (cdo. 1º); de 8 de abril de 1992 (f. j. 2º); y de 11 de junio de 1998 (f. j. 4º).

⁶¹⁵ SSTs de 20 diciembre de 1989 (f. j. 2º); de 10 de noviembre de 1994 (f. j. 2º); de 7 de mayo de 1999 (f. j. 2º); y de 20 de enero de 2000 (f. j. 3º).

⁶¹⁶ MIQUEL (ob. últim. cit., pp. 81-101) aplica de las reglas de gestión de negocios ajenos, a través de las cuales la sentencia que produce efectos favorables afecta a los demás comuneros porque han sido ratificados.

afecte o se dirija contra una comunidad de bienes en que habrán de ser demandados todos los comuneros, independientemente de que alguno de ellos tenga la representación voluntaria de los restantes copropietarios”⁶¹⁷.

A la vista de todo lo anterior, cabría concluir que el régimen de administración aplicable a la comunidad hereditaria, que necesariamente ha de permanecer en un estado de indivisión, se caracteriza, sobre todo, por el hecho de que los coherederos han de asumir los acuerdos adoptados, ya que no tienen la posibilidad de hacer frente a ellos mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, cuyo ejercicio ha quedado en suspenso por disposición del testador. Ésta sería una respuesta en contra de la posición de aquellos autores que han mantenido que la comunidad sólo puede funcionar dentro del régimen de unanimidad, porque todo copartícipe siempre tiene el derecho de pedir la partición de la herencia como medio para oponerse a la decisión de la mayoría, como último reducto del *ius prohibendi* del Derecho romano⁶¹⁸. En el caso que nos ocupa no es posible la salida de esta comunidad mediante la división hereditaria. La carga testamentaria así lo impide. Por tanto, el único recurso que le queda al coheredero gravado para evitar someterse a los acuerdos adoptados por el resto en materia de administración de la herencia es el de abandonar la comunidad hereditaria a través de la disposición de su participación hereditaria, tema que pretendemos abordar continuación.

III. LA DISPOSICIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO: LA POSICIÓN DEL CESIONARIO ANTE LA PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA DE DIVIDIR

Que el Código civil permite expresamente la libre disposición del derecho hereditario (en el sentido de cuota hereditaria) resulta obvio a raíz de lo dispuesto por

⁶¹⁷ También, las SSTS de 23 de febrero de 1998 (f. j. 1º); y de 11 de junio de 1998 (f. j. 5º).

⁶¹⁸ Vid. GITRAMA, M., ob. cit., p. 361; y FERRRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 175.

los artículos 1280, 4⁶¹⁹, 1067⁶²⁰ y el párrafo 1º del artículo 1000 C. c.⁶²¹ A ello habría que añadir el reconocimiento expreso que hace el párrafo 3º del artículo 46 L. H. de esta facultad, al afirmar que “*El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse, y ser objeto de otra anotación*”.

Todos estos preceptos son manifestaciones concretas de lo dispuesto, con carácter general en materia de comunidad de bienes, por el artículo 399 C. c., según el cual “*Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento ...*”. Por tanto, todo comunero, y, particularmente, todo coheredero disfruta de un poder de disposición sobre su cuota. Quien es cotitular de un patrimonio hereditario tiene un poder de disposición sobre su derecho hereditario *in abstracto*, del mismo modo que el heredero único puede disponer de toda la herencia⁶²². Como dice FERRANDIS, “el derecho hereditario *in abstracto* queda individualizado, no por su objeto, sino por su contenido”⁶²³.

El derecho hereditario (en cuanto medida de la participación atribuida a un coheredero) se constituye en un derecho subjetivo de naturaleza real y universal, que tiene por objeto un patrimonio hereditario que es compartido con el resto de los sujetos partícipes de la comunidad hereditaria⁶²⁴. Se produce una abstracción del

⁶¹⁹ Señala este precepto que “*Deberán constar en documento público: 4º La cesión ... de los derechos hereditarios ...*”.

⁶²⁰ Dispone que “*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 ...*”.

⁶²¹ Declara lo siguiente: “*Entiéndese aceptada la herencia: 1º Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos*”.

⁶²² DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A. (“*Apuntes de tema de enajenación de herencia*”, RDP, 1967, pp. 383-384) expone que esta práctica es muy común en aquellas regiones donde existe una fuerte corriente migratoria, ya que lo normal es que el heredero venda sus derechos hereditarios a los demás para poder emigrar con lo obtenido, o simplemente por el hecho de residir fuera de España.

⁶²³ Vid. FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 49.

⁶²⁴ Vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., ob. cit., p. 25.

objeto del derecho hereditario, porque no recae sobre bienes concretos. No es un título legitimador para disponer de los derechos singulares que conforman la comunidad hereditaria. Esta posibilidad vendrá dada por un derecho *in concreto*, que surgirá tras la partición hereditaria a la luz de lo dispuesto por el artículo 1068 C. c. Así lo ha manifestado la STS 5 de octubre de 1963 (cdo. 2º): “indivisa la herencia, la transmisión de derechos hereditarios (...) no lleva consigo nunca la transmisión de derecho real alguno sobre bienes concretos y determinados, pues para ello es precisa la partición”. También la STS de 28 de mayo de 2004 (f. j. 4º) ha mantenido lo siguiente: “los coherederos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino que 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”.

Por este motivo, se procede a la anotación preventiva del derecho hereditario, y no a su inscripción, ya que éste se proyecta sobre el caudal hereditario en su conjunto. Si esto no fuera así, se podría confundir la inscripción del derecho hereditario con la inscripción de las cuotas de una comunidad de bienes sobre bienes singulares.

En lo relativo a las consecuencias jurídicas que genera la disposición del derecho hereditario, hay que distinguir entre la enajenación a un extraño, y aquella otra que tiene como destinatario otro copartícipe de la comunidad hereditaria. En el primer supuesto, no se produce una alteración en la cantidad de participantes, ni en las porciones atribuidas a cada uno de ellos. Tan sólo una novación de tipo subjetivo. No sucede lo mismo cuando el adjudicatario del derecho hereditario es otro coheredero. En tal caso, además de modificar el número de partícipes, que se verá reducido, aumentará proporcionalmente la cuota de quien lo haya adquirido⁶²⁵. Consiguientemente, se producirá también una novación objetiva.

⁶²⁵ Vid. FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., pp. 109-110.

En cualquier caso, para valorar qué efectos produce el acto dispositivo que tiene por objeto una cuota hereditaria, hay que tener presente lo dispuesto por el artículo 399, *in fine*, C. c.: “... *el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad*”. Ello no significa que los efectos del acto de disposición dependan de la adjudicación de bienes concretos tras la partición hereditaria. Muy al contrario, no se suspenderá la eficacia del acto de disposición, sino que se limitará su dimensión, en cuanto que afectará tan sólo al derecho que tiene el disponente sobre el caudal relicto en la medida establecida por su participación; derecho que se materializará tras la división de la herencia⁶²⁶.

En consecuencia, si se produce una cesión del derecho hereditario, el cesionario ocupará la posición del cedente en la comunidad hereditaria, y se colocará junto al resto de los coherederos⁶²⁷. Se producirá una subrogación a todos los efectos de uso, disfrute, administración y división de la herencia, ya que quien enajena su cuota hereditaria se desprende de su titularidad sobre el activo relicto, y determina inexorablemente que el adquirente de la misma ingrese en la comunidad hereditaria en las mismas condiciones que tenía el transmitente⁶²⁸. El cesionario adquirirá una

⁶²⁶ Algún autor (GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., “*Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo*”, RDN, 1965, p. 130) ha sostenido que la cesión del derecho hereditario es un contrato que tiene por objeto bienes subjetivamente futuros que han sido calificados por BIONDO BIONDI (*Los bienes*, traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada, con anotaciones sobre el Derecho español, por A. de la Esperanza Martínez-Radio, Bosch, Barcelona, 2003, p. 265) como “aquéllos que existen *in rerum natura* pero que no forman parte del patrimonio del disponente; con todo se prevé que a continuación puedan pertenecerle, sin que esto sea considerado como condición o presupuesto del negocio, el cual es válido sin más, y tiene como objeto cosas ajenas (venta, legado, arrendamiento, etc.), naturalmente con efectos puramente obligatorios”.

⁶²⁷ Vid. GARCÍA VALDECASAS, G., “*La comunidad ...*”, cit., p. 263; MUÑOZ XANCO, J., ob. cit., p. 880; .

⁶²⁸ La RDGRN de 29 de diciembre de 1930 así lo ha manifestado: “la cesión de cuota hereditaria realizada por escritura pública sin llegar a transmitir la cualidad de heredero con las características personales y familiares del caso, faculta al cesionario para ejercitar las acciones y derechos que la ley confiere al cedente en orden a la custodia, aprovechamiento, distribución y adjudicación de los bienes hereditarios”. Añade “que de los artículos 1000, 1067 y 1464 del Código Civil se desprende con toda evidencia que dicho acto jurídico no engendra meras relaciones obligatorias, sino que transfiere el

participación hereditaria en su consideración económica, razón por la cual se le atribuirá el derecho a obtener después la parte efectiva del patrimonio hereditario que correspondería a su cedente.

Si se hubiera procedido a la anotación preventiva del derecho hereditario, el cesionario del heredero recibiría una participación en la comunidad correspondiente en los términos contemplados por aquélla, que es la que refleja la titularidad del comunero sobre una masa hereditaria a proporción de su respectiva cuota. Por supuesto, el cesionario no podría inscribir su derecho, pero sí proceder a solicitar una anotación preventiva, que tendría su apoyo en la ya existente en favor del heredero cedente (arg. ex art. 46, párrafo 3º, L. H.). Esto serviría para presumir una legitimación registral en las condiciones previstas por el primitivo asiento. Aunque el cesionario no estaría protegido por el principio de la fe pública registral, porque si se anulara la institución de heredero del cedente, aquél quedaría afectado, y únicamente podría exigir responsabilidades al heredero-cedente, conforme a lo previsto por el artículo 1531 C. c.⁶²⁹, aplicando dicho precepto por analogía.

La transmisión de la cuota hereditaria no implica la de la cualidad de heredero, que, al tener carácter personalísimo, sigue residiendo en la persona del cedente. Esta idea viene contemplada por el citado artículo 1531 C. c., según el cual *“El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero”*. Por ende, quien enajena su derecho hereditario responde de su cualidad de heredero del mismo modo que lo haría si fuera un único heredero y vendiera toda la herencia, ya que no transmite cosas concretas, sino una cuota ideal sobre una masa hereditaria. Siendo esto así, la cesión del derecho hereditario no desliga al transmitente de su responsabilidad *erga omnes* por el pasivo

derecho a la cuota correspondiente desde el patrimonio del coheredero al del adquirente, y no sólo coloca a este último en el puesto del cedente, de suerte que puede pedir por su propia autoridad la partición hereditaria, sino que lo pone en relación dominical con los elementos de la masa relicta”.

⁶²⁹ Vid. DE LOS MOZOS Y TOUYA, J. I., y DE LOS MOZOS Y TOUYA, A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VII, v. 5, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 2000, p. 322.

hereditario, salvo pacto en contrario, en cuyo caso el cesionario podría asumir el pago de tales cargas (art. 1534 C. c.)⁶³⁰, aunque tal asunción de deuda requeriría el consentimiento oportuno de los acreedores, a la luz de lo expresado por el artículo 1205 C. c.⁶³¹.

La cesión de la cuota hereditaria sólo transmite su contenido económico (el remanente de la herencia hallado una vez pagadas las deudas y las cargas de la herencia, ya que esta partida recae sobre el cedente)⁶³². Esto tiene que ver con la aplicación del aforismo “*semel heres, semper heres*”, que mantiene al cedente en una posición jurídica que le vincula personalmente con los acreedores. No obstante, el cesionario tendrá interés en esta situación en el ámbito interno, puesto que al entrar en juego el pago de las deudas, cargas hereditarias y colaciones, aquél sólo recibirá lo que quede de la herencia, tras las oportunas operaciones de liquidación.

A la vista de lo anteriormente expuesto, se constata que la cesión no tiene meros efectos obligatorios sino que éstos son reales, ya que se transmite la relación dominical sobre una cuota hereditaria. El cedente, pues, no dispondrá de la *actio familiae erciscundae* pues el fin de su ejercicio es la adjudicación de los bienes que contiene esa cuota. Lo lógico será que el cesionario sea parte de esta división hereditaria, como sujeto partícipe de la comunidad hereditaria, y no el cedente, pues

⁶³⁰ Este precepto señala que “*El comprador deberá, por su parte, 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, salvo pacto en contrario*”.

⁶³¹ Se dispone lo siguiente: “*La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*”.

⁶³² Se ha discutido si el derecho de acrecer es un derecho personal o no, a fin de saber si este derecho aumenta la cuota del cesionario. Si aquél no lo fuera, el adquirente se podría beneficiar de un aumento de su participación, ante la renuncia de alguno de los llamados a la herencia, en virtud del derecho de acrecer que correspondería al coheredero transmitente (vid. FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 114). Pero si aquél fuera considerado un derecho personal, entonces no podría beneficiarse el cesionario, y, por tanto, no aumentaría su cuota originaria.

no resulta práctico dar entrada a éste en el citado acto por el mero hecho de ser responsable de las deudas frente a los acreedores⁶³³.

El cesionario se convierte en comunero sin ser heredero, porque lo decisivo es el interés que se comparte, que es un derecho sobre una misma herencia, y no la cualidad del sujeto. Del mismo modo que un legatario de parte alícuota también forma parte de la comunidad hereditaria sin ser considerado un heredero. Tal y como ha manifestado FERRANDIS, no nos encontramos ante una comunidad de herederos, sino ante una comunidad sobre una herencia⁶³⁴. Por ello, el cesionario tiene todas las acciones propias del cedente ordenadas para la custodia, aprovechamiento, distribución y adjudicación de bienes⁶³⁵.

Partiendo de esta idea, ¿cómo repercutiría una restricción testamentaria a la partición hereditaria sobre la cesión del derecho hereditario?

⁶³³ Vid. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., ob. cit., pp. 399-400.

⁶³⁴ Vid. FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 115.

⁶³⁵ Nos hemos referido a la cesión de la cuota como el acto de disposición que más interés suscita en estos momentos, pero no hay que olvidar que el derecho hereditario puede estar sometido a otros actos de disposición, como son los de gravamen, que, aunque no van a ser objeto de nuestro estudio en esta tesis, merecen una pequeña llamada de atención. Por ello, me atrevo a señalar que, en tal caso, habría que valorar qué cargas pueden recaer sobre el derecho hereditario, pues hay gravámenes que necesariamente han de tener por objeto bienes inmuebles o derechos reales de carácter inmobiliario. Resulta vidrioso, entonces, admitir una hipoteca sobre un derecho hereditario sin más. Si esto fuera posible, estaríamos hablando de una hipoteca sobre toda la herencia *pro parte*; hasta que se produjera la partición hereditaria que convertiría el derecho hereditario *in abstracto* hipotecado en un derecho *in concreto* sobre el lote adjudicado, y dejaría libre de esta carga al resto. Pero el problema lo hallaríamos en el hecho de que la hipoteca, a la luz de lo dispuesto por el artículo 119 L. H.: “*Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder*”, necesitaría ser distribuida entre todas las fincas que forman parte de la herencia, con el problema de que éstas no tienen una consideración individual, sino que más bien constituyen parte de un todo. Además, la hipoteca recaería sobre el derecho hereditario, que no es objeto de una inscripción sino de una anotación preventiva, mientras que aquella carga real se constituye a través de la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

En lo relativo a esta cuestión, no hay que olvidar que la cláusula por la que el testador sumerge a la comunidad hereditaria en una situación de indivisión durante un tiempo no cercena la facultad del coheredero para abandonar esa situación a través de la cesión de su cuota hereditaria. La libertad de éste sólo quedaría coartada en este punto si el testador así lo hubiera manifestado mediante una específica prohibición de enajenar. De este modo, el derecho hereditario quedaría sustraído al tráfico jurídico⁶³⁶.

Consiguientemente, esta prohibición testamentaria no constriñe la libre circulación de las cuotas hereditarias⁶³⁷. Tan sólo afecta a la conversión de las cuotas ideales de la comunidad hereditaria en reales, a través de la partición.

Cuestión distinta será valorar cómo trasciende la cesión del derecho hereditario sobre la permanencia de la carga con la que el causante grava a los coherederos. Pasamos a exponer seguidamente las siguientes hipótesis:

- a) La enajenación de las cuotas hereditarias podría desembocar en un motivo de disolución de la comunidad hereditaria en caso de que aquélla condujera a la reunión de todas ellas en la cabeza de un coheredero, o de un tercero. Siendo esto así, habría que predicar la extinción de la prohibición

⁶³⁶ En este supuesto, habría que valorar si la restricción sobre el acto de enajenación tiene un carácter absoluto, situación que se daría en el caso de que el heredero no pudiera disponer de su derecho hereditario en favor de nadie; o si, por el contrario, su naturaleza es relativa, caso en que tan sólo se impediría la disposición de la cuota hereditaria en favor de extraños, pero no en favor de cualquier otro comunero.

⁶³⁷ No podemos mantener la misma postura cuando se trata de enajenar bienes concretos de la herencia, aunque concurra en tal acto la voluntad de todos los coherederos. Consideramos que la venta de un bien singular del caudal relicto presupone una división, que precisamente procura evitar el causante con su disposición testamentaria. Su voluntad es mantener unido todo el patrimonio hereditario, por lo que no parece oportuno admitir que aquélla pueda ser violada mediante la enajenación de un bien concreto, que no sería calificada, *stricto sensu*, como acto divisorio.

testamentaria de dividir por falta de objeto. No sería posible hacer valer la voluntad del testador, que pretendía que el caudal relicto no fuese dividido. Como venimos sosteniendo, el artículo 1051 C. c. faculta al causante para restringir el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, y, por tanto, su razón de ser reside en la persistencia de una comunidad hereditaria. Si ésta dejara de existir, la carga testamentaria devendría, lógicamente, ineficaz.

- b) La comunidad hereditaria puede extinguirse por su conversión en una sociedad civil. Esto sucederá cuando cada uno de los coherederos disponga de su respectiva cuota hereditaria en favor de esta última, tema del que ya nos hemos ocupado.

Cuando una sociedad civil ocupa el lugar asignado a una comunidad hereditaria cabe plantearse si lleva consigo las condiciones que marcaban la existencia de ésta, o si, por el contrario, se desvincula de todas ellas a través de un pacto social, generador de nuevas y distintas expectativas. Si sostenemos esto último, los socios (antiguos coherederos) dejarían de estar sometidos a la prohibición testamentaria de dividir, entre otras cosas, porque la comunidad hereditaria habría dejado de existir. Se encontrarían formando parte de una sociedad, que tiene, en esencia, vocación de permanencia, una característica, por otra parte, no atribuible a la extinta relación de comunidad.

La lógica jurídica aconseja adoptar esta postura, ya que, si no hay coherederos, carece de sentido reafirmar una restricción testamentaria, que carece de objeto (la comunidad hereditaria) y de sujetos destinatarios (los comuneros). Lo que conduce a reclamar la ineficacia de la carga impuesta por el causante.

Sin embargo, aunque es cierto que, de modo directo, no podemos mantener la presencia de una prohibición testamentaria de dividir en la sociedad, sí deberían persistir sus efectos, aunque sea de modo tangencial. ¿A qué nos referimos? Pues, sencillamente, a tratar de evitar que los coherederos puedan defraudar la voluntad del testador mediante el cambio de una relación de comunidad a otra de tipo societario. Por ello, creo que el espíritu de la restricción debe ser respetado en la medida de lo posible. Significa que no estaremos ante una sociedad *ex novo*, porque arrastrará ciertos aspectos ligados a la comunidad hereditaria, como son los derivados de su duración. Precisamente, la disolución de la sociedad civil se puede acoger a una serie de causas previstas por nuestro Código civil, entre las cuales resaltamos la referida a la llegada del término convenido (art. 1700, 1º C. c.), o la que tiene en cuenta la terminación del negocio para el que se creó (art. 1700, 2º C. c.). Entonces, para determinar, en el caso que nos ocupa, cuál debe ser el tiempo de duración de la sociedad creada o qué objetivo ha de fundamentar su constitución, podríamos traer a colación lo que el causante dispuso sobre el plazo y la causa que justificaba la validez de la prohibición de dividir la herencia. Por ejemplo, si la eficacia temporal de la restricción testamentaria se hacía depender de la vida del cónyuge superviviente, el término de la sociedad, conformada con las cuotas hereditarias, habría de obedecer a este hecho. Los socios no podrían acordar un plazo distinto, o inferior al establecido por el causante. En cambio, sí podrían someter la sociedad a un período de duración superior al pretendido por el causante.

En resumen, parece que la constitución de una sociedad civil debería apoyarse en los pilares encargados de soportar la indivisión del caudal relicto, y consiguiente permanencia de la comunidad hereditaria, en orden a coartar la libertad de los socios (antiguos coherederos) para disolver y liquidar la sociedad fuera de los límites establecidos por el testador para la extinta comunidad hereditaria.

- c) Finalmente sólo aludir a que la comunidad hereditaria se disuelve también por la constitución de tantas comunidades ordinarias como bienes existen en el caudal relicto.

Estamos ante un acto de constitución de comunidades ordinarias, que teóricamente puede deslindarse del acto de partición hereditaria por tener una naturaleza diversa. Pero, en la práctica, los resultados son los mismos. En consecuencia, cabría preguntarse si la eficacia de la prohibición testamentaria de dividir debería extenderse también a unos actos que conducen a la creación de diversas comunidades, sometidas cada una de ellas al derecho a dividir previsto por el artículo 400 C. c.

Consideramos que la preponderancia de la voluntad testamentaria en cuanto a mantener indivisa la herencia impide acordar a los coherederos el nacimiento de diversas comunidades, que tendrían como objeto cada uno de los bienes contenidos en la herencia. Si esto no fuera así, estaríamos abriendo la puerta a un posible fraude en lo manifestado por el testador, al permitir *de facto* el reparto de aquéllos entre los distintos coherederos. El causante ha establecido una disposición testamentaria para que la herencia permanezca indivisa. Por tanto, ésta va a repercutir sobre el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, pero también sobre cualquier acto de análoga naturaleza, por conducir a un mismo resultado.

Tras lo expuesto, cabría preguntarse lo siguiente: ¿cómo afecta la disposición testamentaria, que impide que el caudal relicto sea dividido, al adquirente de una cuota hereditaria?

Para empezar, nos referiremos al supuesto en que el cesionario del derecho hereditario es otro de los partícipes de la comunidad hereditaria, porque aquí hay que

advertir que se produce un acrecimiento en la cuota primitiva atribuida a aquél. La enajenación del derecho hereditario no incorpora un nuevo sujeto a la relación de comunidad; tan sólo modifica la cuantía de la participación del adquirente, aspecto que en nada afecta a la restricción testamentaria que prohíbe partir el caudal relicto, a la que seguirá sometido (en las mismas condiciones que antes), ya que mantiene su condición de comunero, y, por ello, la de sujeto gravado por la disposición testamentaria.

En cambio, si el adquirente de la cuota hereditaria es un extraño, tendríamos a un tercero que entraría a formar parte de la comunidad hereditaria junto al resto de lo comuneros originarios. Tal y como venimos manteniendo, este cesionario se subrogaría en la posición económica del heredero-transmitente, motivo por el cual recibiría un derecho hereditario en los mismos términos en que era ostentado por este último. Por esta razón, habría que postular la eficacia de la prohibición de dividir impuesta por el testador sobre el nuevo comunero⁶³⁸. Son varios los argumentos que abonan esta postura:

- a) La naturaleza real -a la que venimos aludiendo-, que caracteriza a la prohibición testamentaria de dividir, permite sostener su eficacia *erga omnes*. Significa que la venta de la cuota hereditaria no deja sin efectos la citada restricción impuesta por el causante. Sólo cambia la persona gravada a la que resultara oponible aquélla, debido al cambio de titularidad en el derecho hereditario afectado por el citado gravamen.

- b) Además, la carga hereditaria (que impide la partición de la herencia) configura el contenido del derecho hereditario. Esta afección marca uno de los aspectos encargados de gobernar el funcionamiento de la comunidad

⁶³⁸ También, ROCA SASTRE (ob. últim. cit., p. 25) y MUÑOZ XANCO (ob. cit., p. 880). En contra de esta posición se pronuncia RODRÍGUEZ LÓPEZ (ob. cit., p. 20), quien sostiene, como consecuencia lógica de la enajenación, “la extinción de la propia prohibición de dividir”.

hereditaria: su indivisión. De este modo, su adquirente no podrá solicitar la partición hereditaria ínterin lo dispuesto por el testador continúe desprendiendo efectos restrictivos sobre esta facultad.

Que el heredero-cedente esté sometido a esta limitación invita, una vez más, a tener en cuenta el aforismo “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”. Consiguientemente, la cuota adquirida llevará consigo su mismo contenido restrictivo, ya que “*Nemo dat quod non habet*”. Por tanto, si el cesionario recibe un derecho que lleva aparejada la suspensión temporal de la facultad divisoria, ésta no podrá ser ejercitada por aquél, aunque quiera. No se trata de negarle la legitimación para actuar en este sentido, pues es el adquirente de la cuota hereditaria quien puede emprender la partición hereditaria, sino de poner de relieve que este sujeto se encuentra sometido a una restricción que limita su facultad dispositiva, en tanto en cuanto no se extingan los efectos de una prohibición de dividir impuesta por el causante, que determina la configuración del objeto de su adquisición: la cuota hereditaria.

- c) Por otra parte, si negáramos la oponibilidad de la prohibición testamentaria de dividir al adquirente de la cuota hereditaria, llegaríamos al resultado absurdo, y descartable, de promover la división de la carga testamentaria. Razón: la salida del comunero mediante la enajenación de su cuota disminuiría proporcionalmente los efectos del gravamen, al no afectar a la parte transmitida, motivo por el cual sólo continuaría desplegando sus efectos sobre el resto de cuotas hereditarias no enajenadas.

Sin embargo, la prohibición testamentaria de dividir es, por naturaleza, indivisible, ya que la restricción hereditaria sigue repercutiendo sobre el montante total de la herencia, y no sólo sobre parte de ella (en cuanto porción no transmitida). Si la citada afección no se divide en tantas partes como

sujetos han sido llamados a la herencia, tampoco puede pretenderse que existan tantas restricciones al derecho a dividir como comuneros haya. Por ello, la disposición de una cuota hereditaria no extinguirá la prohibición testamentaria de dividir para el tercero adquirente de modo exclusivo. Aquélla seguirá gravando al conjunto de partícipes en la comunidad.

- d) A mayor abundamiento, cabría recordar los efectos universales que produce el ejercicio del derecho a dividir, que se traducen en la siguiente idea: si el cesionario del derecho hereditario solicitara partición de la herencia, por no estar sometido a la carga testamentaria, los demás comuneros no podrían impedirlo. Ello supondría un fraude a la voluntad testamentaria, pues mediante la disposición de una de las cuotas hereditarias se conseguiría la división de la herencia, que es precisamente lo que pretendía evitar el causante.

Queda claro que quien adquiere una cuota hereditaria recibe un derecho con el contenido transmitido por el heredero. Esta afirmación significa que si aquél solicitara la división del caudal relicto, los demás podrían oponerle siempre la carga testamentaria que impide, precisamente, que este acto sea llevado a cabo. Cosa distinta será dilucidar la repercusión del citado gravamen sobre el cesionario, en función de si aquél está o no inscrito en el Registro de la Propiedad, ya que su inscripción no tiene una naturaleza constitutiva.

Por supuesto, si la prohibición testamentaria de dividir está inscrita en el Registro de la Propiedad ésta resultará oponible *erga omnes*. A través de este instrumento de publicidad, se muestra que el derecho hereditario está afectado por una carga hereditaria que impide solicitar la partición hereditaria. En consecuencia, el cesionario de la cuota hereditaria asumirá esa carga en los términos previstos por la correspondiente anotación preventiva del derecho hereditario que se transmite.

Pero, ¿qué sucede cuando el derecho hereditario cedido carece de una constancia tabular, aspecto que impide al cesionario conocer la existencia de la prohibición testamentaria de dividir mediante la aplicación del principio de publicidad registral? Para responder a esta cuestión cabría preguntarse si, en la situación descrita, el heredero-cedente está obligado a comunicar al cesionario que el derecho transmitido está sometido a tal carga.

Para valorar cuál sea la respuesta más oportuna, podríamos traer a colación, para ser aplicado por analogía, lo dispuesto por el artículo 1531 C. c., según el cual “*El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero*”. De este precepto se deriva la idea de que el cedente no está obligado a responder de los vicios materiales o jurídicos de las cosas singulares otorgadas al cesionario tras la partición hereditaria, lo que no debe entenderse como injusticia para el adquirente porque, habiendo concurrido él mismo a la citada división, quedaría protegido por la obligación recíproca de saneamiento que la ley establece entre los coherederos (arts. 1069 y 1071 C. c.)⁶³⁹. No obstante, FERRANDIS VILELLA se ha pronunciado a favor de reclamar al transmitente del derecho hereditario una garantía de que no existen cargas que repercutan sobre la cuota transmitida (por ejemplo, una sustitución fideicomisaria, un legado o un modo)⁶⁴⁰. A nuestros efectos, consideramos oportuna esta afirmación, lo que se traduce en la exigencia de comunicar al cesionario del derecho hereditario que éste se encuentra libre de cargas, o bien que se halla gravado con una prohibición testamentaria de dividir.

No cabe duda que si el adquirente de la cuota hereditaria conoce y asume la carga testamentaria, le será oponible, en todo caso, y no podrá, por ende, ejercitar su facultad divisoria.

⁶³⁹ Vid. FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 111.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 112.

Pero creemos que esa carga testamentaria afectara también al cesionario del derecho hereditario, en el caso de que ignore su existencia por no haber sido convenientemente informado de ella, en orden a no desvirtuar la voluntad del testador.

Razones:

- a) La naturaleza declarativa de la inscripción de la prohibición testamentaria de dividir no deja fuera de juego el carácter real de ésta, porque no se puede afirmar que esta carga no existe, y que, por tanto, no es oponible *erga omnes*, por no constar en el Registro de la Propiedad.
- b) Además, la prohibición testamentaria de dividir no priva de la facultad divisoria al tercero de modo definitivo. Sólo suspende su ejercicio durante un tiempo, por lo que no adquiere un derecho con un límite que tenga un carácter intrínseco, sino extrínseco, con vocación de duración limitada.
- c) Ello nos empuja a primar la voluntad del testador sobre la protección que se puede brindar al tercero de buena fe. Si esto no fuera así, podría ser defraudada aquélla siempre que se diera un caso de este tipo, porque en esas condiciones el cesionario podría ejercitar su derecho a dividir.
- d) Finalmente, cabría postular, junto a obligación de informar que tiene el cedente, el deber del cesionario de conocer la extensión del derecho que pretende adquirir.

No obstante, para paliar los efectos contraproducentes generados al cesionario de buena fe, que ha de soportar una carga que desconocía debido a la actitud (negligente o dolosa) del heredero-cedente (que no ha comunicado su existencia), cabría matizar que el negocio de cesión de cuota hereditaria podría pender del ejercicio de una acción

de anulabilidad. Sería posible si se argumentara oportunamente la concurrencia de un vicio de consentimiento, como, por ejemplo, el dolo del cedente que induce a un error en el cesionario, quien piensa que puede solicitar la partición de la herencia.

Asimismo, se podría plantear un posible resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento del deber de informar correspondiente al cedente. Todo ello siempre y cuando quedara demostrado que el cesionario ha empleado los medios adecuados para conocer el contenido del derecho hereditario, y aun así no lo ha conseguido.

Tras el análisis de la eficacia de la prohibición testamentaria de dividir sobre la disposición del derecho hereditario, resulta oportuno adentrarse a continuación en las cuestiones que genera la venta de la herencia.

IV. LA VENTA DE LA HERENCIA: LOS EFECTOS DE LA INDIVISIÓN IMPUESTA POR EL TESTADOR

Nuestro Código civil trata de la *hereditatis venditio* con ocasión de la regulación del contrato de compraventa, a pesar de sus claras connotaciones sucesorias. Su artículo 1531 establece que *“El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero”*. En consecuencia, la enajenación de la herencia sería el negocio jurídico mediante el cual el vendedor transmite el contenido económico de la herencia deferida (activo y pasivo), pero nunca el título de heredero, por tener éste carácter personalísimo, ni tampoco aquellos derechos de carácter extrapatrimonial y personalísimos⁶⁴¹. A

⁶⁴¹ ALBALADEJO (*“La enajenación de la herencia en el Derecho español”*, RDP, 1978, p. 4) manifiesta que la herencia se puede vender cuando está causada, aun antes de la delación, por no tratarse de una herencia futura, que es lo que prohíbe el artículo 1271 C. c. Aunque carezca de alguien llamado a ella, sin embargo, ya existe. Lo expuesto se traduce en la idea de que se puede vender la herencia para si la delación se produce en favor del vendedor (venta condicional), o simplemente

cambio, el comprador satisfará a aquél un precio alzado, en el que quedará incluido lo expresado por el artículo 1534 C. c: “*El comprador deberá, por su parte, 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, salvo pacto en contrario*”. Por ello, GULLÓN ha sostenido que, en un acto de este tipo, concurriría un contrato traslativo (el que transmite los bienes) con otro de asunción de deuda, motivo por el cual quedaría pendiente la tarea de determinar cuál de ellos resultaría ser el más relevante⁶⁴². Por su parte, PUIG BRUTAU simplemente ha considerado que en la venta de la herencia converge el dogma de la *successio in ius* con la necesidad de liquidar el patrimonio hereditario, ya que quien enajena la herencia se salta el período entre la adquisición de su derecho y la efectiva percepción del beneficio económico que representa⁶⁴³.

Tales datos aportan claras diferencias entre la venta de la herencia y la que tiene por objeto un bien singular o un derecho (cuota) hereditario. Con respecto al primer caso, el objeto del negocio resultaría básico para la distinción, ya que en la venta de la herencia el objeto aparece indeterminado, mientras que en la enajenación de un bien singular el objeto en cuestión está perfectamente determinado.

En cuanto a la venta de la cuota hereditaria, el distingo reside en la idea de que en ésta se transmite la titularidad de un derecho limitado por la concurrencia con una pluralidad de herederos, lo que conduce a un contenido incierto hasta que se produzca la partición hereditaria, y a que su acceso al Registro de la Propiedad se produzca mediante una anotación preventiva, y no a través del asiento de inscripción⁶⁴⁴.

realizar una venta que sería querida en todo caso, en cuyo caso el comprador asumiría el riesgo de no recibir nada.

⁶⁴² Vid. GULLÓN, A., “*La venta de la herencia*”, RGLJ, 1959, I, p. 365.

⁶⁴³ Vid. PUIG BRUTAU, J., ob. cit., pp. 355-356.

⁶⁴⁴ Vid. LALAGUNA, E., “*La venta de herencia en el Código civil*”, RCDI, 1974, 2, p. 1042.

Comprobamos, pues, que la venta de la herencia aporta su objeto como un elemento peculiar a valorar. Por esta razón, su estudio ha dividido a los autores cuando han tratado de definir su naturaleza jurídica. Expondremos brevemente las dos posturas doctrinales existentes al respecto:

- a) Quienes⁶⁴⁵ han mantenido la idea de que la venta de la herencia conlleva la de una unidad abstracta -como un todo-, se han basado en que la enumeración de los elementos que la constituyen sólo tiene un mero carácter demostrativo, y no exhaustivo, en el sentido de que la venta comprende *ad exemplum* los elementos nombrados y los demás no especificados, pero que también integran el caudal relicto. El cesionario adquiere una universalidad, cuyo contenido sólo se determinará *sub specie universalitatis*, con referencia (*per relationem*) al conjunto de cosas, derechos y obligaciones que integran la herencia⁶⁴⁶.

Por su parte, ROCA SASTRE ha considerado que, en la venta de la herencia, no hay una vulgar enajenación de bienes hereditarios, ya que el comprador adquiere una *universitas*, y no bienes singulares, motivo por el cual el adquirente viene a ocupar la posición del vendedor-heredero en todo lo económico-patrimonial de la herencia, ateniéndose al momento en que éste la adquirió, lo que conduce a la reconstrucción del patrimonio hereditario como complejo autónomo⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Vid. ROCA SASTRE, R., *Estudios sobre ...*, cit., p. 11; GULLÓN, A., ob. últim. cit., p. 364; DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., ob. cit., p. 391; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama...*, t. II, cit., pp. 622, 623; y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., ob. últim. cit., p. 34. También las SSTs de 4 de diciembre de 1954 (cdo. 3º) y de 9 de octubre de 1962 (cdo. 1º).

⁶⁴⁶ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., ob. últim. cit., *ibidem*.

⁶⁴⁷ Vid. ROCA SASTRE, R. M., ob. últim. cit., pp. 12-13.

Por consiguiente, la venta de la herencia no se traduce en una suma de ventas (una por cada uno de los bienes singulares que conforman el patrimonio relicto), sino en un único negocio jurídico con un solo objeto: el conjunto de todos los derechos y obligaciones del vendedor, concebido como un todo, una vez hecha la abstracción de las cosas singulares, que no podrán ser contempladas aisladamente (*uti singuli*), sino como partes de un todo (*uti universitas*). Ello implica una cesión global de todos los elementos singulares contenidos en la herencia.

Esta posición doctrinal fundamenta la irrelevancia del objeto singular dentro la venta de la herencia, donde el heredero que la transmite no está obligado a responder por saneamiento, en caso de evicción de alguno de los elementos singulares. Sólo lo estará, en opinión de ROCA SASTRE, cuando se produzca la evicción de toda o de la mayor parte de la herencia⁶⁴⁸.

Asimismo, GULLÓN ha argumentado que el comprador subingresa en las deudas hereditarias, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1534 C. c., y se produce una subrogación real en el patrimonio, por cuanto que el artículo 1533 del mismo cuerpo legal indica que “*Si el vendedor se hubiese aprovechado de algunos frutos o hubiese percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, deberá abonarlos al comprador, si no se hubiese pactado lo contrario*”, lo que se traduce en una entrega de la indemnización o del valor de las cosas heredadas⁶⁴⁹. Ello obliga a una reconstrucción de la masa hereditaria, y sirve de argumento para sostener que se produce la venta de una *universitas*, y no la de bienes singulares.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁴⁹ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A., ob. últim. cit., pp. 362-364.

- b) Muy al contrario, otra parte de la doctrina⁶⁵⁰ ha estimado que el cesionario no adquiere la herencia como un conjunto unitario de relaciones jurídicas, ya que aquél recibe una serie de bienes, que son los que integran el patrimonio relicto, pero sin que lleguen a constituirse en una unidad superior. Por tanto, quien compra una herencia obtiene unos bienes a título particular, que en el momento de la venta están indeterminados, pero que son susceptibles de ser identificados por su pertenencia a un grupo, designado como objeto del negocio en cuestión.

La razón fundamental que justifica esta postura reside en la idea de que la venta de la herencia no se basa en un título de carácter universal, a diferencia de lo que sí ocurre con la transmisión del causante al sucesor, sino en un título particular, como es la compraventa, cuya fuerza transmisiva abarca cada uno de los bienes que conforma la herencia. Se trata, pues, de una cesión basada en un único título singular, que además requerirá de una serie de actos sucesivos conducentes a la adquisición del conjunto de bienes, los cuales serán determinantes para que la percepción de éstos sea plenamente eficaz; esto es, se producirán tantas tradiciones posesorias como adjudicaciones se realicen en favor del cesionario, y, además, deberán ser cumplidas las exigencias legales prescritas para cada uno de aquéllos en función de su naturaleza (por ejemplo, la entrega del bien en cuestión, el endoso de una letra de cambio, o la comunicación al deudor de la cesión del crédito)⁶⁵¹. Esto constituye un claro ejemplo de cómo el objeto de la venta son derechos, que tienen una consideración individual, pese a pertenecer a un mismo grupo, y no una *universitas*.

⁶⁵⁰ Vid. LALAGUNA, E., ob. cit., p. 1049; ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 5; GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XIX, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1991, pp. 736 y 737; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, V, cit., pp. 147-148; DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema ...*, IV, cit., p. 511; RUBIO GIMENO, G., *La venta de herencia*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 82-86; y COLINA GAREA, R., “*La venta de herencia en el Código civil español*”, Anuario da facultade de dereito da Universidade da Coruña, 2004, pp. 253-254.

⁶⁵¹ Vid. ALBALADEJO, M., ob. últim. cit., p. 5.

Que el comprador sea un adquirente derivativo *inter vivos* a título particular del heredero impide además que puedan ser aplicados los efectos de la posesión civilísima, en orden al cómputo del plazo oportuno para usucapir un bien. Estas consecuencias jurídicas sólo benefician al heredero, pero no a quien adquiere la herencia en virtud de un contrato de compraventa, que, por otra parte, no se convierte en sucesor a título universal del causante, sino en un mero perceptor de los bienes atribuidos al heredero⁶⁵².

A tenor de todo lo anterior, nos inclinamos por la postura que configura la venta de la herencia como un negocio jurídico que conduce a la transmisión de bienes a título singular. El comprador no recibe una universalidad, a diferencia del heredero, que sí adquiere a título universal la herencia. El cesionario tan sólo percibe una serie de objetos singulares, cuya particularidad radica en su pertenencia a un mismo caudal relicto, lo que permite su correcta identificación, sin que ello desemboque en la idea de que existe una pluralidad de ventas. Esto no es así. El contrato de compraventa es único, mas su objeto abarca una serie de bienes singulares que no pueden ser considerados aisladamente, sino como parte de ese todo que es el caudal relicto.

No se transmite la cualidad de heredero al comprador, que sigue residiendo en la figura del vendedor, por corresponder a su esfera extrapatrimonial. Por ello, no se le atribuye la titularidad de las deudas (art. 1534 C. c.), salvo que exista un negocio de asunción de deudas, en cuyo caso, y con la concurrencia del correspondiente consentimiento de los acreedores, se procedería a un cambio en la titularidad de éstas. Pero, esta modificación subjetiva de carácter liberatorio no tendría su causa en la compraventa de la herencia, sino en el acuerdo entre heredero y comprador para que aquélla tuviera lugar con las condiciones prescritas por la ley.

⁶⁵² Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. últim. cit. p. 147.

En consecuencia, como ha señalado LALAGUNA, el *nomen iuris* de herencia no ha de ser entendido en un sentido genuino dentro del contrato de venta que estamos tratando, puesto que no se transmite la cualidad de heredero⁶⁵³. El contenido de aquel concepto es distinto en un negocio de este tipo, porque no estamos ante un objeto de una sucesión universal, sino ante uno propio de una enajenación a título particular⁶⁵⁴.

Una vez adoptado este punto de partida, nos preguntamos ¿de qué modo va a repercutir una disposición testamentaria, que prohíbe a los herederos solicitar la partición del caudal relicto, sobre un negocio de enajenación del patrimonio hereditario?

Antes de valorar los efectos de esa prohibición testamentaria, conviene señalar que el conjunto de partícipes de una comunidad hereditaria puede proceder a la venta de la herencia, del mismo modo que goza de esta facultad un heredero singular. Sólo existe un matiz que distingue una hipótesis de la otra: cuando tenemos una pluralidad de sujetos, la eficacia de la enajenación del patrimonio hereditario se hace depender de una decisión unánime de todos ellos (art. 397 C. c.), un requisito que, obviamente, no es necesario cuando la titularidad de aquél tiene carácter individual. Por ello, la venta a una persona de toda la herencia por parte del conjunto de coherederos no equivale a la enajenación de cada una de sus derechos hereditarios. Las razones ya las hemos aportado cuando hemos distinguido claramente entre el negocio de disposición de la cuota hereditaria y aquel otro que tiene por objeto toda la herencia. Ello hace que cada uno de ellos revista sus propias particularidades, presentes, por otra parte, en su correspondiente regulación positiva.

Dicho esto, vamos a barajar dos situaciones para procurar dar solución a la cuestión planteada anteriormente; a saber, cómo trasciende la imposición de una prohibición testamentaria de dividir sobre la venta de una herencia:

⁶⁵³ Vid. LALAGUNA, E., ob. últim. cit., p. 1049.

⁶⁵⁴ *Ibidem*.

- a) Para empezar, se plantea si es posible afirmar que el cesionario queda afectado por la restricción impuesta por el causante sobre la partición hereditaria, alegando, por un lado, que ésta tiene carácter real, y, por otro, que la venta de la herencia es eficaz (pues lo que el testador pretende es que el patrimonio relicto no sea dividido, y no impedir que éste sea enajenado). En este sentido, como el acto de enajenar no tiene naturaleza particional, los coherederos tendrían vía libre para vender la herencia cuando quisieran.

Conforme a esta postura, el comprador quedaría vinculado a la voluntad del testador, y sometido, por tanto, a aquella limitación. Ello exigiría traer a colación la posible responsabilidad de los vendedores frente al comprador, en cuanto a la información previa que debe realizarse sobre el gravamen que subyace en el patrimonio hereditario objeto de la venta, para lo cual podría ser extendida la aplicación de lo dispuesto por los artículos 1531 y 1532 C. c., mediante la analogía⁶⁵⁵; o sostener, por el contrario, que es el comprador quien ha de asumir el correspondiente riesgo, por no haber actuado

⁶⁵⁵ El artículo 1531 establece que “*El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero*”; y el artículo 1532 que “*El que venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se compongan, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte*”. Con respecto a estos dos preceptos, la doctrina ha discutido sobre la construcción de la responsabilidad del heredero por vicios o defectos de la herencia. ROCA SASTRE (ob. últim. cit., pp. 25-26) ha sostenido que el heredero está obligado a sanear sólo cuando los vicios que afectan a la herencia sean de tal calibre que eliminan o reducen en su mayor parte el haber líquido hereditario, salvo que el comprador los conociera. GULLÓN (ob. últim. cit., pp. 378-379) ha mantenido la validez de una cláusula formal que no garantice esta responsabilidad (en los términos del artículo 1477 C. c.), con la que se cederá todo riesgo al comprador. Por su parte, ALBALADEJO (ob. últim. cit., p. 9) ha negado la aplicación del citado artículo 1532 al ámbito de la responsabilidad del coheredero, ya que ha considerado que sólo el artículo 1531 se refiere a ella, lo que conduce a la conclusión de exigir al vendedor sólo responsabilidad por su cualidad de heredero. Si lo es, de nada responderá, y si no lo es, estaría vendiendo algo que no es suyo, lo que sería motivo de su responsabilidad frente al comprador.

diligentemente al no recabar datos suficientes sobre la situación de la herencia adquirida.

En esta línea, ROCA SASTRE ha mantenido que podría ser calificado, a estos efectos, como vicio o defecto de la herencia la existencia de cargas, tales como limitaciones en materia de división, para que fueran susceptibles de ser aplicados los preceptos anteriormente citados, y reclamar, como consecuencia de ello, una posible responsabilidad a los vendedores de la herencia⁶⁵⁶. GULLÓN, por su parte, se ha pronunciado en contra de la aplicación de tales preceptos a estas cuestiones, porque considera que el Código civil no lo ha previsto en ningún lugar⁶⁵⁷.

En cualquier caso, parece que ninguno de estos autores ha valorado las consecuencias de sus declaraciones sobre la eficacia de una prohibición testamentaria de dividir. No se ha tenido en cuenta la singularidad del gravamen testamentario que estamos tratando, cuya repercusión sobre el comprador se nos antoja imposible, si atendemos a la naturaleza de aquél.

La facultad atribuida al testador, en virtud del párrafo 1º del artículo 1051 C. c., afecta al ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, de la que disfrutaban sólo los partícipes de una comunidad hereditaria. Se traduce en una suspensión (temporal) de la división a fin de que el patrimonio hereditario permanezca unido. Pero cuando la herencia se transmite, no parece oportuno afirmar que el comprador queda afectado por tal gravamen, porque el destinatario de éste habrá de ser un sujeto que, en condiciones normales, pueda disfrutar de la *actio familiae erciscundae*; y estas condiciones sólo persisten en el ámbito de la comunidad hereditaria. Por esta razón, no tiene sentido restringir el ejercicio de una facultad a quien, de por sí, no sólo no

⁶⁵⁶ Vid. ROCA SASTRE, R. M., ob. últim. cit., pp. 25-26.

⁶⁵⁷ Vid. GULLÓN, A., ob. últim. cit., pp. 378-379.

tiene la cualidad de heredero, sino que ni siquiera es partícipe de una comunidad de esa naturaleza.

Consiguientemente, la restricción en materia de partición hereditaria sólo tiene sentido en un estado de comunidad, y éste no se produce cuanto tenemos un único comprador. Más aún, aunque estuviéramos ante una pluralidad de adquirentes, no perviviría en ellos la esencia de la comunidad hereditaria, porque la venta del patrimonio hereditario no provoca una sucesión a título universal, sino a título particular. Siendo esto así, no surgiría una única comunidad sobre una *universitas*, sino tantas como bienes singulares hubieran percibido los cesionarios, que tendrían su causa en el contrato de compraventa de la herencia.

En definitiva, por los efectos que, en sí, genera la enajenación de la herencia, carece de interés alguno atribuir una carga de esta naturaleza a quien sólo recibe bienes singulares unidos por su pertenencia al caudal relicto, y no un conjunto unitario de relaciones jurídicas con un contenido determinado *sub specie universalitatis*.

- b) Una vez descartada la postura anterior, nos planteamos si la carga testamentaria pervive, entonces, sobre los transmitentes de la herencia.

Para contestar a esta cuestión habría que recordar que la venta de la herencia afecta sólo a su contenido económico, porque la cualidad de heredero persiste en la persona de los vendedores, que son los que constituyen la comunidad hereditaria. Esta afirmación encaja perfectamente con la idea que venimos manteniendo sobre las consecuencias derivadas de la venta de la herencia: a saber, que la enajenación del caudal relicto es un negocio jurídico que no provoca la extinción de la comunidad hereditaria por

sí misma, ya que tan sólo conduce a una subrogación objetiva del precio obtenido sobre el contenido de la herencia. Significa que los vendedores ahora serán cotitulares del dinero conseguido por la venta, y no de los bienes y derechos transmitidos.

Queda claro que la novación objetiva no afecta a la permanencia de la comunidad hereditaria, pero ¿repercute aquélla sobre la eficacia de la prohibición testamentaria de dividir?

Debemos advertir que una respuesta afirmativa conduciría a sostener que esa prohibición testamentaria persiste, aunque ahora no recaiga sobre el caudal relicto originario. Desde este punto de vista, y ateniéndonos a una interpretación estricta de lo dispuesto por el tantas veces citado artículo 1051 C. c., la afección testamentaria perfectamente podría repercutir sobre su nuevo objeto, en cuanto que la venta de la herencia no es motivo de extinción de la comunidad hereditaria. Sólo modifica su objeto. Todo ello siempre y cuando la causa o motivo que justifica aquella restricción subsista pese al cambio producido.

Sin embargo, la defensa de esta posición nos alejaría del espíritu de este precepto que no postula que los coherederos queden vinculados por la carga testamentaria, sea cual sea su objeto. Parece que la pretensión del legislador es otra: permitir al causante imponer la indivisión de la herencia, entendida ésta como el patrimonio neto transmitido a los herederos. Por ello, cuando aquélla se sustituye por otros bienes, la aplicación de la restricción testamentaria carece de sentido, porque sencillamente decae el motivo en el que se sustentaba su existencia (la unión del caudal relicto), salvo que, claro está, el testador hubiera establecido lo contrario.

A la luz de lo manifestado, la conclusión en la que desembocaría nuestra disertación sería la siguiente: si la prohibición de dividir la herencia no repercute sobre los adquirentes, ni, en principio, sobre los vendedores, entonces cabría sostener que aquélla deviene ineficaz a causa de la venta de la herencia.

Sólo se evitaría este resultado si extendiéramos los efectos de la restricción sobre la partición hereditaria al acto de enajenación de la herencia. En este sentido, el patrimonio hereditario (sometido a esa carga) no podría ser vendido porque se defraudaría la voluntad del testador. Sin embargo, esta postura debe ser observada con cierta prudencia, pues la prohibición testamentaria de dividir requiere siempre una interpretación restrictiva, en cuanto que su pretensión es limitar el ejercicio de una facultad, como es la de solicitar la partición de la herencia. En consecuencia, debemos entender que se trata de impedir exclusivamente el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, y no parece oportuno incluir bajo su paraguas la enajenación, un acto que carece de naturaleza particional, pese a que, en la práctica, dicho acto proyecta unas consecuencias parecidas a las que el testador trata de evitar con su prohibición: la desmembración del caudal relicto.

V. LA POSICIÓN DE LOS ACREEDORES PARTICULARES DE LOS HEREDEROS ANTE LA PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA DE DIVIDIR

Para terminar con el estudio de la eficacia de la prohibición testamentaria de dividir la herencia vamos a abordar su transcendencia sobre los acreedores particulares de los herederos. La resolución de esta cuestión requiere, con carácter previo, tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) Sólo nos vamos a referir a los acreedores particulares de los coherederos, y no a los acreedores del causante, porque, como venimos

manifestando, la prohibición testamentaria de dividir recae exclusivamente sobre el activo hereditario. Que empleemos el término “herencia” como objeto de la limitación impuesta por el causante no ha de trasladarnos a un sentido genuino del mismo, sino a un concepto más restrictivo, donde quedaría excluido su pasivo. Esto se traduce en que la situación privilegiada que merecen los acreedores hereditarios impide que una restricción testamentaria de esta naturaleza pueda defraudar sus derechos. Consiguientemente, sus créditos no se verán afectados por ella.

- b) Por otra parte, conviene hacer alusión a las medidas que el Código civil atribuye a los acreedores personales de los herederos en defensa de su posición crediticia. Sobre todo, poner de relieve si entre ellas despunta alguna que les permita ejercitar la facultad divisoria del activo relicto, atribuida al heredero deudor por nuestro legislador.

Al hilo de ello cabría destacar el artículo 1083 C. c., según el cual *“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”*. Este precepto sólo concede a esos acreedores la posibilidad de vigilar que un potencial acuerdo divisorio entre los coherederos pueda resultarles perjudicial. La STS de 13 de octubre de 1911 (cdo. único) lo dejó muy claro, al manifestar que los acreedores no “pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición extrajudicial, aunque no se les pague o afiance el importe de sus créditos, mas siempre les queda a salvo su derecho para pedir la retención o embargo de los bienes que resulten a favor del deudor, ejercitar a nombre del mismo la acción de rescisión, solicitar que se adicione la partición con alguno de los bienes o valores omitidos e impugnar los demás actos que se hayan realizado en fraude suyo”. Consiguientemente, no se les permite decidir sobre la partición, ni oponerse al resultado de ésta. Tan sólo se tolera su presencia en ella, lo que no es óbice para que, por otras vías, la división pueda ser impugnada, si consideran que ésta ha sido realizada para

defraudar sus intereses (por ejemplo, a través de la acción pauliana o revocatoria).

También se reconoce una medida tuitiva de los derechos de crédito de los acreedores particulares de los coherederos en el artículo 1001 C. c., si éstos deciden repudiar la herencia en perjuicio de sus derechos. Se admite que tales acreedores ocupen la posición del heredero a los solos efectos de aceptar la herencia, en orden a que el patrimonio de su deudor no resulte insuficiente para liquidar el pasivo pendiente. Como lógica consecuencia de ello, algún autor ha sostenido que resultaría viable que, ante dicha hipótesis, aquéllos pudieran requerir la partición hereditaria, puesto que su interés en ella sería indudable⁶⁵⁸.

Para casos distintos del anterior (véase el supuesto en el que el coheredero no repudia la herencia), otros autores han planteado la posibilidad de que los acreedores particulares se acojan a lo dispuesto por el artículo 1111 C. c., conforme al cual *“Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona ...”*⁶⁵⁹.

Sin entrar a realizar un estudio sobre el significado de la acción subrogatoria, por no ser esta materia objeto de nuestro estudio, es meridiano que aquélla se constituye en un recurso extraordinario de protección del crédito, en cuanto que su función consiste en evitar los efectos desfavorables

⁶⁵⁸ Vid. CASTÁN, J., *Derecho ...*, t. 6, cit., p. 321.

⁶⁵⁹ Vid. MANRESA, J. M., *Comentarios ...*, t. VII, cit., pp. 678-679; y LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. últim. cit., p. 106.

que ciertas omisiones del deudor pueden llegar a producir⁶⁶⁰. Por consiguiente, quienes han preconizado que los acreedores personales del heredero-deudor pueden subrogarse en la posición de este último a los efectos de ejercitar la *actio familiae erciscundae*, cuando no pueden cobrar lo adeudado con los bienes particulares de éste, han considerado que su interés reside en conocer qué bienes concretos serán atribuidos a su deudor para, con ellos, hacer frente a las deudas pendientes. Al pedir la partición hereditaria, los acreedores mencionados actuarían en nombre de los herederos, y autorizados para ello por la ley⁶⁶¹.

GULLÓN se ha pronunciado en contra de que los acreedores particulares del heredero deudor puedan emplear la acción subrogatoria, a fin de reclamar la división del activo hereditario, porque entiende que aquélla no aporta ninguna garantía añadida al posible embargo de la cuota hereditaria⁶⁶².

También participamos de esta postura, por entender que la acción subrogatoria permite simplemente atacar las omisiones del deudor que empobrecen su patrimonio⁶⁶³. Y se torna dudosa la idea de que la falta de ejercicio de la facultad divisoria desemboque en un perjuicio de este tipo, puesto que el heredero sigue disfrutando de un derecho hereditario, que, por supuesto, es susceptible de ser valorado económicamente. Lo que sucede es que éste aún no se ha transformado en bienes concretos, pero ello no es óbice para que exista un derecho de realización del valor de la cuota del heredero deudor en favor de sus acreedores.

⁶⁶⁰ Vid. ATAZ LÓPEZ, J., *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 40.

⁶⁶¹ Vid. MANRESA, J. M., ob.últim. cit., p. 679.

⁶⁶² Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A., “*La disolución ...*”, cit., p. 370.

⁶⁶³ Así lo ha sostenido LACRUZ BERDEJO, J. L., “*Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria*”, Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1958, p. 232.

Con todas las precisiones expuestas hasta ahora, pretendemos hallar el camino adecuado a seguir para tratar de resolver la siguiente cuestión: ¿tienen que soportar los acreedores particulares de los coherederos la situación de indivisión impuesta por el testador sobre el caudal relicto?

Si los citados acreedores no tienen derecho a reclamar la partición hereditaria carece de sentido la pregunta planteada. No cabe prohibir una facultad inexistente para ellos. Eso sí, podrán instar una anotación preventiva de embargo del derecho hereditario de su deudor (art. 166, 1ª R. H.), si hubiera constancia tabular del mismo, ya que no se anota el embargo de un bien sino de un derecho. El fin sería proteger su interés frente a posibles cesiones de la cuota hereditaria. Sería posible solicitar incluso directamente el embargo de la cuota hereditaria, en cuanto derecho patrimonial, para hacer frente a las deudas pendientes de su titular. Dicho embargo en nada afectaría a la disposición establecida por el causante, ya que no es causa de disolución de la comunidad hereditaria. Sólo es un acto procesal, de transcendencia jurídico-real, que produce como efecto que el derecho hereditario quede afectado por la fuerza de la resolución judicial correspondiente.

En cambio, si se reconoce a los acreedores particulares de los herederos la posibilidad de promover la partición del patrimonio relicto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1111 C. c., la cuestión planteada anteriormente cobra interés, por cuanto cabría reflexionar sobre si la prohibición de dividir la herencia impuesta por el testador les resulta oponible.

Al respecto debemos advertir que esa carga testamentaria sería oponible a tales acreedores porque la cualidad de heredero (como venimos manteniendo en cuanto al cesionario) no es un requisito *sine qua non* para solicitar la partición hereditaria. Esto es así máxime cuando quien ejercita esta facultad no lo hace por derecho propio, sino porque se subroga en la posición de quien es titular del derecho hereditario gravado. Consiguientemente, no podrá requerir una partición hereditaria que el heredero-deudor

de por sí no puede realizar, al encontrarse bajo lo dispuesto por la voluntad testamentaria.

No obstante, la prohibición de dividir la herencia será una excepción frente a tales acreedores, siempre y cuando la intención del causante, al imponerla, no fuera la de defraudar sus intereses, porque, si fuera así, la disposición testamentaria sería ineficaz por estar fundada en una causa injusta.

A la vista de todo lo expuesto, parece que la afectación de la carga testamentaria dependerá de que se permita a los acreedores particulares de los herederos ejercitar el derecho de dividir la herencia mediante la acción subrogatoria. Desde un punto de vista teórico, esta precisión resulta oportuna. Pero en la praxis carece de interés porque el resultado al que llegamos es el mismo: no se puede promover la división de la herencia, bien porque tales acreedores no disfrutan de esta facultad, bien porque les afecta la carga testamentaria que impone su indivisión.

CAPÍTULO SEXTO

LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL COMO FUENTE DE INEFICACIA DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA QUE PROHÍBE DIVIDIR LA HERENCIA

I. LA REMISIÓN DEL PÁRRAFO 2º DEL ARTÍCULO 1051 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

El párrafo 2º del artículo 1051 C. c. ha establecido que, pese a que el causante haya manifestado expresamente su voluntad de que el caudal relicto se mantenga indiviso, “... *la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*”. Por razones de economía legislativa, nuestro legislador se ha decantado por la técnica de la remisión para hacer saber que esa carga testamentaria va a desplegar su eficacia hasta que concurra alguna de esas contingencias.

La remisión se refiere a las causas de extinción de la sociedad sin más, pero la *voluntas legislatoris* es la de traer a colación aquellas que afectan sólo a la sociedad civil. Que nos encontremos en el marco del Código civil surge como razón bastante para sostener que la falta del adjetivo “civil” no obedece a la intención de abarcar cualquier tipo de sociedad, sino simplemente a un olvido o a una mera presunción deducida de una interpretación contextual.

La alusión del párrafo 2º del artículo 1051 C. c. a las circunstancias que extinguen la sociedad civil, en su afán por fijar unos motivos determinantes de la ineficacia de una disposición testamentaria que ordena la indivisión de la herencia, no se produce *ex novo*. Ya estaba presente en el artículo 1068 del Anteproyecto de Código civil de 30 de abril de 1888 (que es su antecedente inmediato):

“Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.”

*Pero, aun cuando lo prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las que se **anula o disuelve la sociedad o la comunidad***⁶⁶⁴.

No aparece en la redacción del artículo 1051 C. c. mención alguna a “*las causas por las que se anula ... la sociedad o la comunidad*”, tal como lo hacía el citado artículo 1068. Las posibles razones de esta ausencia son:

- a) La eliminación del término “comunidad” podría obedecer a que su presencia no aportaba nada sustancial. Se infiere implícitamente que la extinción de la comunidad dejaría sin efectos la indivisión impuesta por el causante por falta de objeto sobre el que aplicarla.
- b) Por otro lado, el silencio del artículo 1051 en cuanto a las causas de anulación de la sociedad cobra sentido si pensamos que las que nos interesan son las que afectan a la validez y eficacia de la disposición testamentaria que impone la carga de la indivisión; causas a las que no es necesario remitirse porque resultan aplicables de por sí.

Sí parece necesaria, empero, la remisión a las causas de extinción de la sociedad civil, y por ello el legislador optó por aludir a ellas en el artículo 1051 C. c. El fin perseguido sería procurar su aplicación directa como fuente de ineficacia de la prohibición testamentaria de dividir la herencia. De este modo, al formar parte del contenido de este precepto, no habría que recurrir a ellas por analogía.

No obstante, el artículo 1068 del Anteproyecto fue más preciso al referirse a las causas de disolución de la sociedad, y no a las de extinción, como hace el artículo

⁶⁶⁴ La negrita es mía.

1051 C. c. Motivo: la “extinción de la sociedad” está orientada al cierre de la correspondiente liquidación con la distribución de los bienes que constituyen el fondo social remanente (si lo hubiere) entre los socios. La disolución haría referencia al momento en que el patrimonio social se desvincula de la actividad de la sociedad, y permite dar comienzo al proceso de liquidación⁶⁶⁵. Por consiguiente, no estaríamos ante causas de extinción propiamente dichas, y sí ante causas de disolución.

La presencia de estas causas en el ámbito de una comunidad hereditaria podría justificarse en una posible cercanía entre ésta y la situación derivada de una sociedad, pese a los constantes intentos de nuestra doctrina por encontrar un criterio meridiano que las distinga⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ Vid. EIZAGUIRRE, J. M., *La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, 2000, p. 17.

⁶⁶⁶ Esta cuestión ha sido arduamente discutida por nuestra doctrina (entre otros, MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios ...*, III, cit, pp. 404-407; MARÍN LÁZARO, R., “Sociedad y comunidad. Una sentencia notable del Tribunal Supremo”, RDP, 1942, pp. 689 y ss; BELTRÁN DE HEREDIA, J., ob. cit., pp. 39 y ss.; GARRIDO PALMA, V., “Hacia un enfoque jurídico de la sociedad civil”, RDP, 1972, pp. 759-773.; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, t. I, s.e. Madrid, 1976, pp. 82 y ss.; DONDERIS-TATAY, L., ob. cit., p. 74; MIQUEL, J. M., ob. cit., pp. 36-41; DíEZ PICAZO, L., *Fundamentos ...* III, cit., pp. 906-908; PAZ-ARES, C., ob. cit., 1993, pp. 1369-1374; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXI, v. 1, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1986, pp. 133-136; ALBALADEJO, M., “La distinción ...”, cit., pp. 669-682; DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M., ob. cit., pp. 147-161; y TENA PIAZUELO, I., *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 166 y ss.)

La jurisprudencia se ha pronunciado fundamentalmente por defender que en la sociedad siempre existirá una *affectio societatis* –entendida como el ánimo de crear una sociedad, asumir su esencia y perseguir los fines que le son propios–, mientras que una relación comunitaria no [SSTS de 15 de octubre de 1940 (cdo. 5º), de 24 de abril de 1953 (cdo. 3º), de 3 de diciembre de 1959 (cdo. 3º), de 21 de mayo de 1960 (cdo. 1º), de 17 de marzo de 1964 (cdo. 4º), de 11 de diciembre de 1965 (cdo. 2º), de 24 de mayo de 1972 (cdo. 5º), de 30 de junio de 1972 (cdo. 3º), de 30 de abril de 1986 (f. j. 3º), de 21 de febrero de 1987 (f. j. 5º), de 6 de octubre de 1990 (f. j. 4º), de 6 de marzo de 1992 (f. j. 3º), de 15 de diciembre de 1992 (f. j. 4º), de 24 de julio de 1993 (f. j. 2º), de 13 de noviembre de 1995 (f. j. 1º), de 11 de marzo de 2000 (f. j. 1º), de 29 de mayo de 2001 (f. j. 1º), y de 29 de abril de 2005 (f. j. 3º)].

Es cierto que existen diferencias entre ambas instituciones, pero habría que incidir también en las zonas secantes porque es donde el concepto de comunidad y de sociedad se disuelve en su contenido (por ejemplo, la sociedad irregular a la que alude el artículo 1669 C. c.)⁶⁶⁷. Esta proximidad entre comunidad y sociedad se palpita en las remisiones recíprocas que se hacen sus respectivas normativas⁶⁶⁸. Por tanto, no parece que sean figuras antagónicas entre sí⁶⁶⁹. Más bien se constituyen en soluciones distintas para un supuesto idéntico: la creación de una colectividad. Haciendo nuestras las palabras de DÍEZ-PICAZO, se podría sostener que “la comunidad y la sociedad

⁶⁶⁷ El artículo 1669 C. c. señala que “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”. Si esto sucediera, el legislador ha afirmado que “Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”. El contenido de este precepto muestra que no existe una incompatibilidad total entre la comunidad y la sociedad, puesto que ambas pueden convivir, aunque delineando el ámbito de cada una. PAZ-ARES (ob. cit., p. 1373) matiza que la remisión afecta sólo al plano real, y no al obligacional, en cuyo caso éste se registrará por las normas de la sociedad, mientras que las relaciones jurídico-reales se regularán por las normas de la comunidad. En el mismo sentido, la STS de 24 de julio de 1993 (f. j. 3º) ha considerado que las normas relativas a las comunidades han de entenderse limitadas al sustrato material o fondo común formado por los socios, pero sin olvidar la eficacia y vinculación del contrato de sociedad, puesto que así ha sido querido y configurado por las partes interesadas. La STS de 21 de marzo de 1988 (f. j. 2º) ha declarado lo siguiente: “El citado artículo 1669 del Código Civil es índice de la afinidad entre sociedad y comunidad de bienes, que se remonta a las fuentes romanas. Si no es concebible sociedad sin algún género de comunidad, la «affectio societatis», intención de cooperar como socios, originariamente existente, puede decaer y parece indudable que el fin de la ganancia que es la causa de la sociedad tanto en sentido económico como jurídico, desaparece con la cesación de una actividad comercial que nadie piensa reanudar; restando únicamente presente un fin de mantenimiento y simple utilización y por tanto, aunque de origen voluntario una mera comunidad de bienes, sujeta al régimen legal”.

⁶⁶⁸ La presencia de las reglas societarias en una relación comunitaria no sólo se manifiesta en los artículos 1051 y 1669 C. c. También en los artículos 406 (“Serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia”) y 1708 (La partición entre socios se rige por las reglas de la de las herencias ...”), ambos del Código civil. El legislador muestra la interrelación entre estas dos figuras jurídicas que se encargan de gobernar las colectividades.

⁶⁶⁹ Vid. MIQUEL. J. M., ob. cit., p. 39. MANRESA NAVARRO (ob. últim. cit., p. 405) se habría pronunciado en favor de una noción amplia de comunidad que acogiera en su seno a la sociedad (aquella actuaría como base de ésta). La similitud entre ambas instituciones haría que la comunidad pudiera ser considerada como un género que albergaría dos especies: la comunidad típica y la comunidad-societaria. Por su parte, DONDERIS-TATAY (ob. cit., p. 74) habría definido a la comunidad como un tipo de sociedad compleja.

son dos formas de organización distintas de las uniones de intereses⁶⁷⁰; por ende, cada una de ellas tiene sus propias reglas de funcionamiento⁶⁷¹.

En el caso que nos ocupa cabría hablar de un nexo entre la comunidad hereditaria sujeta a una indivisión testamentaria y la sociedad.

LACRUZ BERDEJO ha declarado que una comunidad hereditaria que permanece indivisa puede ser un estadio intermedio entre la *communio incidens* y el ente dotado de *affectio societatis*⁶⁷². La remisión a las causas de disolución de la sociedad civil del artículo 1051 C. c. tendría su razón de ser, entonces, en el aspecto societario que puede revestir una comunidad universal sometida a una indivisión.

Por su parte, MUÑOZ DE DIOS ha considerado que cuando el testador prohíbe la división de la herencia establece entre los coherederos una especie de sociedad, y es lógico que a esta sociedad impuesta se le exija las mismas causas de extinción que si la sociedad hubiera sido creada por los herederos⁶⁷³.

En nuestra opinión, la comunidad hereditaria indivisa por imposición del causante no debe ser identificada con la sociedad. Faltaría en aquélla, entre otros

⁶⁷⁰ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., ob. últim. cit., p. 908.

⁶⁷¹ Unas mostrarán los aspectos en los que difieren (por ejemplo, la libre disposición de la cuota y el libre ejercicio del derecho a dividir en la comunidad, frente al control que existe en la sociedad de la participación societaria -la muerte del socio podría ser causa de su extinción-). Otras pondrán de relieve su cercanía, pues son normas que no discrepan entre sí ante una misma situación, sino que se pronuncian en un sentido muy similar [por ejemplo, las normas de administración de la comunidad de bienes (arts. 394, 395 y 397 C. c.), y las correspondientes al régimen de la sociedad civil (art. 1695 C. c.)].

⁶⁷² Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, v. 1, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 187-188.

⁶⁷³ Vid. MUÑOZ DE DIOS, M., ob. cit., p.62.

caracteres, la *affectio societatis*. Pero sí es cierto que el patrimonio hereditario vinculado por una carga de la indivisión pierde, en cierta medida, su carácter transitorio; un carácter marcado por la facultad que todo comunero tiene de solicitar su partición en cualquier momento. Ese aspecto mostraría un espacio común con la sociedad civil que, precisamente, se caracteriza por su vocación duradera, lo que justificaría que el legislador hubiera recurrido a sus causas de disolución para postular la ineficacia de una prohibición testamentaria de dividir la herencia.

II. ¿QUÉ CAUSAS PROVOCAN LA INEFICACIA DE LA PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA Y CUÁLES NO TIENEN RELEVANCIA A LA LUZ DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 1700 DEL CÓDIGO CIVIL⁶⁷⁴?

A) La llegada del término

El artículo 1700, 1º C. c. dispone que *“La sociedad se extingue: 1º Cuando expira el término por que fue constituida”*. De su tenor se deduce lo siguiente: si el causante establece que la herencia se mantenga indivisa durante un plazo de duración determinado, habrá que esperar a su agotamiento para que quede sin efectos esta carga testamentaria⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ El artículo 1700 C. c. enuncia qué causas provocan la disolución de una sociedad civil. PAZ-ARES (ob. cit., p. 1491) ha manifestado que no tiene una vocación ejemplificativa, sino más bien una pretensión de exhaustividad, porque el único complemento que admite es el de la ausencia de algún elemento indispensable para la continuidad de la relación societaria debido, verbigracia, a la reunión de todas las participaciones en una sola mano o al acuerdo unánime de todos los socios.

⁶⁷⁵ Lo dispuesto por el artículo 1700, 1º C. c. ha sido interpretado por MUCIUS SCAEVOLA (*Código* ..., t. XVIII, cit., pp. 331-332) como un modo de señalar que el testador no puede imponer la indivisión de la herencia con carácter indefinido.

Esta causa operará de modo automático (y no *ex voluntate*) sobre el gravamen impuesto por el testador. En consecuencia, la llegada del término permitirá a cualquiera de los coherederos iniciar el proceso de partición hereditaria *ipso iure*. No afectará, desde luego, a la continuidad de la comunidad hereditaria, que se mantendrá en tanto sus partícipes no decidan lo contrario, o concurra alguna causa que provoque su extinción; sólo repercutirá sobre la eficacia de la carga testamentaria.

Bajo el paraguas del motivo 1º del artículo 1700 C. c. no se incluye aquella situación en la que la eficacia de la carga testamentaria depende de una condición resolutoria. Ésta no es un *dies ad quem* que permite a los coherederos conocer el momento a partir del cual dejará de surtir efectos lo dispuesto por el causante. Se trata de un acontecimiento *incertus an et incertus quando*, razón por el cual la duración de la carga tendría carácter indefinido al no saber si se producirá o no ese hecho.

El causante recurre habitualmente a la muerte de una persona (en la mayoría de los casos, la del cónyuge supérstite) como criterio temporal a tener en cuenta. El Tribunal Supremo ha reconocido en la Sentencia de 12 de diciembre de 1958 (cdo. 4º) la validez de una cláusula testamentaria de este tipo en la que el testador dispone que “se prohíbe que se divida su caudal mientras viva su mujer (...) sin que sus hijos, ni los hijos de su hijo fallecido, puedan pedir su división mientras viva su (...) madre y abuela, respectivamente”. También, la STS de 8 de marzo de 1989 (f. j. 1º) cuando ha admitido una cláusula testamentaria en la que el causante “lega a su esposa el usufructo vitalicio de la totalidad de la herencia y prohíbe a los hijos o descendientes pedir la división de la herencia en vida de la esposa del testador (...)”. A la misma conclusión llega la STS de 21 de diciembre de 2000 (f. j. 1º) al manifestar que “el testador estaba en un perfecto derecho de 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”. En todos estos casos se incorpora un término que aunque sea *incertus quando*, sí es *certus an*.

En el caso de que la eficacia temporal de una prohibición testamentaria de dividir no dependa del óbito de una persona, sino de la muerte sucesiva de varias, en orden a evitar que este criterio temporal vincule una herencia a perpetuidad, se deberían establecer unos límites extraídos de la aplicación analógica del artículo 781 C. c., según el cual *“Las sustituciones fideicomisarias ... surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador”*⁶⁷⁶.

Consiguientemente, si se pretendiera mantener la indivisión del caudal relicto en atención a la vida de una persona viva en el momento de fallecimiento del testador, habría que esperar, entonces, hasta que su muerte acaeciera. Pero si el criterio a tener en cuenta es el de la vida de varias personas cabría traer a colación, por analogía, el artículo 521 C. c.⁶⁷⁷. De este precepto deduciríamos que el gravamen testamentario surtirá efectos hasta que ocurra la muerte de la última de las personas sobre cuyas cabezas se impuso la duración de aquél.

Distinto sería que el causante hubiera incorporado la vida de una persona jurídica como criterio temporal a tener en cuenta. Razón: el nacimiento de aquélla podría tener una duración indefinida. Siendo esto así, la falta de causa (por cumplimiento o imposibilidad sobrevenida) actuaría como fenómeno determinante de la ineficacia de la prohibición testamentaria. En consecuencia, mientras subsistiera el interés (causa) que motivó esa carga testamentaria, no decaerían sus efectos, aunque sometida (su eficacia), por analogía, a los límites dispuestos en el artículo 781 C. c. para las sustituciones fideicomisarias, con el fin de evitar que se pudiera mantener en el tiempo de modo excesivo.

⁶⁷⁶ Algunos autores (GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., ob. cit., p. 147; MIQUEL, J. M., ob. cit., p. 466, CRESPO, ob. cit., p. 118; y MUÑOZ DE DIOS, M., ob. cit., pp. 631-635) se han pronunciado a favor de la aplicación del artículo 781 C. c., sin más; sin determinar qué concretos efectos produce la misma.

⁶⁷⁷ Señala que *“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”*.

En cambio, si la voluntad del causante fuera la de sostener la indivisión de la herencia más allá de la muerte de los coherederos gravados, habría que atender al límite “*del segundo grado*” (expresión interpretada por nuestra jurisprudencia y mejor doctrina como sinónimo de “llamamiento”). La eficacia temporal de la carga se prolongaría sólo sobre la vida de dos personas sucesivas no existentes en el momento del óbito del causante⁶⁷⁸.

Debemos advertir que este mismo límite estaría presente en el caso de que el término fijado por el testador fuera excesivamente amplio (por ejemplo, prohibir la división durante mil años). Esta carga afectaría a los herederos que trajeran su derecho de los comuneros gravados hasta el agotamiento del tiempo fijado por el testador, o hasta el límite de los dos llamamientos fijados por el artículo 781 C. c.

Como consecuencia de lo anterior, hay que concluir que cualquier límite temporal que superara lo dispuesto en el citado artículo 781 se tendría simplemente por no puesto. Digamos que dicho límite no afectaría a la validez de la carga testamentaria, y ello como reflejo de la aplicación de la regla *utile per inutile non vitiatur*, y de la presencia del principio *favor voluntatis*.

En otro orden de consideraciones, con respecto a lo dispuesto por los artículos 1702 y 1703 C. c. (que son los preceptos que admiten la figura de la prórroga de la sociedad civil⁶⁷⁹), habría que poner de relieve que la decisión de los coherederos de

⁶⁷⁸ Verbigracia, el deseo del testador de imponer la indivisión del caudal relicto a quienes traen su derecho *mortis causa* de los herederos gravados, es posible siempre y cuando no supere el límite de los dos llamamientos sucesivos.

⁶⁷⁹ Conforme al párrafo 1º del artículo 1702 “*La sociedad constituida por tiempo determinado puede prorrogarse por consentimiento de todos los socios*”. En relación con este precepto, el artículo 1703 manifiesta que “*Si la sociedad se prorroga después de expirado el término, se entiende que se constituye una nueva sociedad. Si se prorroga antes de expirado el término, continúa la sociedad*”.

continuar vinculados mediante un pacto de indivisión no debe ser calificada como prórroga. Tal pacto no refleja técnicamente una continuidad de la indivisión hereditaria. Motivo: los efectos de la carga testamentaria no pueden ser prorrogados por los coherederos, ya que se trata de un gravamen impuesto unilateralmente, y que, por tanto, les viene de fuera. La permanencia de la indivisión de la herencia, una vez agotado el período fijado por el testador, se deriva de otro título: el pacto de indivisión. Consiguientemente, la aplicación de los preceptos citados anteriormente al caso que nos ocupa carece de razón de ser.

B) La desaparición del patrimonio hereditario

El motivo 2º del artículo 1700 C. c. prevé como causa objetiva de disolución de la sociedad civil (por repercutir directamente sobre su objeto) lo siguiente: “*Cuando se pierde la cosa ...*”.

La aplicación de esta causa como razón justificadora de la ineficacia de la disposición testamentaria que prohíbe solicitar la partición de la herencia no suscita excesiva problemática, porque cabe asimilarla a la desaparición total del patrimonio hereditario. Pero ha de tratarse de una pérdida total, y no parcial (cuando afecta a alguno de los bienes que constituyen la herencia), porque en este caso la restricción testamentaria no devendría ineficaz; ésta continuaría desplegando sus efectos sobre el monto restante.

primitiva”. De la conjugación de ambas normas se infiere la conclusión de que la prórroga sólo es posible si se produce un acuerdo de los socios antes de la llegada del término pactado primitivamente, porque, en tal caso, sólo se dará una mera modificación en la relación societaria, que en nada afectará a su sustancia. En cambio, si los socios conciertan prolongar su relación más allá del plazo fijado, una vez acaecido éste, no parece oportuno emplear el término de “prórroga”, porque lo que surge aquí es una nueva sociedad: la anterior ya habría quedado disuelta *ipso iure* por el cumplimiento del término pactado.

El fundamento para sostener la ineficacia de la carga testamentaria cuando desaparece la totalidad del patrimonio hereditario lo aporta la pura lógica: si no hay herencia, falta el objeto sobre el que sostener la indivisión impuesta por el testador, con independencia de que su pérdida haya sido material o jurídica.

Desde esta perspectiva, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿Podría ser tenida en cuenta la declaración de concurso de la herencia, en los términos previstos por el artículo 1. 2 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante, L. C.), como motivo de pérdida del patrimonio hereditario, a los efectos de pretender la ineficacia de la disposición hereditaria que prohíbe la partición hereditaria?

Antes de abordar esta cuestión, habría que partir del texto del citado artículo 1. 2 L. C., conforme al cual *“El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente”*. De su tenor parece deducirse que se podrá incoar el correspondiente procedimiento cuando estemos ante una herencia yacente o cuando la herencia haya sido aceptada a beneficio de inventario⁶⁸⁰. No así cuando ésta haya sido aceptada pura y simplemente, porque, en este caso, el heredero responderá de las obligaciones del causante, no sólo con el caudal hereditario, sino también con su propio patrimonio (art. 1003 C. c). En consecuencia, la insolvencia deberá ser predicada de éste y no de la herencia, pues será su patrimonio el que resultará insuficiente para hacer frente a las deudas del causante, motivo por el cual la declaración de concurso le afectará a él directamente.

⁶⁸⁰ Sobre el concurso de la herencia, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *“El concurso de la herencia”*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 2004, pp. 53-72; y CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., *“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”*, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 5174-5175.

Dicho esto, a los efectos que ahora interesan, que no son otros que los de la valoración del concurso de la herencia sobre la eficacia de una prohibición que impide la partición de esta última, apreciamos que no tiene sentido analizar la repercusión que tendría la declaración de concurso de una herencia yacente sobre la citada carga testamentaria, porque en esta fase no existe aún una comunidad hereditaria -y no sabemos ni siquiera si ésta llegará a existir- sobre la que proyectar sus efectos. Por tanto, descartamos esta hipótesis, y nos acercamos a aquella otra en la que la aceptación a beneficio de inventario de una herencia da lugar a la constitución de una comunidad hereditaria.

Si estamos ante una comunidad hereditaria en los términos expuestos, la herencia podría ser declarada en concurso si se encontrara en un estado de insolvencia. Una declaración de concurso abriría un proceso de ejecución universal de la misma. Mientras tanto, conforme a lo dispuesto por el artículo 182. 3 L. C., “*La herencia se mantendrá indivisa (...)*”, como garantía para los acreedores⁶⁸¹. Por tanto, se desactivaría el ejercicio del derecho a solicitar la partición hereditaria en virtud de lo dispuesto por la ley, y no como consecuencia de la prohibición de dividir impuesta por el testador. Habría una coincidencia entre la prohibición legal y la voluntaria, aunque primaria lo dispuesto por la legal. Asimismo, la tramitación del concurso de la herencia desembocaría en su correspondiente liquidación para procurar el pago de los créditos pendientes (art. 40. 5 L. C.), razón por la cual cabría sostener que, ante la ausencia de caudal hereditario, la carga testamentaria que postula la indivisión de la herencia carecería de objeto.

Todo ello, empero, no debería llevarnos a la afirmación de que el patrimonio hereditario se ha perdido en los términos estrictos del motivo 2º del artículo 1700 C. c. La intención de este precepto reside en volver ineficaz una disposición testamentaria que ya ha desplegado de por sí sus efectos, y en el caso que nos ocupa esto no sucede así. La razón que abona esta postura sería la siguiente: el gravamen que suspende el ejercicio del derecho a dividir repercute sólo sobre el activo neto hereditario; es decir,

⁶⁸¹ Vid. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., ob. cit., p. 72.

sobre el remanente, una vez deducidas las deudas del causante. Por ende, si la cuantía de éstas supera a la masa activa, no habrá lugar a la aplicación de la citada restricción testamentaria, porque no habrá concurrido el presupuesto necesario para ello. Consiguientemente, sería preciso matizar que, aunque la disposición hereditaria que impide la partición del caudal relicto es válida, su eficacia dependerá de que exista una masa activa sobre la que ser aplicada, y el concurso de la herencia impedirá llegar a ese estado de cosas. En consecuencia, esta situación sólo se convertirá en un obstáculo insalvable para que la citada disposición pueda comenzar a surtir efectos, pero no actuará como motivo sustancial para pretender su ineficacia, conforme a lo establecido por el artículo 1700, número 2º, C. c.

C) La extinción de la causa justa

El artículo 1700, número 2º, C. c. señala también que la sociedad civil se extingue “*Cuando ... se termina el negocio que le sirve de objeto*”. En otros términos, la sociedad se disuelve cuando concluye el negocio o la finalidad para la que se constituyó⁶⁸².

La invocación de esta causa significa que la disposición testamentaria que vincula el caudal relicto a un estado de indivisión deviene ineficaz porque se ha cumplido el objetivo en el que se fundamentó⁶⁸³. Ello tiene ver con el fenómeno de la

⁶⁸² Según BELTRÁN (*La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 106-107), para que el citado precepto sea susceptible de ser aplicado, es *condicio sine qua non* que la sociedad se dedique a una empresa social que pueda ser susceptible de ser agotada en su desempeño. Con el fin de constatar este hecho no basta con que la sociedad ejercite otra actividad distinta de la que integra su objeto. Ello no conduce necesariamente a esta conclusión. Ni tampoco es suficiente que la sociedad no pueda ejercitar su actividad, porque en este caso más bien estaríamos ante una causa de imposibilidad manifiesta de realizar el fin social.

⁶⁸³ Para BORRELL Y SOLER (*Derecho civil español. Sucesiones*, t. V, s. e., Barcelona, 1955, p. 450), la alusión a la terminación del negocio no se aplica al caso de la comunidad hereditaria, ya que no es una comunidad de bienes formada por aportaciones de los herederos para iniciar el negocio, sino una

causalización a la que ha de estar sometida una restricción testamentaria de esa naturaleza: se exige la concurrencia de un justo motivo para postular la validez de esta carga.

Lo dispuesto por el número 2º del artículo 1700 C. c. no es susceptible de ser aplicado cuando en la citada disposición testamentaria falta, de por sí, una causa, o cuando ésta es injusta, porque, en tal caso, habría que predicar simplemente la invalidez de aquélla por no concurrir uno de los elementos necesarios.

Consiguientemente, el citado precepto sólo actuaría cuando el testador hubiera basado la duración de esa restricción al derecho de dividir la herencia exclusivamente en el cumplimiento de una justa causa. Habría que esperar, entonces, a que este interés se cumpliera plenamente para que decayeran los efectos de la carga impuesta por el causante. Por tanto, el mero cumplimiento parcial del objetivo (causa) fijado por el causante no repercutiría sobre el gravamen, que continuaría desplegando sus efectos⁶⁸⁴.

No obstante, en este caso nos preguntamos si cabe aplicar, por analogía, lo dispuesto por el artículo 781 C. c., para evitar que los efectos de la carga testamentaria vinculen un patrimonio hereditario durante demasiado tiempo. Parece obligada una respuesta afirmativa, porque (como venimos sosteniendo) los efectos de esa afección no deberían prolongarse, en ningún caso, más allá del “segundo grado”. Esto se traduciría en la idea de que, aunque persistiera la causa establecida por el testador, sus efectos no se extenderían más allá de los dos llamamientos fijados por el artículo 781 C. c., transcurridos los cuales se podría solicitar la partición hereditaria.

comunidad formada con independencia de la voluntad de aquéllos. En nuestra opinión, esta postura margina la virtualidad del proceso analógico en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

⁶⁸⁴ Por ejemplo, si la voluntad del testador en que su empresa permanezca indivisa reside en el beneficio que quiere reportar a cada uno de sus tres herederos mientras éstos vivan, la muerte de uno de ellos no dejaría sin efectos la restricción testamentaria.

Por otra parte, no debemos descartar que las circunstancias sobrevenidas alteren la eficacia de una prohibición testamentaria de dividir, y que puedan ser apreciadas como motivo determinante de su ineficacia. En este caso concreto, no procedería la aplicación directa del motivo 2º del artículo 1700 C. c., porque este precepto no acoge la ineficacia por imposibilidad sobrevenida, sino el mero cumplimiento del fin propuesto por el causante. No obstante, la autoridad judicial puede dejar sin efectos una prohibición testamentaria de dividir la herencia cuando el interés en el que se fundamentaba no llegara a cumplirse por resultar inviable, mediante la aplicación por analogía del citado precepto, o simplemente recurriendo al principio *rebus sic stantibus*⁶⁸⁵.

D) La muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquier partícipe de la comunidad hereditaria

Bajo este epígrafe procedemos a valorar si resulta oportuno proclamar la ineficacia de una prohibición testamentaria de dividir la herencia cuando uno de los partícipes de la comunidad incurre en alguno de los motivos que el artículo 1700, 3º C. c. establece como causas de extinción de la sociedad civil: “*muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios*”.

⁶⁸⁵ Por ejemplo, se impone la indivisión de una herencia constituida por una finca rústica para mejorar su explotación agrícola, pero con el tiempo esta finca es calificada como urbana, por lo que el interés que motivó la imposición de la indivisión decae, motivo por el cual se permitiría a los sujetos interesados solicitar que esta restricción testamentaria fuera declarada ineficaz.

Precisamente, una circunstancia de este tipo es la que entró a valorar la RDGRN de 30 de septiembre de 1980, cuando se encontró con la imposición de una prohibición de enajenar un inmueble para reforzar su afectación a una fundación. Con posterioridad, la Dirección General de Servicios Sociales aprobó una modificación de los fines de tal institución, razón por la cual se ordenó su desafectación y la supresión de la correspondiente prohibición de enajenar. La modificación de los fines de la fundación dejó sin sentido que el inmueble continuara gravado, por lo que se permitió su venta al considerar que el dinero obtenido se podía reinvertir en otros valores de mayor rentabilidad.

Comenzamos examinando la repercusión del óbito de uno de los coherederos⁶⁸⁶.

Quienes se han decantado por su aplicación como causa de extinción del citado gravamen testamentario han aportado diversos argumentos⁶⁸⁷.

Se ha sostenido que, aunque el pacto de indivisión vincula a quienes lo suscriben y a sus herederos en virtud del artículo 1257, párrafo 1º, C. c., la disposición hereditaria que impide la partición hereditaria no tendrá los mismos efectos sobre los causahabientes de los herederos del causante (salvo que éste hubiera dispuesto lo contrario), porque la naturaleza del título en el que se fundamenta esa carga testamentaria no es la misma que la del convenio de indivisión⁶⁸⁸.

Por su parte, MUÑOZ DE DIOS ha considerado que los vínculos que unen a los herederos en una comunidad hereditaria tienen, al igual que en la sociedad, un carácter personalísimo, lo que le ha permitido justificar que la muerte de uno de ellos deje sin

⁶⁸⁶ La muerte actúa como hecho independiente de la voluntad del socio, y afecta a la prosecución de la sociedad civil. Su fundamento se ha buscado en el carácter *intuitus personae* atribuido a la relación societaria, que hace que exista un claro control sobre quiénes son los socios, hasta el punto de considerar la condición de tal como intransmisible. Esta naturaleza personalista de la sociedad civil ha sido considerada por PAZ-ARES (ob. cit., p. 1492) como un modo de proteger el interés de los socios a no continuar en sociedad cuando se modifica su sustrato personal. El profesor CAPILLA (ob. últim. cit., pp. 647-648) ha añadido que con ello también se postularía la defensa de los intereses de los herederos del socio muerto. Por tanto, tal y como ha señalado GIRÓN TENA (ob. cit., p. 645) el óbito del socio generaría automáticamente la disolución de la sociedad civil, es decir, sin necesidad de denuncia alguna por parte de los socios. No operaría *ope legis* (esta disolución) cuando existiera un pacto de continuidad entre todos los socios conforme a lo previsto por el artículo 1704 C. c.

⁶⁸⁷ Vid. LACAL FUENTES, P., ob. cit., p. 580; MUÑOZ DE DIOS, M., ob. cit., pp. 644-465; ABELLÁ RUBIO, J. M., ob. cit., pp. 199-200; y PRATS ALBENTOSA, L., *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 605.

⁶⁸⁸ Vid. ABELLÁ RUBIO, J. M., ob. cit., pp. 199-200.

efectos la prohibición testamentaria de dividir⁶⁸⁹. Este autor ha fundamentado su tesis en la idea de que el testador ha impuesto la carga en atención a las condiciones personales de aquéllos (laboriosidad, honradez, afecto, etc.), gracias a las cuales ha confiado en lograr el objetivo propuesto con la indivisión, situación que no se habría dado si hubiera sabido que en la citada comunidad iban a entrar extraños cuyas características personales desconocía⁶⁹⁰.

Según esta postura doctrinal, sólo por aplicación analógica del artículo 1704 C. c.⁶⁹¹, los efectos de la disposición testamentaria se podrían prolongar sobre los causahabientes de los herederos gravados. Se alega como razón fundamental que si se admite que los herederos pacten libremente la continuidad de una comunidad, también habrá que permitir que el causante decida sobre este aspecto cuando lo estime oportuno⁶⁹².

⁶⁸⁹ Vid. MUÑOZ DE DIOS, M., ob. cit., p. 640.

⁶⁹⁰ *Ibidem*.

⁶⁹¹ Señala este precepto que *“Es válido 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 lo que se determina en el número 4º del artículo 1700”.

De ello se deduce que el efecto disolutivo de la sociedad civil por muerte del socio es de carácter dispositivo, porque dependerá de que exista o no un convenio unánime de todos ellos sobre la continuidad de la sociedad. A partir de aquí cabría atribuir al heredero del socio fallecido un derecho al valor de la liquidación de su parte o permitir que la cuota de éste sea transmisible. Respecto de esto último GARRIGUES (en *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 3, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1949, p. 1211) ha manifestado que para que el heredero sea considerado socio no basta con que acepte la herencia. Tiene, además, que aceptar la estipulación que le concede el derecho a ser socio, a modo de estipulación en favor de tercero, salvo que la aceptación de la cualidad de socio viniese impuesta por el testador como carga hereditaria.

⁶⁹² Vid. LACAL FUENTES, P., ob. cit., p. 580; MUÑOZ DE DIOS, M., ob. cit., pp. 644-465; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema ...* IV, cit., p. 530; y PRATS ALBENTOSA, L., ob. cit., p. 605. En contra, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., ob. últim. cit., p. 2472.

En esta línea, PRATS ALBENTOSA⁶⁹³ ha distinguido dos situaciones: a) que el testador haya previsto en la cláusula (que dispone la indivisión de la herencia) que si fallece alguno de los coherederos continúe la comunidad hereditaria entre los que sobrevivan, hasta la llegada del día o verificación de la condición establecida por él, en cuyo caso el heredero o los herederos del fallecido podrán pedir la disolución parcial de la herencia, y sólo respecto de aquella parte en la que sucedieron a su causante⁶⁹⁴; y b) que la disposición testamentaria recoja que si muere alguno de los coherederos perviva la comunidad con los herederos del fallecido. En tal caso, cualquiera de ellos podría solicitar la partición hereditaria siempre que el ejercicio de la acción no fuera contrario a la buena fe, inoportuno o se apoyara en un motivo injusto a juicio de los Tribunales, conforme a lo dispuesto por los artículos 1705 y 1707 C. c.

En contra de lo mantenido por estos autores, ROCA-SASTRE MUNCUNILL ha defendido que la muerte del coheredero no es una causa de extinción de la prohibición testamentaria de dividir la herencia, motivo por el cual el heredero se subrogará en la posición del comunero muerto, y quedará, por ello, gravado con la carga de no ejercitar el derecho a la partición hereditaria⁶⁹⁵.

Esta última postura es la que más nos convence. Razón: la comunidad hereditaria está alejada del carácter personalista de la sociedad. Las relaciones que unen a sus miembros son *intuitus pecuniae*. Las condiciones personales de los comuneros no revisten interés. Por ello, se contempla la libre disponibilidad de la cuota hereditaria, ya sea *mortis causa* o *inter vivos*

⁶⁹³ Vid. PRATS ALBENTOSA, L., ob. cit., p. 605.

⁶⁹⁴ Resulta discutible este argumento porque no tiene en cuenta la naturaleza universal que tienen los efectos del derecho a dividir la herencia, lo que impide que éste sea ejercitado tantas veces como coherederos existen. Por esto, basta con que uno de ellos pida la partición del patrimonio hereditario para que la comunidad hereditaria se extinga en su totalidad.

⁶⁹⁵ Vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Sucesiones ...*, cit., p. 62..

Siendo esto así, parece coherente sostener que la cesión *mortis causa* de la cuota hereditaria comprenda también la de la mencionada carga testamentaria (al igual que sucede con su transmisión *inter vivos*). La disposición del testador se impondrá, entonces, a sus herederos, y a todos aquellos que pasen a ocupar su lugar, hasta que se agote el plazo fijado por el causante, se cumpla la condición establecida o extinga el interés justificador de la carga, sin necesidad de acudir al argumento de la aplicación analógica del artículo 1704 C. c. Sólo si la prohibición testamentaria de dividir se hubiera impuesto en favor del heredero que muere o en atención a lo que dure su vida, su óbito generaría la ineficacia de esa carga. Pero, en ambos casos, resultaría más oportuno alegar que falta la causa que fundamenta la carga testamentaria, o que ésta se ha extinguido por la llegada del término previsto por el causante.

La segunda causa de disolución de la sociedad civil nombrada por el número 3º del artículo 1700 C. c. es la “*insolvencia ... de cualquiera de los socios*”. La anfibología del término insolvencia ha suscitado la duda sobre si ésta refleja una situación judicialmente declarada, o si se hace referencia a una mera insolvencia de hecho.

En relación con esta cuestión, la posición mayoritaria (que compartimos) se ha inclinado por defender una interpretación restrictiva del término “insolvencia”. En tal sentido, se ha considerado que ésta ha de ser declarada judicialmente para que cobre relevancia, ya que resulta bastante complicado precisar una insolvencia de hecho⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ Entre otros, CAPILLA RONCERO, F., ob. últim. cit., pp. 595-596; y ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, Edisofer, Madrid, 2004, nota 6, p. 793. Todo ello sin perjuicio de que la insolvencia fáctica pueda ser alegada como “*justo motivo*” para dar pie a que un socio pueda reclamar la disolución de una sociedad constituida por tiempo determinado, en atención a lo dispuesto en el artículo 1707 C. c.: “*No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que ... ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo ...*”.

En contra se ha manifestado DÍEZ-PICAZO (*Sistema de Derecho Civil*, II, Tecnos, Madrid, 2005, p. 476), quien ha mantenido que el precepto se refiere a la insolvencia de hecho.

Desde esta perspectiva, algunos autores han defendido que la insolvencia de uno de los partícipes de la comunidad hereditaria es causa suficiente para dejar sin efectos una prohibición testamentaria de dividir la herencia⁶⁹⁷. Han mantenido que es una forma de proteger a los acreedores, quienes podrían controlar mejor sus créditos frente a los herederos⁶⁹⁸. De todo esto se ha deducido, que, para que esta insolvencia no afecte la citada restricción, el testador tendría que haberlo dispuesto expresamente⁶⁹⁹.

La postura planteada nos parece discutible por la siguiente razón: la comunidad hereditaria no se rige por reglas de confianza, tal y como sucede con la sociedad civil. Carece de lógico fundamento, pues, acudir a la insolvencia del comunero como criterio para postular la ineficacia de la carga dispuesta por el causante.

Además, la presencia de esta causa no protege de modo más adecuado los intereses de los acreedores particulares del heredero insolvente, porque éstos ya se

La STS de 28 de octubre de 1993 (f. j. 4º) ha sostenido que “la insolvencia del deudor se determina no sólo por la imposibilidad de pago completo sino también por la disminución de posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad integral del crédito”.

⁶⁹⁷ Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., ob. últim. cit., cit., p. 333; LACAL, P., ob. cit., pp. 580-581; MUÑOZ DE DIOS, M., ob. cit., p. 642; y ABELLÁ, J. M., ob. cit., p. 175.

MUCIUS SCAEVOLA (ob. últim. cit., cit., p. 333) ha mantenido que no basta la insolvencia por sí sola, sino que es necesario el embargo y remate de la parte de quien ha sido declarado insolvente.

MUÑOZ DE DIOS (ob. cit., p. 642) ha precisado que la insolvencia ha de ser declarada, porque de lo contrario bastaría con que uno de los herederos contrajeran una o varias deudas (reales o ficticias), y dejara de pagarlas a su vencimiento, para que sin más surgiera una situación de insolvencia que permitiría a los demás solicitar la partición hereditaria.

⁶⁹⁸ Vid. ABELLÁ, J. M., ob. cit., p. 175.

⁶⁹⁹ LACAL (ob. cit., pp. 580-581) ha argumentado que esta situación no es comparable a la de la sociedad civil porque, según el artículo 1696 C. c., se prohíbe que alguien participe de la sociedad sin el consentimiento de los demás, por cuanto que aquélla se deriva de un contrato. Pero los rasgos de la comunidad son distintos. Por ello, el testador podría establecer una disposición por la que ordenara la continuidad de la comunidad, no obstante la insolvencia de cualquiera de los herederos.

encuentran asistidos por otras vías tendentes a defender sus derechos de crédito: el embargo y remate de la parte del comunero en la herencia⁷⁰⁰.

Tampoco se defienden los intereses de los acreedores del causante, porque, como venimos manteniendo, la prohibición testamentaria de dividir afecta sólo al activo neto; es decir, grava el caudal hereditario que queda una vez deducidas las deudas correspondientes. La restricción testamentaria no se extiende, entonces, a la disposición de bienes para liquidar las deudas del causante.

A mayor abundamiento, no actúa como una medida tuitiva de la posición del resto de coherederos, porque la enajenación forzosa de una cuota hereditaria no está reñida con la indivisión de la herencia. Simplemente da entrada a un nuevo sujeto, que queda gravado en los mismos términos que los demás por la voluntad testamentaria. La concurrencia de la carga testamentaria tan sólo genera una minusvaloración de la cuota hereditaria en su aspecto económico, pero su contenido se mantiene intacto porque lo que se adquiere es el derecho hereditario, y no bienes singulares.

En cuanto a la incapacitación o la declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, como causas de disolución de la sociedad civil, hay que señalar que también se requiere su correspondiente declaración judicial, para, de este modo, someter al incapacitado o pródigo⁷⁰¹ a las cautelas oportunas mediante las instituciones tutelares previstas por nuestro Código civil⁷⁰².

⁷⁰⁰ Situación que en la sociedad civil conduce a su disolución y correspondiente liquidación (arts. 1696 y 1699 C. c.).

⁷⁰¹ Sobre el pródigo, PÉREZ DE VARGAS (*“La declaración de prodigalidad en el Derecho español”*, RGLJ, junio, 1987, pp. 865-868) señala que es el sujeto que tiene una conducta desordenada y habitual, que pone en peligro la integridad de su patrimonio, sin obtener a cambio una posible ganancia, con perjuicio de las personas a las que se reserva el ejercicio de la acción (de prodigalidad) unidas al pródigo por un vínculo estrechísimo de familia, lo que justificaría que quedara sometido a curatela. La STS de 23 de diciembre de 1997 (f. j. 2º) ha dejado claro que “El pródigo queda sujeto a la curatela (...)

Su aplicación como factores desencadenantes de la ineficacia de una prohibición testamentaria de dividir la herencia nos parece cuestionable por el mismo motivo general que hemos apuntado con respecto a la insolvencia: las relaciones que unen a los partícipes de una comunidad hereditaria no son *intuitus personae*; lo que conduce ineludiblemente a relativizar la transcendencia que cabría atribuir a un cambio en las circunstancias personales de los comuneros.

En consecuencia, cuando un heredero es incapacitado o declarado pródigo surgen tan sólo ciertos inconvenientes de orden práctico derivados de la presencia de un representante legal o de un asistente, en su caso⁷⁰³. Pero no parece que esto sea motivo para postular su aplicación como causa de extinción de una carga que impone la indivisión de la herencia, pues no sirve para proteger mejor la posición jurídica del afectado ni la del resto de los comuneros.

De lo expuesto hasta ahora se colige que la remisión que el párrafo 2º del artículo 1051 C. c. hace a las causas de disolución de la sociedad civil merece una interpretación teleológica que nos ayude a discriminar entre las que son idóneas para pretender la ineficacia de una prohibición testamentaria de dividir la herencia, y las que no lo son. Se debe asumir que en la comunidad hereditaria predomina el elemento real –el patrimonio hereditario-, y no el personal –los coherederos-, a diferencia de lo que sucede con la sociedad civil. Por este motivo, no parece oportuno recurrir a la muerte, insolvencia, incapacidad o prodigalidad de alguno de los partícipes de la

y no es un incapacitado total (...) sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el sentido en que precisa el complemento de capacidad (...) que le otorga el curador”.

⁷⁰² Vid. PAZ-ARES, C., ob. cit., p. 1494.

⁷⁰³ No hay que olvidar que, en muchos casos, lo que pretende el disponente es la indivisión de la herencia hasta que el heredero más joven alcance la mayoría de edad, porque considera que, de esta manera, se protegen sus intereses de un modo más idóneo, lo que hace necesaria la presencia de los padres o del tutor.

comunidad hereditaria como criterios para dejar sin efectos la voluntad del testador de mantener indivisa la herencia.

E) La remisión del artículo 1700, 3º al artículo 1699, ambos del Código civil

El artículo 1699 C. c., que ha de ser interpretado en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1700, 3º (pese a mantener su autonomía), establece lo siguiente: *“Los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social”*.

Se trata de una norma que distingue dos planos: el de los acreedores sociales y el de los acreedores particulares de cada socio. Esta misma perspectiva es la que tendremos presente al analizar si es posible invocar lo dispuesto por el citado precepto como causa de extinción de una prohibición testamentaria de dividir la herencia.

Empezamos mostrando un cierto paralelismo entre la posición preferencial que adoptan los acreedores sociales con respecto al fondo social, y la que asumen los acreedores del causante en relación con el caudal hereditario (art.1027 C. c.).

Con respecto a este caso, no parece que lo dispuesto en la primera parte del artículo 1699 C. c. resulte relevante para determinar la ineficacia de una disposición testamentaria que restringe el derecho a solicitar la partición de la herencia, porque los derechos de los acreedores del testador (como venimos manteniendo) no se ven

afectados por esta carga⁷⁰⁴. Sólo sirve para describir una situación trasladable al ámbito de la comunidad hereditaria: el pago de las deudas del causante a costa del patrimonio hereditario. De tal forma que si quedara activo, una vez liquidado del pasivo hereditario, la restricción testamentaria cobraría interés, pero si desapareciera todo el caudal relicto, el gravamen hereditario no devendría ineficaz. Sencillamente, no llegaría a desplegar sus efectos por falta de objeto.

En cuanto a los acreedores particulares de los socios, lo dispuesto por el artículo 1699, *in fine*, podría ser un fiel reflejo de lo que dispone el artículo 1034 C. c., conforme al cual “*Los acreedores particulares del heredero ... podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero*”. Esto significa que los acreedores particulares de los herederos podrán agredir la cuota hereditaria, sin que este acto esté subordinado a la insolvencia ni a la exigencia de pedir excusión de los bienes del heredero-deudor. El embargo recaería sobre el contenido económico del derecho hereditario, y no sobre bienes o derechos particulares. El remate sería la consecuencia de pretender que la cuota hereditaria embargada se hiciera líquida.

Que el artículo 1700, número 3º, tenga presente lo dispuesto por el artículo 1699 C. c. queda justificado en el ámbito de una relación societaria porque se impide la libre enajenación de la participación social (art. 1696 C. c.⁷⁰⁵), motivo por el cual habría que liquidar el patrimonio social para aislar lo que corresponde al socio-deudor,

⁷⁰⁴ Mientras subsista la comunidad hereditaria -que es el momento que interesa-, no cabe duda de que existirá un patrimonio hereditario autónomo y diferenciado del personal de cada heredero. Lo único que se integrará en el patrimonio particular de cada comunero será el remanente de la herencia, una vez satisfechas las cargas. Por ello, como ha sostenido PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*La herencia ...*, pp. 201-204), no cabe invocar una confusión de patrimonios cuando la aceptación del heredero es pura y simple, en cuanto que éste responderá de las cargas de la herencia con los bienes de ésta, a lo que habrá que superponer la responsabilidad *ultra vires*.

⁷⁰⁵ Dice así: “*Cada socio puede por sí solo asociarse un tercero en su parte; pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador*”.

y satisfacer los intereses de los acreedores⁷⁰⁶. Pero carece de sentido deducir que la aplicación del mencionado artículo 1699 se configura como causa de extinción de una prohibición testamentaria de dividir la herencia porque, cuando estamos ante una comunidad hereditaria, la realización de la cuota hereditaria no provoca su disolución. El adjudicatario ocupa el lugar del heredero en esa comunidad, y queda vinculado por la afección testamentaria que le impide solicitar la partición hereditaria.

En consecuencia, la libre disponibilidad a la que está sujeta la cuota hereditaria afectaría a la virtualidad de la referencia que hace el número 3º del artículo 1700 al artículo 1699, *in fine*, C. c., dejándola vacía de contenido en su relación con una prohibición testamentaria de dividir la herencia.

F) La voluntad unilateral de cualquier comunero

Conforme al artículo 1700, 4º C. c., “*La sociedad se extingue: 4º Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707*”. La denuncia del contrato realizada por un socio no conduce a que éste sea sustituido por un tercero en su posición jurídica dentro la relación societaria, o a su salida de la sociedad, manteniéndose ésta en funcionamiento con los socios restantes. Se trata de

⁷⁰⁶ El embargo y remate de una participación social por los acreedores particulares de los socios pone de manifiesto las dificultades que su ejecución conlleva. Su realización no puede llevarse a cabo por el procedimiento normal de enajenación forzosa porque su adquirente no podría ingresar en la sociedad (art. 1696). Por ello, el artículo 1700, número 3º, ha previsto este supuesto como causa de disolución de la sociedad. Se legitima a los acreedores particulares del socio para provocar la disolución de la sociedad en el caso de que se pretenda realizar el valor de la correspondiente participación social. Para evitar la disolución, la doctrina (CAPILLA RONCERO, F., *ob. últim. cit.*, p. 268; PAZ-ARES, C., *ob. cit.*, p. 1488; y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II-2, Dykinson, Madrid, 2005, p. 283) ha señalado que cualquier socio podría pagar la deuda pendiente, y adeudarlo después en la cuenta particular del socio-deudor. En tal caso, habría que someterse a las consecuencias jurídicas del pago por tercero previstas en el artículo 1158 C. c. También se podría excluir al socio mediante una disolución parcial, si esto ha sido contemplado en el contrato a través de una cláusula de continuación como la que establece el artículo 1704 C. c.

que su mera voluntad pueda poner fin a la continuidad de la sociedad, lo que lógicamente abriría el correspondiente proceso liquidatorio⁷⁰⁷.

Este precepto dispone dos tipos de denuncia: una ordinaria o libre, cuando la sociedad no está sujeta a tiempo determinado (es la del artículo 1705 C. c.); y otra extraordinaria, que exige un justo motivo, por ser aplicable a una sociedad sometida a una concreta duración (la del artículo 1707 C. c.)⁷⁰⁸. No existen diferencias entre ellas desde el punto de vista estructural pues su configuración es simétrica, pero sí se manifiesta un claro distanciamiento desde una perspectiva funcional, ya que el cometido de cada una de ellas es diverso⁷⁰⁹.

El párrafo 1º del artículo 1705 C. c. establece 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*”. Se infiere de este precepto un derecho de desistimiento unilateral *ad nutum* (sin necesidad de alegar motivo alguno) que se justifica en que la sociedad tiene una duración indefinida⁷¹⁰. Se reconoce una excepción a lo dispuesto por el artículo 1256

⁷⁰⁷ CAPILLA (*Comentarios ...*, cit., pp. 178-179 y 670-671) ha sostenido que la relación social sólo continuaría (si ésta tiene una duración indeterminada) cuando existiera el consenso de los demás socios. Pero para que esto sucediera se necesitaría un pacto previo entre los socios, mediante el cual se previese que la disolución de la sociedad no va a ser total, sino parcial, en el caso de que uno de ellos ejercitara su derecho de denuncia. El interés tomado en consideración por el principio *intuitus personae* sería el de los socios, quienes podrían disponer de él como quisieran.

⁷⁰⁸ STS 4 de junio de 2001 (f. j. 3º).

⁷⁰⁹ Vid. PAZ-ARES, C., ob. cit., p. 1512.

⁷¹⁰ La razón en la que se funda principalmente la figura del desistimiento unilateral como fuente de ineficacia de los contratos de sociedad civil viene expresada de modo muy claro por la STS de 7 de marzo de 1964 (cdo. 2º): “que la facultad de un socio de separarse unilateralmente de una entidad de la que forma parte (voluntate distrahitur societates renuntiationes), fundada en la necesidad de evitar que entre sus componentes no reine la armonía necesaria para la buena marcha de los intereses comunes, fue conocida ya en el Derecho romano (...) y en nuestra legislación histórica (...) y pasó a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 1705 del Código civil y 224 del de Comercio”. La STS de 17 de febrero de 1993 (f. j. 1º) ha abundado en ello y ha manifestado que “la denuncia ordinaria

C. c., según el cual *“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

En cuanto a la denuncia extraordinaria, el artículo 1707 C. c. señala lo siguiente: *“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”*. La norma permite la disolución de la sociedad antes del agotamiento del plazo para el cual se constituyó si existe una *iusta causa* en que basar esta decisión.

Ante el panorama expuesto nos preguntamos: ¿La voluntad unilateral de un coheredero podría determinar la ineficacia de una disposición testamentaria que prohíbe dividir la herencia?

Para dar respuesta a la pregunta formulada se han realizado los siguientes planteamientos doctrinales:

- a) Se ha defendido que no procede la aplicación del artículo 1700, 4º C. c. como causa de extinción de la disposición testamentaria que impide la partición de la herencia⁷¹¹. De no ser así quedaría sin sentido lo establecido por voluntad del testador. Ésta se convertiría en una mera recomendación para los coherederos.

constituye un derecho potestativo del socio, que tiene su fundamento en la inadmisibilidad de las vinculaciones perpetuas, incompatibles con la libertad personal (...). También, STS de 10 de noviembre de 1995 (f. j. 6º).

⁷¹¹ Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código ...*, t. XVIII, cit., p. 333.

Que el legislador no haya expresado la exclusión del citado precepto en el párrafo 2º del artículo 1051 C. c. se debería a un simple lapsus.

- b) Otra corriente doctrinal ha considerado oportuna la presencia de un desistimiento unilateral en favor del coheredero sólo cuando el testador no ha fijado plazo de duración para la prohibición de dividir la herencia⁷¹². Ello implicaría atender a los requisitos preceptuados por el artículo 1705 C. c., a fin de que la declaración de voluntad del comunero denunciante no fuera contraria a la buena fe, se realizara en tiempo oportuno y se pusiera en conocimiento del resto de los coherederos.
- c) La última postura sostenida por algunos autores vendría a completar la tesis anteriormente manifestada: según lo previsto por el artículo 1707 C. c., el coheredero podría solicitar la partición hereditaria también cuando la disposición testamentaria estableciera que el caudal relicto debe permanecer indiviso durante un período de tiempo determinado⁷¹³. En tal caso, el juez sería el encargado de valorar si existen circunstancias sobrevenidas lo suficientemente relevantes como para permitir su división antes del momento fijado por el testador.

Me muestro claramente partidaria de la solución presentada en el apartado c). No obstante, quisiéramos matizar esta afirmación.

⁷¹² Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F. ob. cit., p. 1985; MUÑOZ DE DIOS, M., ob. cit., p. 631; FERRANDIS VILELLA, J., ob. cit., p. 163; ALBALADEJO, M., *Derecho ...*, V, cit., p. 302; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema ...*, IV, cit., p. 520.

⁷¹³ Vid. CASTÁN, J., *Derecho ...*, t. 6, cit., p. 333; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho ...*, I, cit., p. 211; y DE LA CÁMARA, M., *Comentarios ...*, cit., p. 2469.

No parece oportuna una interpretación del artículo 1705 C. c., conforme a la cual se dejara la continuidad de la indivisión de la herencia (en el caso de no estar sujeta a término) al arbitrio de lo que un coheredero decida. Razón: la falta de un término *certus an et certus quando* o *certus an et incertus quando* (por ejemplo, la muerte) en una prohibición testamentaria de dividir da paso a otro criterio temporal más general: el de la persistencia del objetivo (causa) perseguido por el testador al imponer esa carga. Consiguientemente, para proceder a la partición hereditaria se debería valorar si su interés justificador continúa desplegando efectos o no. Mientras subsista, la herencia permanecerá indivisa. Lo contrario implicaría hacer depender la eficacia de la disposición testamentaria de lo que quisiera/n el/los heredero/s, aspecto que, en la práctica, la convertiría en una mera sugerencia o ruego.

Por este motivo, la lectura de los requisitos dispuestos por el párrafo 2º del citado artículo 1705 C. c. debería llevarse a cabo a la luz de lo expuesto. Dice así: *“Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios”*⁷¹⁴. En este sentido, la carga hereditaria devendría ineficaz si el heredero que pretende la partición del caudal relicto actúa de buena fe y de manera tempestiva (es decir, si resulta oportuna la solicitud de la división hereditaria)⁷¹⁵; y si además comunica su decisión al resto de los partícipes para constatar el cumplimiento de esos requisitos; esto es, con el único

⁷¹⁴ El artículo 1706 C. c. viene a completarlo: *“Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común”*. La STS de 31 de mayo de 1993 (f. j. 5º) ha manifestado que “si bien el expresado requisito de la buena fe lo define el artículo 1706 (...) en su aspecto negativo (...), dicha definición no puede entenderse con carácter exhaustivo, sino meramente enunciativo o especificativo, que permite contemplar en cada caso concreto, otros supuestos denotadores de mala fe, análogos al definido enunciativamente en el citado precepto”. Igualmente, las SSTs de 7 de diciembre de 1988 (f. j. 4º), de 27 de enero de 1997 (f. j. 4º), y de 4 de junio de 2001 (f. j. 3º).

⁷¹⁵ No se necesitaría, pues, el concurso de todos ellos, porque, ya fuera una decisión unilateral o conjunta, la voluntad del testador ocuparía siempre un lugar privilegiado, motivo por el cual no se podrían adoptar decisiones en contra de ella.

fin de valorar si aceptan o no la petición del comunero de dividir la herencia, pero nunca para revestirla (esta decisión) de eficacia⁷¹⁶.

Bajo tales consideraciones, una pretensión divisoria podría ser contraria a la buena fe (por resultar intempestiva)⁷¹⁷ cuando la causa justa que “avala” la indivisión del caudal relicto persistiera en el momento de solicitar la partición hereditaria. No obstante, no habría que esperar necesariamente a que aquélla se cumpliera o deviniera imposible para pedir dicha partición. Resulta admisible hallar un motivo que convirtiera esa causa justa en insuficiente para continuar fundamentando este

⁷¹⁶ Para MUÑOZ DE DIOS (ob. cit., p. 631) la presencia de estos elementos es una prueba de que la duración de la indivisión de la herencia no se deja al capricho de los coherederos en el caso de que ésta no estuviera sometida a un plazo concreto de duración.

⁷¹⁷ QUESADA GONZÁLEZ (*La disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 51) se ha pronunciado en favor de la tesis que considera que la denuncia intempestiva va unida a la mala fe. Por tanto, la renuncia de buena fe no puede ser hecha en tiempo inoportuno.

Por su parte, MUÑOZ DE DIOS (ob. cit., p. 646) ha sostenido que la buena fe debería ser interpretada como una valoración de que no existe un *animus alteri nocendi*, y sí un *animus sibi lucrando*. Que la voluntad divisoria del coheredero no se basó en obtener un beneficio propio en contra de los intereses de la comunidad hereditaria. Si así fuera, como el artículo 1706 C. c. ha previsto que “... el renunciante no se libra para con sus socios, y éstos tienen facultad para excluirle de la sociedad”, el autor ha considerado que el peticionario de la división de la herencia no podría salirse de la comunidad, ni desligarse de sus responsabilidades hasta la extinción normal de la indivisión, o que el resto de los coherederos podrían practicar una rescisión parcial de la comunidad, excluyendo de ella al coheredero disidente, mediante el abono de su cuota comunitaria en la forma que proceda. Sin embargo, disiento de estas conclusiones por estas razones: A) Si la prohibición testamentaria de dividir en nada afecta al negocio de cesión de la cuota hereditaria, ¿cómo vamos a exigir que un coheredero continúe vinculado por la relación comunitaria por haber actuado de modo contrario a la buena fe al solicitar la partición hereditaria? En tal caso, bastaría con dejar sin efectos su declaración de voluntad que tiene como interés primordial concretar su derecho hereditario. De este modo, quien ha actuado de mala fe “no se libra” del resto de los comuneros, en cuanto que tiene que continuar vinculado con ellos si quiere continuar disfrutando *in natura* de su cuota hereditaria en algún momento, puesto que la herencia va a permanecer indivisa. B) No me parece posible la división parcial del patrimonio relicto, pues la división tiene efectos universales.

gravamen, y poder así interrumpir sus efectos⁷¹⁸; es decir, mostrar que existen mejores razones para dividir que para continuar con la indivisión de la herencia.

Por otra parte, si la carga testamentaria está sometida a un término, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1707 C. c., el coheredero no podrá solicitar la partición hereditaria “*a no intervenire giusto motivo ... a juicio de los Tribunales*”.

La aplicación de este precepto sería reflejo de la circunstancia ya prevista en el artículo 984 del Código civil italiano de 1865, y reproducida por el último párrafo del artículo 713 del *Codice* de 1942, que señala lo siguiente: “*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*”⁷¹⁹. El juez (a instancia de parte) entraría a analizar si existen graves circunstancias que aconsejan la partición hereditaria antes del agotamiento del plazo de indivisión fijado por el testador.

Según la doctrina italiana, quienes reclaman la partición hereditaria deberán probar esos motivos (que deberán ser sobrevenidos), de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial (lo que daría cabida a razones extraeconómicas para proceder a la división hereditaria)⁷²⁰. Lo normal es que las exigencias sean de orden objetivo por

⁷¹⁸ Por ejemplo, razones económicas. La indivisión de la herencia es gravemente perjudicial para los coherederos.

⁷¹⁹ La traducción de este precepto podría ser la siguiente: “Sin embargo en ambos casos la autoridad judicial, en caso de que las graves circunstancias lo requirieran, puede, a instancia de uno o más coherederos, consentir que la división sea efectuada sin demora o después de un plazo menor del establecido por el testador”.

⁷²⁰ Vid. FORCHIELLI, P. ob. cit., p. 53-54; y AZZARITI, F. S, ob. cit. p. 562. No obstante, FORCHIELLI (*ibidem*) ha sostenido que, pese a que las circunstancias sobrevenidas son aquellas que no estaban presentes en el momento de la redacción del testamento, resulta admisible acudir a situaciones ya existentes, cuya prolongación excesiva en el tiempo van a permitir solicitar la división anticipada de la división hereditaria si representan un perjuicio grave.

recaer sobre los bienes, pero también podrían actuar razones subjetivas que afectaran a la persona de cualquiera de los partícipes (por ejemplo, la falta de salud de uno de los coherederos que perjudica la gestión de la comunidad)⁷²¹. No obstante, en cualquier caso, siempre habría que intentar respetar la voluntad del testador, y no dejarse arrastrar por el *favor divisionis*, lo que obligaría a analizar, con un criterio riguroso, no sólo la gravedad de las circunstancias, sino también la urgencia para proceder a la división hereditaria sin esperar al transcurso del tiempo de indivisión fijado por el testador⁷²².

Nuestro Derecho foral no parece haber sido ajeno a esta posibilidad. El 2º párrafo del artículo 45 C. S. Cat. declara que “*Aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez podrá autorizar la partición a instancia de cualquier coheredero, si concurre una causa justa sobrevenida*”⁷²³. Por tanto, el juez valorará si la presencia de unas circunstancias concretas (que siempre deberán tener carácter objetivo) puede dejar sin efectos la voluntad testamentaria de mantener indiviso el caudal relicto. No se establece un mandato imperativo, pero sí se delega en la figura del Juez la posibilidad de dictar una resolución que declare impertinente, en vista de alguna causa sobrevenida (apuntada por el coheredero solicitante), la continuidad de esa prohibición temporal⁷²⁴.

⁷²¹ Vid. CESARE, G., y GAETA, T., ob. cit., p. 15.

⁷²² Vid. AZZARITI, F. S., ob. cit., p. 562. Para FORCHIELLI (ob. cit., p. 54), el citado artículo 713 del *Codice civile* solo se refiere a “las graves circunstancias”. Cfr. artículo 717 del mismo cuerpo legal que se refiere a un “notable perjuicio”. Conforme a esta precepto, “*L'autorità giudiziaria, su istanza di uno dei coeredi, può sospendere, per un periodo di tempo non eccedente i cinque anni, la divisione dell'eredità o di alcuni beni, qualora l'immediata sua esecuzione possa recare notevole pregiudizio al patrimonio ereditario*”. Se traduce así: “El juez, a instancia de uno de los coherederos, puede suspender, por un período que no exceda de cinco años, la división de la herencia o de algunos bienes, cuando su inmediata ejecución pudiera producir un notable perjuicio para el patrimonio hereditario”.

⁷²³ En idénticos términos se ha pronunciado el artículo 50.3 L. S. Arag.: “*Aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida*”.

⁷²⁴ Vid. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., ob. cit, pp. 170-171. También señala el autor (*ibidem*) que aunque la norma se refiere a la autorización del Juez, es evidente que por el principio de economía

En el ámbito del Código civil cabría llegar a la misma conclusión a través de la aplicación de su artículo 1707. Los Tribunales serían los encargados de analizar si existe razón suficiente para permitir la partición del caudal relicto antes de la llegada del término fijado por el causante.

La valoración de este “*justo motivo*” podría girar en torno a la idea de que ya no existe el interés que cimentaba la indivisión de la herencia porque, por ejemplo, se ha cumplido el objetivo (causa) establecido por el causante. En este caso, no habría que esperar al agotamiento del plazo dispuesto por el testador para mantener dicha indivisión, pues los efectos de ese término estarán supeditados siempre a la presencia de la causa que justifica la carga testamentaria, criterio que predomina sobre el tiempo de duración determinado por el causante.

También sería razón bastante la alteración en las circunstancias sobre las que se fundamentan el gravamen testamentario. Son causas sobrevenidas (como manifestación de la cláusula *rebus sic stantibus*) que hacen que lo impuesto por el testador carezca de sentido.

Por consiguiente, si la duración de una prohibición testamentaria de dividir la herencia dependiera de un término habría que esperar a su agotamiento. Pero si la causa, interés o razón que explica la existencia de esa afección decayera por cumplimiento, por devenir imposible o resultar insuficiente, lo dispuesto por el causante dejaría de desplegar sus efectos, en cuyo caso cualquier comunero podría solicitar la partición hereditaria.

procesal la resolución judicial debería considerarse resolutoria por sí misma, es decir, realizadora de la partición y no simplemente declarativa de que sea pertinente su pretensión en un nuevo procedimiento.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La comunidad surge cuando un mismo derecho subjetivo se atribuye a una pluralidad de titulares (cotitularidad). Desde un punto de vista histórico, se han distinguido dos tipos de comunidad: la germánica o *condominium iuris germanici* y la romana o *condominium iuris romani*. En cuanto a la primera, cabría señalar que lo relevante es el grupo social. Por esto, prevalece el interés de la colectividad sobre el individual de cada uno de sus miembros, razón por la cual no existen cuotas negociables o disponibles, ni tampoco una *actio communi dividundo* que permita al comunero poner fin a la comunidad. Por el contrario, la comunidad romana se caracteriza por ser una institución en la que priman los intereses patrimoniales de sus miembros. Razones: a) la presencia de la cuota como representación aritmética de la participación del comunero en el derecho común (que se integra en su patrimonio), de la que puede disponer en favor de un extraño sin necesidad de requerir el consentimiento de los demás copartícipes; y b) la posibilidad de abandonar la comunidad mediante el libre ejercicio de la *actio communi dividundo*, que tendrá como consecuencia inmediata la extinción de aquélla.

SEGUNDA.- Nuestro legislador se ha inspirado en los principios individualistas que informaron la comunidad romana, al regular la comunidad de bienes en el Código civil. Su artículo 392 comienza así: “*Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*”. Una interpretación correctora de los términos “*propiedad de una cosa o derecho*” permitiría hablar, con un mayor acierto, de “titularidad”. Como consecuencia de ello, esta comunidad de bienes sería un género (y no una especie) que acogería la titularidad colectiva de derechos reales, la de aquellos derechos de crédito no susceptibles de ser fragmentados (créditos mancomunados indivisibles) y la de las masas patrimoniales.

Estaríamos ante una comunidad cuya naturaleza jurídica podría ser explicada, con ciertos matices, mediante la denominada teoría de la propiedad plúrima total. La

cuota ideal de un comunero no sería la mera participación en un trozo del derecho o de la cosa compartida, sino la expresión de un derecho, cualitativamente idéntico al de los demás, con un contenido cercano (que no idéntico) al que se atribuye a un titular único, pues la actuación particular de un comunero siempre estaría condicionada por la presencia de los otros cotitulares.

TERCERA.- En la comunidad hereditaria se reconocen rasgos propios de la comunidad romana, aunque con la especialidad que el origen y la razón de ser del complejo de bienes hereditarios tiene en nuestro Código civil. Se justifica esta idea en los siguientes motivos: en la comunidad hereditaria existen unas cuotas que se configuran como elementos patrimoniales y negociables. La individualidad de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto es irrelevante dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ella/os pertenece plenamente (en bloque o sin configuración de cuotas) al conjunto de herederos, hasta que por la partición se transformen las cuotas abstractas de éstos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados. Asimismo, se sostiene la naturaleza romana de la comunidad hereditaria en la atribución de la *actio familiae erciscundae* al coheredero para poner fin a la comunidad hereditaria, y, en definitiva, en la aplicación del régimen de comunidad de bienes previsto en los artículos 392 y siguientes del Código civil.

CUARTA.- Respecto a la composición subjetiva de la comunidad hereditaria, los herederos son miembros indiscutibles, en tanto que son quienes ocupan la posición del causante en el conjunto o en parte de la herencia. La cualidad de heredero concurrirá en la persona instituida a título universal.

El heredero *ex re certa* no participará de la comunidad hereditaria. En cambio, sí lo hará el legatario de parte alícuota. Se trata de un legatario de remanente o de saldo de bienes, porque el causante ha querido instituirle en parte alícuota del activo que queda, una vez deducidas las cargas y gravámenes de la herencia. El mero hecho

de no haber sido llamado a un bien concreto de la herencia es razón suficiente para admitirlo como parte de una comunidad hereditaria.

QUINTA.- Las prohibiciones de disponer actúan como una restricción al ejercicio del poder o facultad dispositiva que integra todo derecho subjetivo de carácter disponible. No eliminan el *ius disponendi*. Sólo suspenden su ejercicio temporalmente, a fin de condicionar el alcance de la eficacia del acto dispositivo que se trata de limitar. Por este motivo, cabría definir las prohibiciones como una carga o gravamen que actúa como límite extrínseco (y no intrínseco) de un derecho, pues su origen vendrá dado por la ley, por un acto judicial o administrativo, o por la voluntad de los sujetos, como se desprende de los artículos 26 y 27 L. H.

SEXTA.- Las prohibiciones voluntarias de disponer se han clasificado en atención a si su soporte causal viene proporcionado por un acto de carácter gratuito (regla 3ª del art. 26 L. H.), o por otro de naturaleza onerosa (arg. *ex art.* 27 L. H.). La repulsa a que las prohibiciones voluntarias con origen en actos onerosos sean inscritas en el Registro de la Propiedad responde simplemente a la pretensión de privarlas de toda transcendencia real. Este rechazo resulta criticable en tanto que no parece obedecer a fundamentos técnico-jurídicos, sino más bien a una decisión de política legislativa, basada en razones históricas que parten de la idea de que la eficacia real está vinculada a prohibiciones de disponer derivadas de actos gratuitos en general, y en particular de los actos *mortis causa*. Por ello nos parece más adecuada la postura mantenida por la ley 482 Comp. Nav., según la cual “*La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso tiene eficacia obligacional por el plazo máximo de diez años ... Esta prohibición es inscribible, siempre que para ello exista convenio expreso, y una vez inscrita en el Registro tendrá eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años*”. Conforme a este precepto, la eficacia de las prohibiciones voluntarias de disponer será real o no, en función de que estén o no inscritas en el Registro de la Propiedad.

SÉPTIMA.- Entre las prohibiciones voluntarias de disponer se encuentran las derivadas de un testamento, que sí tienen acceso al Registro de la Propiedad, aunque con unos efectos meramente declarativos. Lo que el causante pretende con una

prohibición de esta naturaleza es que los actos de carácter dispositivo (por ejemplo, la enajenación, la constitución de cargas o la división) queden vedados (temporalmente) para quien está sujeto a dicha carga. Por consiguiente, las sustituciones fideicomisarias no deben considerarse como prohibiciones testamentarias de disponer, porque se trata de una figura que no lleva aparejada una restricción del *ius disponendi*. El heredero fiduciario puede disponer del bien fideicomitado, siempre que lo haga con la carga impuesta por el causante. Lo que la sustitución fideicomisaria impide es una disposición libre de esta afección.

OCTAVA.- La validez de las cláusulas testamentarias de indisponibilidad va a depender de que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que tengan un carácter expreso. No se puede presumir su existencia.
- b) Han de fundamentarse en una causa justa, para evitar su uso indiscriminado y caprichoso por parte del testador. Se trata de una restricción que tiene carácter excepcional.
- c) Su eficacia temporal atenderá al plazo establecido por el causante, o simplemente a la persistencia de la causa que la motivó. Pero, en cualquier caso aquella no podrá violar los límites establecidos en los artículos 781 y 785 C. c. Con ello, se trata de evitar que sus efectos se prolonguen a perpetuidad.
- d) No podrán quebrantar principios sucesorios inderogables.

NOVENA.- La indivisión de la herencia ordenada por el testador, conforme a lo dispuesto por el artículo 1051 C. c., se constituye en una de las manifestaciones de las prohibiciones de disponer previstas en el artículo 26 L. H. Motivo: esa restricción actúa como un límite al derecho a dividir (entendido como una *res merae facultatis*), cuya finalidad es disolver la comunidad hereditaria. Repercute sobre un acto (la partición hereditaria) que tiene naturaleza dispositiva, en tanto que sirve para determinar o especificar un derecho que *in abstracto* se atribuye a un heredero, y como tal modifica su esencia.

DÉCIMA.- La prohibición testamentaria de dividir la herencia evita que la comunidad hereditaria quede disuelta mediante la partición de su activo hereditario. Es una carga que no afecta al pasivo; que, por tanto, no repercute sobre los acreedores del causante. Por otra parte, la cláusula prohibitiva establecida por el testador no busca preservar indiviso algún bien del caudal relicto, porque no parece admisible una indivisión parcial de la herencia. Entendemos que el ejercicio del derecho a dividir provoca un juicio universal que desemboca en la extinción de la comunidad. Consiguientemente, para conseguir ese fin, el causante tendrá que imponer unas reglas particionales que los herederos deberán asumir.

Ahora bien, que la intención del testador sea impedir la disolución de la comunidad hereditaria mediante la partición, no impide que su desaparición pueda venir dada por otras razones (por ejemplo, la reunión de todas las participaciones en una sola mano, o su transformación en una sociedad).

UNDÉCIMA.- La indivisión de la herencia ordenada por el causante vinculará a los herederos y/o legatarios parciarios, quienes no podrán dejarla sin efectos de común acuerdo, salvo que el testador haya previsto lo contrario. Cuando aceptan la herencia y/o el legado de parte alícuota, asumen la existencia de esta carga testamentaria; y ello porque el mandato del causante tiene carácter forzoso para todos ellos. Sin embargo, tal gravamen no afecta a los legitimarios, quienes podrán iniciar las actuaciones oportunas, a fin de obtener su parte correspondiente de legítima en el activo neto. En tal sentido, queda claro que prevalecerá su condición de heredero forzoso sobre la voluntad del causante. Tan sólo cabría tomar en consideración la imposición de ese gravamen sobre la legítima mediante la inclusión de la llamada cautela sociniana.

DUODÉCIMA.- A la luz de lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 1051 C. c., la voluntad del testador de prohibir la partición de la herencia deberá establecerse “*expresamente*”. Esto significa que la restricción no puede presumirse. Al contrario,

la prohibición testamentaria ha de ser cierta y segura, porque afecta a la libertad que todo coheredero tiene para solicitar la división del caudal relicto. Pero ello no implica que la disposición testamentaria deba declarar de modo categórico la existencia de dicho gravamen. Basta con que resulte evidente esa voluntad prohibitiva de la exégesis de la disposición testamentaria.

DECIMOTERCERA.- Respecto a los requisitos de validez exigidos a toda prohibición testamentaria de dividir, hay que resaltar el de la concurrencia de una causa justa. Esta causalización evita que la indivisión de la herencia obedezca a un interés arbitrario del causante. En consecuencia, mientras esa carga se fundamente en un interés lícito, podrá continuar desplegando sus efectos. Pero, cuando aquél falte, la carga devendrá ineficaz. Todo ello nos ha llevado a considerar lo siguiente: la presencia de una causa justa actúa como instrumento general para delimitar la eficacia temporal de una prohibición de dividir la herencia. Por tanto, cualquier plazo establecido por el testador estará siempre supeditado a la persistencia de esa causa. Los herederos no tendrán que esperar al agotamiento del tiempo fijado por el causante para solicitar la partición hereditaria cuando no exista razón alguna que justifique esa indivisión. Esto conlleva que los herederos puedan postular la ineficacia de este gravamen testamentario, si tal interés se cumple o deviene imposible.

DECIMOCUARTA.- La indivisión de la herencia se configura como una disposición modal que genera efectos reales. No exige a los herederos una mera conducta negativa, cuyo incumplimiento se resolvería en una indemnización de daños y perjuicios. Se trata, más bien, de suspender (temporalmente) la facultad divisoria que integra la sustantividad de la cuota que todo partícipe tiene en una comunidad. Consiguientemente, todo acto particional será ineficaz por contravenir la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión. Lo contrario supondría permitir una revocación del testamento (de hecho), cosa que sólo puede llevarse a cabo conforme a lo previsto por el artículo 738 C. c. El ingreso de la disposición testamentaria (que contiene esa carga) en el Registro de la Propiedad, según lo establecido por la regla 3ª del artículo 26 L .H., sólo servirá para dotarla de publicidad, ya que su inscripción tendrá carácter

declarativo. La falta de inscripción impedirá la aplicación de los principios registrales, pero no que despliegue sus efectos *erga omnes*.

DECIMOQUINTA.- Al funcionamiento de la herencia indivisa (por disposición testamentaria) se le aplicarán las reglas establecidas por el causante, y, a falta de éstas, se tendrá en cuenta lo prescrito por el Código civil en materia de comunidad de bienes. En consecuencia, dado que la pretensión del testador no es preservar la continuidad de la comunidad hereditaria con los miembros que inicialmente la formaban, cualquier copartícipe podrá abandonarla mediante la cesión de su cuota. Con esta cesión, el comunero-cedente transmitirá sólo el contenido económico de la cuota, pero no la cualidad de heredero que continuará residiendo en su persona (*semel heres, semper heres*). El cesionario, que se subrogará en la posición del transmitente, recibirá el mismo derecho que venía siendo ostentado por éste, motivo por el cual tampoco podrá solicitar la partición hereditaria, pues quedará sometido a esa misma carga testamentaria.

DECIMOSEXTA.- Hemos examinado la repercusión de la prohibición testamentaria de dividir sobre la venta de la herencia, a la que consideramos como un negocio jurídico mediante el cual el cesionario recibe una serie de bienes a título singular, todos los cuales presentan la particularidad de pertenecer a un mismo caudal relicto. Esta situación no se ve afectada por el citado gravamen, porque la enajenación no tiene naturaleza particional. Desde esta perspectiva, esta afección no repercutirá sobre el/los adquirente/s de la herencia, ni tampoco continuará desplegando sus efectos sobre sus transmitentes. Esto último pese a que la comunidad no se extingue por la venta de la herencia, pues sólo se modifica su objeto. Razón: el espíritu que informa el artículo 1051 C. c. no es otro que facultar al testador para imponer la indivisión del patrimonio neto transmitido a sus herederos. Por ello, cuando aquélla se enajena, la aplicación de esa restricción testamentaria carece de razón de ser (causa). Por tanto, deviene ineficaz salvo que, claro está, el testador hubiera establecido lo contrario.

DECIMOSÉPTIMA.- Sobre los acreedores particulares de los herederos, hemos subrayado que, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1083 C. c., sólo se les permite vigilar que el acuerdo divisorio de los herederos no les resulte perjudicial. No están, por tanto, legitimados para ejercitar la *actio familiae erciscundae*. En consecuencia, carece de interés plantear si una prohibición testamentaria de dividir la herencia resulta oponible a quien de por sí no disfruta de la facultad que se pretende restringir. Esta situación cobra sentido únicamente en el caso de que tales acreedores pudieran ejercitar esta facultad, en virtud de lo dispuesto por la primera parte del artículo 1111 C. c. Siendo esto así, les resultaría oponible esa prohibición testamentaria por cuanto no están actuando por derecho propio, sino por subrogación en la posición de quien es titular de una cuota hereditaria gravada.

DECIMOCTAVA.- La remisión que hace el párrafo 2º del artículo 1051 C. c. a “*las causas por las cuales se extingue la sociedad*” como motivos determinantes de la ineficacia de la prohibición testamentaria de dividir la herencia, permite la aplicación directa, y no por analogía, del artículo 1700 de este mismo cuerpo legal. El motivo por el cual el legislador se remite a las causas de disolución de la sociedad parece residir en que la comunidad hereditaria, que debe permanecer indivisa por imposición del causante, nace con vocación “duradera”, en la medida en que se prolongan los efectos de esa comunidad en el tiempo, y pierde, por tanto, su carácter transitorio. Ello nos muestra un espacio común con la sociedad, que se caracteriza, precisamente, por ser una institución que nace con el propósito de que unas personas puedan desarrollar una actividad “duradera” en beneficio común.

No obstante, no todas las causas de disolución de la sociedad civil establecidas en el artículo 1700 C. c. son susceptibles de ser aplicadas como motivos para dejar sin efecto esa restricción testamentaria que impide solicitar la partición hereditaria. Por ello, resulta necesario realizar una interpretación teleológica, a fin de discernir qué causas son idóneas, y cuáles hay que descartar.

DECIMONOVENA.- Las causas de disolución de la sociedad previstas en el motivo 3º del artículo 1700 C. c. (“... *muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios y ... el caso previsto en el artículo 1699*”) no son susceptibles de ser aplicadas para dejar sin efecto la disposición testamentaria que impone la indivisión de la herencia. La muerte, la insolvencia, la incapacitación o la declaración de prodigalidad de una persona son criterios a valorar en relaciones jurídicas donde es determinante su carácter *intuitus personae*, en cambio, en una comunidad hereditaria no concurre este elemento, porque las condiciones personales de sus miembros, en principio, no cobran especial interés. Como consecuencia de ello: ninguno de estos motivos desencadenará (por sí solo) la ineficacia de la carga testamentaria. Siendo esto así, la cesión *mortis causa* de la cuota hereditaria comprenderá también la de este gravamen. Sólo si la prohibición testamentaria se hubiera impuesto en favor del heredero que muere o en atención a lo que dure su vida, su óbito conllevaría la ineficacia de esa carga. Pero, en ambos casos, sería más correcto hablar quizás de una “extinción” por falta de causa o por agotamiento del término fijado por el causante.

Por otra parte, la libre disponibilidad de la cuota hereditaria también afecta a la virtualidad de la aplicación del artículo 1699 C. c. (“*Los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social*”) como causa de extinción de una prohibición testamentaria de dividir. Motivo: el citado artículo 1699 queda justificado como causa de disolución de una relación societaria, porque se impide la libre enajenación de la participación social (art. 1696 C. c.), razón por la cual el embargo y remate de esta participación conduce a la liquidación del patrimonio social para aislar lo que corresponde al socio-deudor, y satisfacer los intereses de los acreedores. Pero el embargo y remate de la cuota hereditaria por los acreedores particulares de los herederos no provoca la disolución de la comunidad hereditaria. Lo que sucede es que la afección testamentaria vincula al cesionario, quien no podrá ejercitar la *actio familiae erciscundae*.

VIGÉSIMA.- Todas las demás causas de disolución de la sociedad civil (previstas en el artículo 1700 C. c.) operan como detonante de la ineficacia del gravamen testamentario. Por consiguiente, la llegada del término dispuesto por el testador (art. 1700, núm. 1º, C. c.) permitirá, de modo automático, a cualquiera de los coherederos iniciar el proceso de partición hereditaria. Si la muerte de una o varias personas actúa como criterio temporal a valorar, la eficacia de la prohibición testamentaria de dividir estará condicionada, por analogía, a los límites que, para la sustitución fideicomisaria, establece el artículo 781 C. c., con el fin de evitar que sus efectos se prolonguen a perpetuidad.

La carga testamentaria que impide la división del caudal relicto también se extingue cuando desaparece el patrimonio hereditario (en su totalidad), o cuando se cumple el objetivo (causa) que indujo al causante a imponer la indivisión de la herencia (art. 1700, núm. 2º C. c.).

En cuanto al reconocimiento de la voluntad unilateral de un comunero, como posible fuente de la ineficacia de la indivisión ordenada por el testador, deberán concurrir ciertos presupuestos para que pueda tener lugar (art. 1700, núm. 4º C. c.). Si se deduce de la disposición testamentaria que la carga no está sujeta a un término cierto, habrá que esperar a que se cumpla con el interés previsto por el testador, a que éste devenga imposible, o a que surjan razones más poderosas, que conviertan a esa causa en insuficiente, para proceder a la partición hereditaria. Si esto no fuera así, la carga testamentaria se convertiría en una mera recomendación. Pero si la duración de este gravamen está sujeta a un plazo cierto, habrá que esperar a que éste se agote, salvo que concurra un "*justo motivo*" (tal como se infiere del artículo 1707 C. c.). En este sentido, puede considerarse la ausencia o insuficiencia de causa justa para continuar fundamentando la citada carga testamentaria.

**SENTENCIAS Y RESOLUCIONES
CONSULTADAS**

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CONSULTADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1911 (Jurisprudencia Civil, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 122 (3º de 1911), julio-diciembre, Madrid, 1913).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1930 (RJ 1930/1845).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940 (RJ 1940/689).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1940 (RJ 1940/886).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1941 (RJ 1941/889).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1942 (RJ 1942/168).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1943 (RJ 1943/21).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1943 (RJ 1943/838)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1943 (RJ 1943/1034).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1944 (RJ 1944/233).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1944 (RJ 1944/1359).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1945 (RJ 1945/700).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1947 (RJ 1947/903).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1950 (RJ 1950/21).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1951 (RJ 1951/1020).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1953 (RJ 1953/1958).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1954 (RJ 1954/2636).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1954 (RJ 1954/2887).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1956 (RJ 1956/2990).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1956 (RJ 1956/1102).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1957 (RJ 1957/3424).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1958 (RJ 1958/1719).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1958 (RJ 1958/2482).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1958 (RJ 1958/2716).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1958 (RJ 1958/3828).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1959 (RJ 1959/2513).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1959 (RJ 1959/4481).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1960 (RJ 1960/1744).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1961 (RJ 1961/3285).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1961 (RJ 1961/4125).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1962 (RJ 1962/3608).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1963 (RJ 1963/447).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1963 (RJ 1963/518).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1963 (RJ 1963/2521).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1963 (RJ 1963/3992).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1963 (RJ 1963/3994).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1963 (RJ 1963/4142).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1963 (RJ 1964/69).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1964 (RJ 1964/1361).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1964 (RJ 1964/1441).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1964 (RJ 1964/2186).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1964 (RJ 1964/4480).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1964 (RJ 1964/5822).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1965 (RJ 1965/1965).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1965 (RJ 1965/3433).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1965 (RJ 1965/3939).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1965 (RJ 1965/5812).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1966 (RJ 1966/800).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1966 (RJ 1966/802).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1967 (RJ 1967/3967).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1967 (RJ 1967/4997).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1968 (RJ 1968/1742).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1970 (RJ 1970/790).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1970 (RJ 1970/4474).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1971 (RJ 1971/3158).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1972 (RJ 1972/2562).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1972 (RJ 1972/3333).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1972 (RJ 1972/4663).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1973 (RJ 1973/405).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1976 (RJ 1976/2697).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1977 (RJ 1977/368).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1978 (RJ 1978/4484).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1981 (RJ 1981/563).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1981 (RJ 1981/2519).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1981 (RJ 1981/4471)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5352).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982 (RJ 1982/374).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1982 (RJ 1982/2585).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1982 (RJ 1982/4216).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1982 (RJ 1982/4931).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1983 (RJ 1983/956).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1983 (RJ 1983/3446).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6933).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1984 (RJ 1984/576).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984/695).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1985 (RJ 1985/206).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1985 (RJ 1985/1110).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6627).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1986 (RJ 1986/1857).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1986 (RJ 1986/2065).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1986 (RJ 1986/2068).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986 (RJ 1986/2832).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986 (RJ 1986/3788).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4793).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1986 (RJ 1986/5505).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6622).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1987 (RJ 1987/727).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1987 (RJ 1987/4040).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9656).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1988 (RJ 1988/146).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1988 (RJ 1988/10354).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988 (RJ 1988/2221).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1988 (RJ 1988/2475).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1988 (RJ 1988/3266).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1988 (RJ 1988/5682).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1988 (RJ 1988/5992).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6852).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9302).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1989 (RJ 1989/1405).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 (RJ 1989/2023).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1989 (RJ 1989/3057).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989/3673).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4295).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1989 (RJ 1989/5727).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8841).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8851).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril de 1990 (RJ 1990/2713).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1990 (RJ 1990/2721).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990/3827).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1990 (RJ 1990/4754).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990 (RJ 1990/4894).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1990 (RJ 1990/7475).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8041).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1991 (RJ 1991/1612).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1991 (RJ 1991/1718).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1991 (RJ 1991/3952).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1991 (RJ 1991/6893).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9713).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992 (RJ 1992/2398).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1992 (RJ 1992/3023).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4907).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1992 (RJ 1992/5131).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8085).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992 (RJ 1992/8090).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9221).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9453).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10406).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10689).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1993 (RJ 1993/361).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1993 (RJ 1993/1240).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993 (RJ 1993/2053).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993 (RJ1993/2029).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1993 (RJ 1993/4059).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (RJ 1993/5232).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1993 (RJ 1993/6318).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1993 (RJ 1993/7666).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1994 (RJ 1994/642).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1994 (RJ 1994/6984).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8482).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10386).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995/1648).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 (RJ 1995/1776).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995 (RJ 1995/1962).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1995 (RJ 1995/2929).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1995 (RJ 1995/5564).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1995 (RJ 1995/6758).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8116).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8122).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996 (RJ 1996/2175).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996/3878).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1996 (RJ 1996/3886).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1996 (RJ 1996/5584).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1996 (RJ 1996/7512).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996/7731).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1997 (RJ 1997/143).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/667).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1997 (RJ 1997/1191).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997 (RJ 1997/1651).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1997 (RJ 1997/1982).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1997 (RJ 1997/3542).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1997 (RJ 1997/3836).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1997 (RJ 1997/5171).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4612).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1997 (RJ 1997/7356).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7897).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8902).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1998 (RJ 1998/643).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1998 (RJ 1998/1285).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998/4029).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1998 (RJ 1998/4070).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998 (RJ 1998/4680).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998 (RJ 1998/5212).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1998 (RJ 1998/6388).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1998 (RJ 1998/6930).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6395).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8826).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1998 (RJ 1998/153).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1999 (RJ 1999/1404).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 (RJ 1999/3423).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1999 (RJ 1999/4251).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 mayo de 1999 (RJ 1999/4254).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1999 (RJ 1999/6133).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1999 (RJ 1999/6102).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/6360).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1999 8RJ 1999/7815).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8529).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9746).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9493).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2000 (RJ 2000/58).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2000 (RJ 2000/676).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2000 (RJ 2000/808).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/1490).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2000 (RJ 2000/5290).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000 (RJ 2000/5909).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2000 (RJ 2000/4714).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000 (RJ 2000/6750).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9204).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9309).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9336)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10405).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2001 (RJ 2001/1678).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001/3441).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 (RJ 2001/6663).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2001 (RJ 2001/1463).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9689).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9996).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001 (RJ 2002/387).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2002 (RJ 2002/1621).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2002 (RJ 2002/1911).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2002 (RJ 2002/6246).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2002 (RJ 2002/7478).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2002 (RJ 2002/9974).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2002 (RJ 2002/8968).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2002 (RJ 2002/9310).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/4).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2003 (RJ 2003/2582).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003 (RJ 2003/3040).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/5210).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2003 (RJ 2003/4628).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003 (RJ 2003/4631).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2004 (RJ 2004/1465).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3978).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005 (RJ 2005/6395).

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de febrero de 1996 (RJ 1997/7276).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de febrero de 1997 (JT 1997/364).

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª), de 27 de octubre de 1995 (AC 1995/1904).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6ª), de 14 de mayo de 1998.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), de 24 de abril de 2001 (JUR 2001/189120).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), de 28 de septiembre de 2001 (AC 2001/1984).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1930 (RJ 1930/1845).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de junio de 1943 (RJ 1943/701).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1943 (RJ 1943/832).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 1944 (RJ 1944/689).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de abril de 1949 (RJ 1949/546).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 1952 (RJ 1952/337).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de abril de 1952 (RJ 1952/1625).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1976 (RJ 1976/3785).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de septiembre de 1980 (RJ 1980/3239).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de abril de 1981 (RJ 1981/1791).

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983/1088).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 1986 (RJ 1986/3042).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de octubre de 1986 (RJ 1986/6068).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de abril de 1987 (RJ 1987/3219).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6579).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de enero de 1988 (RJ 1988/316).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1988 (RJ 1988/1216).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de febrero de 1989 (RJ 1989/1696).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9597).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8493).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2001 (RJ 2001/4786).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 2002 (RJ 2003/39904).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de junio de 2003 (RJ 2002/6332).

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁ RUBIO, J. M.:

-*La división de la cosa común en el Código civil*, Dykinson, Madrid, 2003.

AGUDO PÉREZ, J. L.:

-“*Los derechos de pastos aragoneses de origen foral*”, *Revista de Derecho Civil de Aragón*, 1999.

AGUILERA DE LA CIERVA, T.:

-*Actos de administración, de disposición y de conservación*, Montecorvo, Madrid, 1973.

ALBALADEJO, M.:

-“*La sucesión ‘iure transmissionis’*”, *ADC*, 1952.

-“*La adquisición de la herencia en el Derecho español*”, *ADC*, 1955.

-“*La causa*”, *RDP*, 1958.

-*El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.

-“*Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario*”, *RDP*, 1978.

-“*La enajenación de la herencia en el Derecho español*”, *RDP*, 1978.

-*Derecho Civil*, t. V, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1979.

-*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X-2º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1984.

-*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X-1º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1987.

-*Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

-“*La distinción entre comunidad y sociedad*”, *AC*, 1995-3.

-*Derecho Civil*, I, Edisofer, Madrid, 2006.

-*Derecho Civil*, II, Edisofer, Madrid, 2004.

-*Derecho Civil*, III, Edisofer, Madrid, 2004.

-*Curso de Derecho Civil*, t. V, Edisofer, Madrid, 2004.

ALONSO PÉREZ, M.:

-*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIII, vol. 2º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1998.

ALPAÑÉS, E.:

-*“Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer”*, RLJ, 1950.

ALTAMIRA CREVEA, R.:

-*Historia de la Propiedad Comunal*, con estudio preliminar de Alejandro Nieto, Instituto de Estudios de la Administración local, Madrid, 1981.

AMORÓS GUARDIOLA, M.:

-*“Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente”*, ADC, 1965.

ARIAS RAMOS, J.:

-*“Los orígenes de la sociedad: societates y consortium”*, RDP, 1942.

ATAZ LÓPEZ, J.:

-*Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Tecnos, Madrid, 1988.

AZZARITI, G.:

- *Le successioni e la donazioni*, Jovene editore, Napoli, 1990.

AZZARITI, F. S. y otros:

- *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1959.

BADENAS CARPIO, J. M.:

-*“Naturaleza jurídica de la sociedad rural menorquina”*, AC, abril, 2002.

BADENES GASSET, R.:

-*El Contrato de Compraventa*, t. II, Bosch, Barcelona, 1995.

BALLARÍN MARCIAL, A.:

-“*Titularidad solidaria*”, AAMN, t. XIII, 1962.

-“*La sucesión «mortis causa» en la explotación agraria*”, RDN, abril-junio, 2001.

BARASSI, L.:

-*Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, Milano, 1951.

BELLO JANEIRO, D.:

-“*La Ley 4/95, 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia*”, RDN, 1995.

BELTRÁN, E.:

-*La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1997.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J.:

-*La comunidad de bienes en el Derecho español*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

BENEYTO PÉREZ, J.:

-*Instituciones de Derecho Histórico Español*, Bosch, Barcelona, 1930.

BETTI, E.:

-*Teoría general del negocio jurídico*, Edersa, Madrid, s.f.

BIONDI, B.:

-*Los bienes*, traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada, con anotaciones sobre el Derecho español, por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Bosch, Barcelona, 2003.

BLANQUER UBEROS, R.:

-“*Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*”, RDN, 1981.

BONET CORREA, J.:

-“*La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio del Código civil*”, RGLJ, 1961 (II).

BORRELL Y SOLER, A. M.:

-*El Dominio según el Código Civil Español*, Bosch, Barcelona, 1948.

-*Derecho civil español. Sucesiones*, t. V, s. e., Barcelona, 1955.

BRANCA, G.:

-*Comunione. Condominio negli edifici*, en *Comentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Nicola Zanicheli Editore, Bologna, 1982.

BRIOSO ESCOBAR, E. L.:

-“*Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división*”, RDN, 1980.

BURDESE, A.:

-*La divisione ereditaria*, UTET, Torino, 1980.

CABALLERO LOZANO, J. M.:

-*Las Prohibiciones de Disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1993.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.:

-*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1992.

-*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 3, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1993.

CALATAYUD SIERRA, A.:

-*Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1994.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.:

-*Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

CAÑIZARES LASO, A. :

-“*Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias*”, ADC, 1991.

CAPILLA RONCERO, F.:

-*La sociedad civil*, s.e., Bolonia, 1984.

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXI, vol. 1, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1986

CAPOZZI, G.:

-*Successioni e donazioni*, t. 2, Giuffrè, Milano, 2002.

CARNELUTTI, F.:

-*Teoría general del Derecho*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

CASADO PALLARÉS, J. M.:

-“*La acción communi dividendo y la propiedad sobre pisos y habitaciones*”, RDP, 1930.

CASTÁN TOBEÑAS, J.:

-“*Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos*”, RGLJ, 1929.

-“*La dogmática de la herencia y su crisis actual*”, RGLJ, 1959.

-*Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 6, vol. 1º, 9ª edición, revisada y puesta al día por José María Castán Vázquez y José Batista Monter-Ríos, Reus, Madrid, 1989.

-*Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 2, vol. 1, 14ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1992.

CAZORLA GONZÁLEZ, M. J.:

-“La insolvencia del deudor en el concurso de la herencia en la Ley Concursal 2272003, de 9 de julio, y en la repudiación de la herencia en fraude de acreedores”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

CECCHINI ROSELL, X.:

-*Eficacia de las prohibiciones de disponer*, Aranzadi, Navarra, 2003.

CERES, L.:

-“*Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español*”, RDP, 1946.

CICU, A.:

-*Derecho de Sucesiones. Parte General*, traducción de González Porras, J. M., Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964.

-*La divisione ereditaria*, Giuffrè, Milano, 1948.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H.:

-*Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1-B, 2, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1993.

COLINA GAREA, R.:

-“*La venta de herencia en el Código civil español*”, Anuario da facultade de dereito da Universidade da Coruña, 2004.

CORRAL DUEÑAS, F.:

-“*La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura*”, RCDI, 1984.

-“*Comentarios a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias (Ley 19/95, 4 de julio)*”, RCDI, 2003, vol. I.

CRESPO ALLÚE, F.:

-*La división de la comunidad de bienes*, Lex Nova, Valladolid, 1993.

CUADRADO IGLESIAS, M.:

-*Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Servicio de publicaciones agrarias, Madrid, 1980.

-*Comentarios al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

CUENA CASAS, M.:

-*Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996.

CHAMORRO PIÑERO, S.:

-*Los derechos hereditarios*", RGLJ, 1941.

CHICO ORTIZ, J. M.:

-*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1994.

-*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 1994.

CHIOVENDA, G.:

-*Sulla natura dell'espropriazione forzata*", Rivista di Diritto Processuale Civile, 1926, reproducido en *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Giuffré, Milano, 1993.

DE CASTRO BRAVO, F.:

-*La indemnización por causa de muerte*", ADC, 1956.

-*Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972.

-*La Persona Jurídica*, Civitas, Madrid, 1984.

-*Derecho Civil de España*, t. I, Civitas, Madrid, 1984.

-*El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE CESARE, G. y GAETA, T.:

-*La divisione ereditaria*", en *Successioni e donazioni*, a cura di Resigno, P., vol. II, CEDAM, Padova, 1999.

DE COSSIO Y CORRAL, A.:

-*Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, t. 50-vol. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963.

-*Instituciones de Derecho Civil*, t. II, revisado y puesto al día por Manuel de Cossío Martínez y José León-Castro Alonso, Civitas, Madrid, 1988.

DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A.:

-“Intangibilidad de la legítima”, en *Estudios de Derecho Civil*, II, Aranzadi, Pamplona, 1992.

DE LA CÁMARA, F.:

-“*Inscripción del derecho hereditario*”, RCDI, 1926.

-“*El legado de cosa ganancial*”, ADC, abril-junio, 1952.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.:

-“Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil”, *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. 1, Reus, Madrid, 1964.

-“*Meditaciones sobre la causa*”, RCDI, 1978.

-*Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990.

-*Comentarios al Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A.:

-“*Apuntes de tema de enajenación de herencia*”, RDP, 1967.

DE LA RICA Y MARITARENA, R.:

-“*Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad*”, RDI, 1972.

DE LOS MOZOS, J. L.:

-“*El objeto del negocio jurídico*”, RDP, 1960.

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1984.

-*El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa, Madrid, 1993.

DE LOS MOZOS Y TOUYA, A. M.:

-*“La anotación preventiva del derecho hereditario”*, RCDI, 1982.

DE LOS MOZOS Y TOUYA, J. I. y DE LOS MOZOS Y TOUYA, A.:

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VII, vol. 5, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 2000.

DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M.:

-*Comunidad de bienes y empresa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

DÍAZ FUENTES, A.:

-*División de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2001.

DÍEZ PASTOR, J. L.:

-*“Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos”*, AAMN, VI, 1952.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.:

-*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1993.

-*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1993.

-*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Civitas, Madrid, 1995.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.:

-*Sistema de Derecho Civil*, II, Tecnos, Madrid, 2005.

-*Sistema de Derecho Civil*, III, Tecnos, Madrid, 2005.

-*Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 2006.

DOMENGE AMER, B.:

-*Las Prohibiciones Voluntarias de Disponer*, Civitas, Madrid, 1996.

DONDERIS-TATAY, L.:

-*La Copropiedad*, Reus, Madrid, 1933.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A.:

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, t. XXXVII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1998.

D'ORS, A., y BONET CORREA, J.:

-“*El problema de la división del usufructo*”, ADC, 1952.

EICHLER, H.:

-“*La idea de copropiedad*”, ADC, 1961.

EIZAGUIRRE, J. M.:

-*La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, 2000.

ENNECCERUS, L., KIPP, Th. Y WOLF, M.:

-*Tratado de Derecho Civil*, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguer, J., t. V-2º, Bosch, Barcelona, 1951.

-*Tratado de Derecho Civil*, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguer, J., t. II-2º, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1966.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.:

-*La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

ESPÍN CÁNOVAS, D.:

-*Manual de Derecho Civil español*, vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

ESTRUCH ESTRUCH, J.:

-*Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

FAVELE, R.:

-*La comunione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1997.

FEDELE, A.:

-*La comunione*, vol. 3º, en *Trattato di Diritto Civile*, diretto da G. Grosso y F. Santero-Passarelli, Ed. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1967.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.:

-“*Derecho real de uso y poder de disposición*”, RCDI, 1988.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.:

-*Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por E. Rubio Torrano, Aranzadi, Navarra, 2002.

FERNÁNDEZ-VILLAVICENCIO ARÉVALO, F.:

-“*La facultad de disposición*”, ADC, 1950.

FERRANDIS VILELLA, J.:

-*La comunidad hereditaria*, Bosch, Barcelona, 1954.

FERRARA, F.:

-*Teoría de las Personas Jurídicas*, traducido por E. Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929.

-“*Negozi sul patrimonio altrui*”, *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligación*, 1937, parte prima.

-*Atti di amministrazione. Scritti giuridici*, Milano, 1954.

FLÓREZ DE QUIÑONES, V.:

-“*Comunidad o servidumbre de pastos*”, RDP, 1933.

FORCHIELLI, P.:

- *Divisione*, Ed. Zanichelli, Bologna, 2000.

FRAGALI, M.:

-*La comunione*, I, vol. XIII, del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, di Antonio Cicu y Francesco Messineo, Giuffr , Milano, 1973.

-*La comunione*, III, vol. XIII, del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, directo di Antonio Cicu y Francesco Messineo, Giuffr , Milano, 1983.

FRANZONI, M.:

-*Il Codice civile commentato con la giurisprudenza*, Ed. Giappichelli e Zanichelli, Bologna, 1999.

FUENTESECA, P.:

-*Derecho Privado Romano*, s. e., Madrid, 1978.

GARCÍA AMIGO, M.:

-“*Condominio pro diviso o propiedad separada*”, RDP, 1974.

GARCÍA CANTERO, G.:

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XIX, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Madrid, 1991.

GARCÍA GARCÍA, J. M.:

-*La sucesión por derecho de transmisión*, Civitas, Madrid, 1996.

GARCÍA GOYENA, F.:

-*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, t. II, Madrid, 1852.

GARCÍA GRANERO, J. C.:

-“*Cotitularidad y comunidad. ‘Gesammte Hand’ o comunidad en mano común*”, RCDI, 1946.

GARCÍA PASTOR, J. A.:

-“*Comentario a la Resolución de 22 de febrero de 1989*”, RCDI, 1990.

GARCÍA VALDECASAS, G.:

-*“La adquisición de la herencia en el Derecho español”*, RDP, 1944.

-*“La comunidad hereditaria”*, RGLJ, abril, 1952, nº 191, 1º (AAMN, VII, 1953 y RDN, 1953).

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.:

-*“Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo”*, RDN, 1965.

GARCÍA-MONGE MARTÍN, J.:

-*“La partición de la herencia”*, RDP, 1963.

GARRIDO PALMA, V.:

-*“Hacia un enfoque jurídico de la sociedad civil”*, RDP, 1972.

GARRIGUES, J.:

-*Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 3, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1949.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.:

-*Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por E. Rubio Torrano, Aranzadi, Navarra, 2002.

GIRÓN TENA, J.:

-*Derecho de Sociedades*, t. I, s. e., Madrid, 1976.

GITRAMA, M.:

-*La administración de la herencia en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1950.

GODOY DOMÍNGUEZ, L.:

-*“La comunidad funcional”*, ADC, enero-marzo, 2002

-*“El carácter personal o real del pacto de indivisión”*, RCDI, 1995.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.:

-*La Prohibiciones de Disponer en el Derecho Español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.

-*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VII, vol. 4º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ, J.:

-“*La comunidad hereditaria*”, RCDI, 1931.

GUILARTE ZAPATERO, V.:

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1983.

GUILARTE ZAPATERO, V. y otros:

-*El derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

GULLÓN, A.:

-“*La venta de la herencia*”, RGLJ, 1959.

-“*La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia*”, ADC, 1965, t. II.

HERNÁNDEZ-ROS CODORNIÚ, R.:

-“*Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición*”, RDP, 1943.

JORDANO BAREA, J.:

-“*Causa, motivo y fin del negocio*”, ADC, 1949.

JORDANO FRAGA, F.:

-*La sucesión en el “ius delationis”*. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa, Civitas, Madrid, 1990.

LACAL, P.:

-“*La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo*”, RCDI, VII, agosto, 1931.

LACRUZ BERDEJO, J. L.:

-“*En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales del Código civil*”, Madrid, 1950.

-“*Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria*”, Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1958.

-*Derecho de Sucesiones*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1971.

-*Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993.

-*Elementos de Derecho Civil*, II-2, Dykinson, Madrid, 2005.

-*Elementos de Derecho Civil*, III-1, Dykinson, Madrid, 2003.

-*Elementos de Derecho Civil*, III-2, Dykinson, Madrid, 2004.

-*Elementos de Derecho Civil*, III, bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1984.

-*Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2004.

LALAGUNA, E.:

-“*La venta de herencia en el Código civil*”, RCDI, 1974.

LALINDE ABADÍA, J.:

-*Iniciación histórica al Derecho español*, PPU, Barcelona, 1989.

LARRONDO LIZARRAGA, J. M.:

-*La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

-“*La fundamentación causal de las prohibiciones testamentarias de disponer*”, La Ley, 1983-1.

-*Principios de Derecho Civil*, t. 7, Trivium, Madrid, 1998.

LÓPEZ TENA, J. A.:

-*Comentario al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1994.

LLEDÓ YAGÜE, F.:

-*Derecho de Sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1992.

LLOPIZ GINER, J. M.:

-“La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056, 2 del Código civil”, en *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Aranzadi, Madrid, 2004.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J.:

-“La consideración de los bienes comunales por la jurisprudencia a partir de la publicación del Código civil”, en *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, coordinadores Salustiano de Dios, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano, Centro de Estudios registrales, Madrid, 2002.

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIX, vol. 3, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1986.

MANRESA NAVARRO, J. M.:

-*Comentarios al Código civil español*, t. III, Reus, Madrid, 1918.

-*Comentarios al Código civil español*, t. VI, Reus, Madrid, 1932.

-*Comentarios al Código civil español*, t. VII, Reus, Madrid, 1914.

MANZANO FERNÁNDEZ, M. M.:

-*El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

MARQUEÑO DE LLANO, M.:

-*Prohibiciones testamentarias de disponer*, Bosch. Barcelona, 2003.

MARÍN LÁZARO, R.:

-“*Sociedad y comunidad. Una sentencia notable del Tribunal Supremo*”, RDP, 1942.

MARTÍN BLANCO, J.:

-“*La adquisición de la herencia en el Derecho español*”, RGLJ, 1956.

MARTÍN LÓPEZ, J.:

- “*Carácter y efectos de la partición de herencia*”, RDP, 1936.

MARTÍN-BALLESTEROS HERNANDEZ, L.:

-“*El asociacionismo agrario en el Derecho foral histórico*”, RDP, 1987.

MARTÍN-RETORTILLO, C.:

-“*Comunidad de bienes de origen comunal*”, RCDI, 1961.

MARTÍNEZ SARRIÓN, A.:

-“*Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer*”, RDP, 1964.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO,:

-*Pago y transmisión de propiedad (el artículo 1160 del Código civil)*, Civitas, Madrid, 1990.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L.:

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXXIII, vol. 2, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1990.

MESSINEO, F.:

-*Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. VII, traducción de S. Sentis Melendo, Balcarce, Buenos Aires, 1956.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L.:

-*Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, t. I, coordinados por Jou i Mirabent, L., Bosch, Barcelona, 1994.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.:

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, t., V, vol. 2, Edersa, Madrid, 1985.

-*Comentarios del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

MONTÉS PENADÉS, V. L.:

-“*El modo testamentario y las prohibiciones de disponer*”, ADC, 1974.

MORA ALARCÓN, J.:

-*Comunidades de bienes, sociedades civiles, fundaciones y asociaciones*, Edisofer, Madrid, 1996.

MORELLI, M. R.:

-*La comunione e la divisione ereditaria*, UTET, Torino, 1986.

MORENO QUESADA, B.:

-“*La oferta de contrato*”, RDN, 1956.

-“*Las disposiciones testamentarias con causa ilícita*”, ADC, 1967.

MORENO TRUJILLO, E.:

-*La división voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, Bosch, Barcelona, 1994.

MUCIUS SCAEVOLA, Q.:

-*Jurisprudencia del Código civil*, t. II, Madrid, 1901.

-*Código civil comentario y concordado extensamente*, t. XV, Reus, Madrid, 1943.

- *Código civil comentario y concordado extensamente*, t. VII, Reus, Madrid, 1944.

-*Código civil comentario y concordado extensamente*, revisado y puesto al día por Pascual Marín López, t. XVIII, Reus, Madrid, 1954.

MUÑOZ XANCO, J.:

-“*Naturaleza y clase de la «actio común dividendo»*”, RCDI, 1985.

-“*La división de la cosa común y el respeto a la voluntad testamentaria*”, RGLJ, junio, 1986.

MUÑOZ DE DIOS, M.:

-“*La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos*”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. VI, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

MURILLO VILLAR, A.:

-*Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Edisofer, Madrid, 2000.

NIETO, A.:

-“*Bienes comunales*”, RDP, 1960.

- *Bienes comunales*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

NÚÑEZ IGLESIAS, A.:

-*Comunidad e indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

NÚÑEZ LAGOS, R.:

-“*El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil*”, RGLJ, 1951.

OSSORIO MORALES, J.:

-*Servidumbres personales (ensayo de sistematización)*, Edit. Revistas de Derecho Privado, Madrid, 1936.

-“*Comentario de la sentencia de 25 de enero de 1943*”, RGLJ, 173, 1º trimestre, 1943.

PACIFICI-MAZZONI, E..

-*Trattato delle Successioni*, parte 2ª, vol. VI, Ed. Fratelli Cammelli, Firenze, 1910.

PANTALEÓN, F.:

-“*Cesión de créditos*”, ADC, 1988.

PAZ-ARES, C.:

-*Comentarios del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1993.

-*Curso de Derecho Mercantil*, I, dirigido por A. Menéndez y R. Uría, Civitas, Madrid, 1999.

PELAYO HORE, S.:

-“*La indivisión perpetua*”, RDP, 1942.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.:

-“*El Anteproyecto del Código civil de 30 de abril de 1888*”, ADC, octubre-diciembre, 1960,

-“*El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*”, *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, sección 4ª, Reus, Madrid, 1965.

-*La herencia y las deudas del causante*, t. 61-vol.1º del *Tratado práctico y crítico del Derecho civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

-*Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, t. II, 1993.

-*Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, t. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.:

-“*La declaración de prodigalidad en el Derecho español*”, RGLJ, junio, 1987.

-“*El concurso de la herencia*”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACÓ, J. M.:

-*Breviario de Derecho Germánico*, Edit. Universidad Complutense de Madrid, 1993.

PERLINGIERI, P.:

-*Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, UTET, Torino, 1980.

PESCATORE, G. y RUPERTO, C.:

- *Codice Civile*, t. I, Giuffrè, Milano, 1997.

PLANIOL, M.:

- *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. 3, Paris, 1924.

PLANIOL, M. y RIPERT, J.:

- *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, vol. 4, Ed. Cultural La Habana, 1933.

- *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, vol. 6, Ed. Cultural La Habana, 1940.

PLANITZ, H.:

- *Derecho Privado Germánico*, traducción de la 3ª edición alemana por Carlos Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1957.

PORRAS IBÁÑEZ, P.:

- *“El negocio jurídico y su causa”*, RDP, 1973.

PRATS ALBENTOSA, L.:

- *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

PUIG BRUTAU, J.:

- *Fundamentos de Derecho Civil*, V-1º, Bosch, Barcelona, 1990.

PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E.:

- *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, t. III, 2º, Bosch, Barcelona, 1980.

- *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Dret de Sucessions*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

QUESADA GONZÁLEZ, M. C.:

- *La disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Bosch, Barcelona, 1991.

RAMS ALBESA, J. J.:

-*La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

-*Comentarios al Código civil*, t. III, Bosch, Barcelona, 2001.

REAL PÉREZ, A.:

-*Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988.

RIERA ÁLVAREZ, J. A.:

-*Instituciones de Derecho Privado*, t.V, coordinador M. Garrido Melero, Aranzadi, Navarra, 2005.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.:

-*Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, t. II, Dykinson, Madrid, 2004.

ROCA JUAN, J.:

-“*La renuncia liberatoria del comunero*”, ADC, 1957.

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. VII, vol. 2, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1990.

ROCA SASTRE, R. M.:

-“*La partición hereditaria, ¿es un acto traslativo o declarativo de la propiedad?*”, RCDI, 1929.

-“*La comunidad de gananciales: destino de ésta en caso de renuncia*”, RCDI, 1930.

-“*Naturaleza jurídica de la aportación social*”, RGLJ, 1946.

-“*Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los nascituri*”, RDP, 1946.

-*Estudios de Derecho Privado*, t. II, s. e., 1947.

-Anotaciones a ENNECCERUS, L., KIPP, Th. y WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguer, J., t. V, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1951.

-*Estudios sobre Sucesiones*, t. II, Madrid, 1981.

ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.:

-*Derecho Hipotecario*, t. III, Bosch, Barcelona, 1995.

-*Derecho Hipotecario*, t. IV, Bosch, Barcelona, 1997.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.:

-*Derecho de Sucesiones*, t. IV, Bosch, Barcelona, 2000.

ROCA TRÍAS, E.:

-*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXVIII, vol. 1º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1982.

RODRÍGUEZ DEL BARCO, J.:

-“*Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria*”, RDP, 1973.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.:

-“*Las prohibiciones de disponer voluntarias. Estudio de sus efectos*”, RCDI, 1983.

-“*Las prohibiciones de disponer voluntarias: extinción y cancelación*”, RCDI, 1983.

ROMERO CERDEIRIÑA, A.:

-*Estudios sobre el derecho hereditario*, s. e., Valencia, 1947.

-“*En torno al concepto del derecho hereditario. La última moda*”, AAMN, V, 1950.

ROYO MARTÍNEZ, M.:

-*Derecho de Familia*, Suárez, Sevilla, 1949.

-*Derecho Sucesorio “mortis causa”*, Edelce, Sevilla, 1951.

RUBIO GIMENO, G.:

-*La venta de herencia*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

RUBIO TORRANO, E.:

-*Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, dirigida por E. Rubio Torrano, Aranzadi, Navarra, 2002.

RUGGIERO, R.:

-*Instituciones de Derecho civil*, vol. 2º, traducción anotada y concordada por Serrano Súñer y Santa-cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1931.

SALAZAR GARCÍA, J.:

-*“Pactos de predivisión en el condominio: ¿Naturaleza real o personal?”. Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de abril de 1981*, la Ley 1981-4.

SALIS, L.:

-*La comunione*, vol. 4, t. 2º, del *Trattato di Diritto Civile italiano*, di Filippo Vassalli, Torino, 1939.

SAMANES ARA, C.:

-*La división de la cosa común*, Tecnos, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ ARCILLA, J.:

-*Las Siete Partidas*, Reus, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ CALERO, F. J.:

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. 1-A, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.:

-*Estudios de Derecho Civil*, t. 6, vol. 3º, Madrid, 1910.

-*Estudios de Derecho Civil y el Código civil e Historia general de la Legislación española*, t. III, Madrid, 1890-1910.

SANCHO REBULLIDA, F.:

-“Partición de herencia”, en *Estudios de Derecho civil*, t. I, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1978.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M C.:

-*El consorcio foral (Tras la reforma del Instituto por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte)*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.

SANTAMARÍA, J.:

-*Comentarios al Código Civil*, t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

SANTOS BRIZ, J.:

-*Tratado de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 2003.

SAPENA, J.:

-“Sobre la prohibición de ceder el crédito hipotecario”, RDI, 1957.

SÉRIAUX, A.:

- *Les successions. Les libéralités*, PUF, Paris, 1986.

SERRANO GARCÍA, J. A.:

-*Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993.

TALÓN MARTÍNEZ, F. T.:

-“Prohibiciones contractuales de disponer”, RJC, 1954.

TENA PIAZUELO, I.:

-*La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

TORRALBA SORIANO, O.:

-*El modo en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1967.

TORRENT, A..

-*Manual de Derecho Privado Romano*, Edisofer, Zaragoza, 2002.

TORRENTE, A. y PESCATORE, G.:

- *Codice civile annotato con la giurisprudenza della cazzazione*, Giuffrè, Milano, 1967.

TORRES LANA, J. A.:

-*Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, coordinado por J. L. Albácar, Trivium, Madrid, 1992.

TRABUCCHI, A.:

-*Instituciones de Derecho Civil*, t. II, traducción de la 15ª edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español por L. Martínez-Calcerrada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

-*Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, Milán, 1997.

TRUJILLO CALZADO, M. I.:

-*La constitución convencional de comunidades: contrato de comunicación de bienes*, Bosch, Barcelona, 1994.

VALIÑO, A.:

-“*En torno a la prohibición de división de una finca y su calificación como servidumbre*”, AC, 1999-2.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.:

-*Apuntes de Derecho Sucesorio (posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)*, ADC, 1951.

-“*Cautelas de opción compensatoria de la legítima*”, *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Reus, Madrid, 1964.

-*Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

-*Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. 1º, Madrid, 1980.

- Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. I, Civitas, Madrid, 1982.
- Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. II, Civitas, Madrid, 1984.
- “La voluntad del causante ley de la sucesión”, *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia Castaño*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.
- “*Relectura en torno de la comunidad hereditaria*”, RDN, 1985.
- Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XIV, vol. 2, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 1989.
- Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXVII, vol. 2, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Edersa, Madrid, 2001.

VILLAVICENCIO ARÉVALO, F.:

- “*La facultad de disposición*”, ADC, 1950.

VON TUHR, A.:

- Teoría general del Derecho alemán*, vol. II-2, Depalma, Buenos Aires, 1947.
- Derecho Civil*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1998.

V.V.A.A. :

- Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.