

## La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia

ANTONIO GULLON BALLESTEROS  
Catedrático de Derecho civil

### EL DERECHO A PEDIR LA DIVISION DE LA COMUNIDAD

#### 1) LEGITIMACIÓN ACTIVA

##### A) *El comunero*

El artículo 400 del Código civil establece que "ningún *copropietario* está obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir, en cualquier tiempo, que se divida la cosa común".

En principio, pues, sólo el copropietario (o bien el titular de un derecho real que constituya el objeto de la comunidad) es titular de ese derecho potestativo (1) a pedir la división. Y decimos en principio, porque hay supuestos en los que cierto sector de la doctrina admiten una legitimación de otras personas, v. gr., los acreedores. Así, se dice, cuando éstos se subrogan en los derechos y acciones del deudor acudiendo al ejercicio de la acción subrogatoria. Sin perjuicio de que con posterioridad abordamos la problemática que suscita la legitimación de otras personas distintas de los comuneros para pedir la división, vamos a centrarnos por ahora en el estudio del párrafo 1.º del artículo 400 antedicho.

Hondas raíces históricas tiene este precepto, que ha pasado casi inalterable por la historia jurídica. Ya el Derecho Romano contemplaba el derecho a solicitar la división como básico en la cualidad de comunero. "In communione vel societatis, nemo compellitur invito detinere" (C. 3,37,5). "Si conveniat ne omnino diviso fiat. Huiusmodi pactum nullus vires habere manifestissimus est" (D. 10,3,14,2). Igualmente. Las partidas, siguiendo el criterio de que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios, consagran

---

(1) Así lo califica Branca (*Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Della proprietà*, arts. 1.100-1.172, pág. 213). La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1945 niega que sea un derecho con propia sustantividad que pueda extinguirse por su no ejercicio, sino "simple facultad (*res merae facultatis*), que nace y renace en todo momento de la relación de la comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure (*in facultativis non datur praescriptio*).” Una crítica a este calificativo de facultad en el mismo Branca (ob. cit., págs. 213 y ss.). Parece que todo el problema gira en torno a uno más general, en cuyo examen no podemos entrar: el de la categoría de los llamados derechos potestativos.

el que cualquiera de los condóminos puede pedir, en todo momento, la división de la cosa común (Ley 3, Título V, Partida 5.<sup>a</sup>).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de referirse a este aspecto de la división de la comunidad a que hace referencia el Código alfonsoino. La sentencia de 11 de noviembre de 1927 declara que "las normas clásicas del derecho de propiedad común aceptadas por el Código alfonsoino y posteriormente por el civil vigente, en virtud de recomendación expresa del legislador, permiten afirmar como principio absoluto el de la individualización de la propiedad para evitar los frecuentes y graves males que provienen de la diversidad de condóminos, y por eso el vigente Código civil recoge tal precepto, en su artículo 400 ... consignándose sólo, como única excepción a aquel principio, el de que por virtud de la división de la cosa común pueda resultar inservible para el uso a que se destina., en cuyo caso para finalizar la comunidad debe acudir a la venta". Declaraciones en favor de la división abundan en nuestra jurisprudencia. Así, la sentencia de 9 de mayo de 1917, afirma que "basta darse cuenta del sentido práctico y jurídico en que se inspiran los artículos 400 y 401 del Código civil para convenir en que el repartimiento de una cosa común entre las personas a que pertenece sustituye con ventaja más directa, y beneficiosamente, a la comunidad de bienes". La de 28 de noviembre de 1957, recogiendo las consideraciones de la de 5 de noviembre de 1924, expresa que "lo mismo por razones de orden económico que por las de orden jurídico, la institución de la comunidad de bienes tiene como principio fundamental el de que ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad, criterio seguido por el Código civil, de acuerdo con nuestro Derecho tradicional de las Leyes de Partidas, que decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios...".

El artículo 400 asigna la facultad de pedir la división a todo *copropietario*. Ello nos lleva a plantear los siguientes problemas:

- a) Si es acto de disposición o de administración.
- b) Si basta la simple cualidad de comunero o, por el contrario, se requiere algún requisito más por el legislador.

Con la doctrina dominante hay que contestar afirmativamente a la primera cuestión. La división es acto de disposición contrapuesto al acto de administración. (Cfr. SS. de 15-2-1909; 8-3-1956.)

Por lo que respecta a la segunda, tenemos un precepto bien expresivo referido a la comunidad hereditaria. No basta sólo con ser comunero para poder pedir la división, sino que el artículo 1.052 exige "la libre administración y disposición de sus bienes". Dado que el artículo 406 se remite a las reglas de la división hereditaria para llenar las lagunas de la comunidad regulada en los artículos 392 y siguientes, es lógico afirmar que el incapacitado no podrá pedir por sí la división, "Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos", dice el artículo 1.052, en su párrafo segundo.

Naturalmente, que esta solución se basa en el artículo 1.052 por

remisión que hace el artículo 406, y ello porque creemos que tal envío no se circunscribe tan sólo a las "reglas materiales" (podríamos decir) de la división hereditaria: división, composición de los lotes, etc., sino también a las cuestiones de capacidad. Beltrán de Heredia (*La comunidad de bienes*, Madrid, 1954, pág. 361), dice que "el artículo 406 se refiere exclusivamente a la aplicabilidad de las "reglas" referentes a la división hereditaria... Lo que el Código civil permite es tan sólo que, en defecto de reglas divisionales o ante dificultades surgidas entre las partes, se puedan aplicar las establecidas para la división de la herencia, en lo que tienen de operaciones materiales". No vemos, sin embargo, razones que apoyen tal interpretación restrictiva del 406. Con sólo fijarnos que el legislador en los artículos 400-406 no hace mención para nada de la capacidad para pedir la división, nos autoriza a pensar que la omisión se debe a no reproducir preceptos que coloca, en su sistemática, dentro de la división de la herencia. Por otra parte, ¿qué diferencias puedan aconsejar un diferente trato para pedir, como comunero, la división, y como miembro de una comunidad hereditaria, lo mismo? Es cierto que la comunidad hereditaria recae sobre un patrimonio, y la comunidad del 392 y siguientes sobre objetos individualizados, pero esa diversidad de objetos no oscurece en modo alguno la finalidad que se persigue en ambos casos: la concreción material de la titularidad en común.

Legislativa y jurisprudencialmente, se confirma esta equiparación. Así, el artículo 269, número 7, del Código civil impone al tutor la necesidad de tener la autorización del Consejo de Familia "para proceder a la división de la herencia o de otra cosa que el menor o incapacitado poseyere en común". Por su parte, la Dirección General de Registros y Notariado, en Resolución de 5 de octubre de 1910, dice: "Por conductos no ha de entenderse los titulares de un derecho dominical limitado o de un aprovechamiento circunstancial de cierta cuota, sino más bien la persona o conjunto de personas investidas con la facultad de disponer de partes ideales, toda vez que si la partición no equivale a una enajenación, se aproxima, cualquiera que sea su naturaleza, declarativa o atributiva, a la venta o a la permuta, y requiere en los otorgantes la plena capacidad de disposición, como se deduce del artículo 1.052 del Código civil, cuando no existe alguna disposición legal que otra cosa autorice". La resolución de 7 de junio de 1915 no duda en aplicar normas de capacidad referentes a la comunidad hereditaria, mejor dicho, a su división, a la comunidad ordinaria: "ya se estime el contenido de la escritura de que se trata como de división de herencia, ya como de división de cosa común, no es necesaria la aprobación judicial, en el primer caso, por exceptuar expresamente de esta formalidad el artículo 1.060 del Código civil las particiones hereditarias en que hay interesados menores de edad cuando éstos se hallan representados por el padre o madre de los mismos, en virtud de patria potestad, y en el segundo, por ser también aplicable esta disposición a la división entre los parti-

cipes de una comunidad, conforme a lo prevenido en el artículo 406 y a lo declarado en la resolución de 6 de septiembre de 1897”.

En relación con la autorización del Consejo de Familia que exige el número 7 del artículo 269 del Código civil para que el tutor pueda pedir la división de la cosa común, surge la duda de si la división efectuada sin este requisito es plenamente nula o solamente anulable. La sentencia de 25 de octubre de 1898 declaró que “la omisión produciría la nulidad del contrato, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.259 del mismo Código”. Esta doctrina parece inaceptable, no sólo por la aplicación analógica de la contenida en la sentencia de 31 de diciembre de 1896—a cuyo tenor la falta de autorización judicial en los contratos otorgados a nombre de los menores de edad en que la ley exige este requisito no determina inexistencia o nulidad radical, sino mera anulabilidad—, sino también porque el propio Tribunal Supremo ha entendido que la falta de autorización del Consejo de Familia, para realizar actos que enumera el artículo 269, da lugar a una simple anulabilidad. Tal ocurre con la transacción. “Limitado—afirma la sentencia de 5 de diciembre de 1955 (Sala 5.ª)—... el número 12 del artículo 269 del Código civil, a que el tutor del menor o incapacitado para transigir necesita autorización del Consejo de Familia, precepto encaminado a proteger los intereses del tutelado, la celebración de una transacción sin esa autorización, da lugar a un contrato en el que concurriendo todos los requisitos necesarios para su existencia y validez, artículo 1.261 del Código civil, sin defecto de forma ni precepto legal que lo prohíba, artículo 4.º del Código civil, tiene el vicio de la falta de esa autorización, que afectando a alguno de esos requisitos, lo hacen impugnabile con posibilidad de ser declarado nulo, lo que en la tradicional clasificación de contratos radicalmente nulos, nulos o anulables, o inexistentes, obliga a considerarlo entre los anulables, gozando de pleno valor y eficacia, pendientes de ejercicio de la acción por la persona a quien le está atribuida, mientras la nulidad no sea declarada, y... no es admisible que una persona plenamente capaz pretenda la nulidad del convenio celebrado con su incapaz, cuya acción sólo está atribuida a la parte del incapacitado.”

Estimamos que la partición hecha por el tutor sin tener en cuenta la autorización del Consejo es anulable siempre, por el viejo aforismo “factum tutoris, factum pupilli”. Con razón el nuevo Código italiano (arts. 322, 377, 394) sanciona expresamente la regla de que toda inobservancia de las formalidades prescritas en la realización de actos, sea por parte de los incapaces, sea por parte de sus representantes, es causa de anulabilidad. En nuestra doctrina también se han pronunciado en sentido favorable a la anulabilidad de los actos realizados por el tutor sin autorización del Consejo de Familia, cuando el Código civil (art. 269) lo exige, Pérez González y Castán (Notas a la trad. esp. del Derecho de Familia, de Emmercus, V, II, página 370)... “ya que el tutor está investido de un poder general de

representación del menor en todos sus actos jurídicos, y sólo como medida complementaria de protección se exige, en ciertos casos, el requisito de la intervención del Consejo”.

Cuestión completamente distinta es la de la nulidad absoluta de la división si a ella no ha concurrido el tutor, o, en su caso, el protutor. Entonces, el Tribunal Supremo entiende en la sentencia de 8 de marzo de 1956, que “aun con la aprobación del Consejo de Familia resultaría estéril su visto bueno a un negocio radicalmente nulo por falta de consentimiento de alguno de los interesados en la división convencional de la cosa común, o en otro aspecto, el negocio sería inicialmente nulo y susceptible de ratificación por el protutor (o tutor) previamente a la aprobación por el Consejo, de conformidad con lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 1.261, número 1.º, y 1.259 del Código civil”.

La jurisprudencia, especialmente la de la Dirección General, ha precisado de una manera exacta la naturaleza de esa autorización del Consejo de Familia. Señala la Resolución de 25 de noviembre de 1893: “O la autorización que ha de impetrar del Consejo el tutor, en el caso del número 7 del artículo 269, es una mera fórmula, cosa incompatible con la misión que el Código ha confiado al primero y con la responsabilidad que el artículo 312 impone a los vocales del Consejo, o mediante ella queda establecida una estrecha e íntima solidaridad entre el tutor y el Consejo en cuanto al contrato particional, de suerte que éste aparezca otorgado por el primero bajo la inspección directa e inmediata del último. Basta leer los trece números del artículo 269 para comprender que en todos ellos, dada la gravedad de los actos a que se refieren, ha querido el Código confiar al Consejo la verdadera dirección del asunto, haciendo del tutor un mero agente ejecutivo de la voluntad del Consejo, afirmación que cumplidamente comprueban en cuanto a dos de aquellos actos, el de la enajenación y transacción, los artículos 270, 271 y 274 del mismo Código. Es consecuencia lógica de este razonamiento la de que al autorizar el Consejo al tutor para que proceda a la división le traza de antemano las bases e instrucciones a que rigurosamente debe ceñirse, o es indispensable que últimada la partición por el tutor sea por el Consejo aprobada.” (Cfr. también la R. de 30 de octubre de 1943.)

Parece, pues, desprenderse del criterio de la Dirección que no basta la simple o mera autorización del tutor, sino que el Consejo de Familia interviene realmente al señalar el contenido de la partición. Con ello se completa aun más esa asimilación del régimen de la autorización para pedir la división al de la autorización para transigir. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de enero de 1963 declara que es nula la autorización dada por el Consejo al tutor para transigir cuando no conste el cumplimiento del artículo 274, es decir, que aquélla en realidad ha de darse conociendo las condiciones de la transacción. Tampoco, según se deduce de las Resoluciones antedichas, para la división basta la simple autorización “en blanco”, pudiéramos de-

cir. Por último, y en lo que respecta al aspecto registral de la división, creemos de aplicación la doctrina de la Resolución de 7 de mayo de 1907: "Para proceder —dice— a la división de la herencia en que están interesados menores de edad o incapacitados sujetos a tutela es preciso, según dispone el artículo 269, núm. 7.º, del Código civil, que el tutor obtenga autorización del Consejo de Familia, y no constando, como no consta, en los documentos presentados que el tutor de los menores interesados en la herencia haya obtenido dicha autorización, ni la posterior aprobación de las particiones, es procedente la negativa del Registrador a inscribir la adjudicación hecha por aquél."

### B) *Acreeedores*

¿Pueden los acreedores de los comuneros pedir la división de la cosa común? Si nos atenemos al artículo 403, llegaremos a la conclusión de que sus derechos son los que consagran este precepto únicamente. No podrían, pues, pedir la partición.

Tampoco estimamos posible acudir al ejercicio de la acción subrogatoria, dada la finalidad ejecutiva que la misma tiene. Es un medio subsidiario otorgado por el artículo 1.111 del Código civil para que los acreedores se vean satisfechos en sus derechos. Es evidente que nada obsta para esa satisfacción la indivisión de la cosa. La cuota del deudor-comunero constituye un bien que será objeto de embargo, con el que se pueden satisfacer. Si no lo logran en su totalidad, es obvio que el pedir la concreción material de aquella cuota no *añade* ningún bien a la garantía patrimonial. (Cfr. A. Gullón Ballesteros: La acción subrogatoria. Revista de Derecho Privado, febrero 1959.)

### C) *Cesionario*

Llama poderosamente la atención que el artículo 399 autorice a todo condueño para enajenar su parte y la de los frutos y utilidades que la correspondan, y, sin embargo, el artículo 403 limite el derecho de los cesionarios de los partícipes en la división en la forma que indica tal precepto. No hay duda de que si el comunero ha enajenado su cuota, sale de la comunidad, ocupando su posición, a todos los efectos, entre ellos el fundamental de pedir la división, el adquirente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo entiende, rectamente, así. En la sentencia de 10 de diciembre de 1900 vemos que un comunero ejercita la *actio communi dividundo*. Negada su legitimación por el juzgador de instancia, por haber enajenado su cuota con anterioridad, si bien mantuvo oculta esta venta, la Audiencia revoca la sentencia, acogiendo la petición del comunero por no haberse probado tal enajenación. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación, por no haberse impugnado el resultado de aquella prueba en cuanto a la transmisión (núm. 7 del art. 1.692 L. E. C.).

En realidad, a la misma conclusión se llega con la remisión del artículo 406 a las normas de la comunidad hereditaria. Los cesionarios de la cuota hereditaria están legitimados para pedir la división. La sentencia de 27 de noviembre de 1961 declaró que al no consignarse en el artículo 1.052 ni en el 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entre los que pueden pedir la partición a los cesionarios del derecho hereditario, es que la mención no es necesaria, pues están incluidos en la denominación de hereáeros. Hay que aceptar con reservas esta última asimilación, pues el propio Código, en materia de venta de la herencia, artículos 1.531-1.534, consagra el que el heredero no pierde su cualidad de tal por la enajenación del patrimonio hereditario. El adquirente de la cuota no tiene ninguna especialidad en su posición jurídica para estar obligado a permanecer en la comunidad tanto tiempo como quieran los cohereáeros. No hay que olvidar que sustituye en todos sus derechos y obligaciones al enajenante, y tiene, por tanto, las mismas posibilidades de actuación que aquél tendría de no haber enajenado. La sentencia de 28 de noviembre de 1957 dice que la acción para pedir la división "se trata de una facultad... y, además, de una facultad inherente al dominio..." (cfr. A. Gullón Ballesteros: La venta de la herencia, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, marzo de 1959).

### D) *Usufructuarios*

¿Está legitimado el usufructuario para pedir la división de la comunidad? La sentencia de 5 de junio de 1929 lo negó incidentalmente. Se trataba de un caso en que el usufructuario pretendía retraer la nuda propiedad que enajenaba su titular con preferencia al propietario colindante, basándose en la preferencia del retracto de comuneros. El Tribunal Supremo negó la existencia de tal comunidad entre nudo propietario y usufructuario, resultando cómo los derechos de uno y otro no eran idénticos, tenían unas características distintas. Y decía, a mayor abundamiento, que "es tanto más de apreciar así cuanto que siendo un derecho esencial de todo condueño el de poder pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, de esta facultad está privado el usufructuario, lo cual demuestra que su condición dista mucho de ser la de copartícipe en la comunidad, y no pasa de ser el titular del gravamen impuesto sobre la finca perteneciente al nudo propietario, es decir, el beneficiario de sus productos, sin llegar a tener los derechos del dominio útil de la misma".

Una posición contraria, favorable al ejercicio de la *actio c. d.*, pudiera derivarse de la sentencia de 26 de enero de 1959. El supuesto básico consistía en que el testador había legado la mitad proindivisa de la que era titular en una finca, en usufructo vitalicio a A (no hace al caso las sustituciones que ordenó en ese usufructo), estableciendo que si tenía descendientes A que le sobreviviesen serían plenos propietarios de aquella mitad, y si no los tenía, serían tales los hijos

de B. Se solita por A, en concurrencia con sus descendientes, la división de la finca. No se accede a ella porque no concurrieron también los hijos de B, que tenían una expectativa mientras que llegase el momento de la muerte de la usufructuaria. El Tribunal Supremo afirma que tampoco se podía acceder a la demanda de la usufructuaria (A), porque no se había "*limitado a solicitar la división material a los solos efectos del usufructo, a lo que tampoco puede accederse por ser cosa distinta de la pedida, sin incurrir en vicio de incongruencia*".

El Tribunal Supremo parece que en esta sentencia acoge la opinión de Wolf (Derecho de Cosas, trad. esp., tomo II, pág. 101), que exige la concurrencia del nudo propietario y del usufructuario de cuota para poder pedir la división. Por otra parte, el solicitar la división material "a los solos efectos del usufructo" por parte del usufructuario, aisladamente, implica una restricción importante, al no referirse a la división de la comunidad (en el que tiene una cuota en usufructo), a la concreción material del derecho de los copropietarios. Sin embargo, parece obvio que la división del goce llevará consigo esa concreción, a menos que se interprete (y aquí creemos que apunta el Tribunal Supremo) que la división realizada con el usufructuario no implica extinción de la comunidad, disolución de la cotitularidad, sino únicamente división *interna* en cuanto al goce y uso de la cosa común.

Esta división interna del goce, para cuya realización estaría legitimado el usufructuario, quizá pudiera apoyarse en la sentencia de 14 de diciembre de 1898, a cuyo tenor: "Si bien son conceptos jurídicos distintos los de propiedad y usufructo contenidos en los artículos 348 y 467... no puede ponerse en duda que recayendo la comunidad no sólo sobre la propiedad de las cosas, sino sobre el derecho a usufructuarlas, que constituye una desmembración, siquiera sea temporal y transitoria, del dominio absoluto en ella, es procedente la acción ejercitada." Tal acción era la de división de la comunidad, que se pide por un copropietario demandando a los demás y *al usufructuario de una cuota*. Admitió, por este razonamiento de la comunidad de goce, la legitimación pasiva del usufructuario y del nudo propietario. La doctrina de la sentencia de 1898 aparece expresamente confirmada en la de 17 de mayo de 1958. Se alegaba la falta de legitimación pasiva del usufructuario para ser demandado por la a. c. d., y dice el Tribunal Supremo: "... no es admisible la tesis a cuyo tenor su condición de usufructuario le pone al margen del ejercicio de las acciones de división, porque, como dijo la sentencia de 14-12-1898, que en la recurrida se invoca, de acuerdo con la mejor doctrina, aunque sean conceptos distintos los de propiedad y usufructo que se recogen en los artículos 348 y 467 del Código civil, la comunidad recae así sobre la propiedad de la cosa como sobre el usufructo, que constituye una desmembración, siquiera sea temporal y transitoria, del pleno dominio, y por ello cabe la posibilidad de que el propietario



pretenda frente al usufructuario la división de la cosa poseída en común”.

Desde el punto de vista de *esa comunidad de goce* es de donde se puede enfocar el problema de la a. c. d. por el usufructuario. En tal caso, la situación guarda un estrecho paralelismo con la división de la comunidad que recae sobre el usufructo, como ha observado exactamente Venezian (Usufructo, uso y habitación, tomo II, trad. esp., página 652): “Me he ocupado —dice el agudo jurista—, hasta ahora, del caso de la disolución por medio de división de la comunidad verdadera de usufructo; y así como son relaciones perfectamente análogas a las que existen entre los varios usufructuarios de una misma cosa las que median entre el usufructuario de una cuota y el propietario que se halla con él en una comunidad de goce, debemos reconocer que éste y aquél tienen derecho a exigir uno para con el otro la división de la comunidad.” Recientemente, también Pugliese considera, a efectos de división, igual la comunidad entre usufructuarios y entre el usufructuario de cuota a efectos de la división del usufructo (Usufructo, uso, abitazione, en el Tratado de Vasalli, Turín, 1956, pág. 336).

Pero esto que en el terreno teórico parece tan sencillo, lleva consigo un cantidad ingente de inconvenientes prácticos a la hora de la división, cuando la cosa sobre la que recae el goce no se presta a una división “in natura”. La adjudicación del goce por entero a uno de los condueños o a un extraño llevaría consigo la necesidad de que los demás comuneros (excepto el constituyente del usufructo de cuota) diesen fisonomía jurídica a su goce sobre la cosa, porque antes esto era consecuencia de su derecho de propiedad (concepción elástica del dominio). El extraño u otro comunero, por ejemplo, tienen que gozar de la cosa por entero, para acabar con la indivisión, mediante un título distinto del que servía de apoyo a los comuneros; tiene que constituirse, en otras palabras, un usufructo a su favor (vid. para estos problemas, Venezian y Pugliese: Loc. cit. supra). Es que la realidad demuestra que no existe esa desmembración de la que habla el Tribunal Supremo. El copropietario goza y usa de la cosa común por su derecho de propiedad y no por un derecho de goce ínsito en el contenido de aquella propiedad por donde se aproximaría su situación a la del usufructuario. No existe, pues, un objeto común sobre el que recaiga una titularidad común entre usufructuario y comuneros.

Así, pues, no creemos que el usufructuario pueda pedir la división a los solos efectos de concretar el goce sobre el objeto de la comunidad, de manera análoga a lo que ocurre entre usufructuarios. La división entre éstos no afecta para nada a la subsistencia de la cotitularidad, decíamos. En efecto, la sentencia de 6 de marzo de 1956 así lo reconoce, con la consecuencia de que no es necesario demandar a los nudos propietarios a efectos de la división del usufructo: “... la división material —dice la sentencia— afectante tan sólo al referido derecho real, no tiene más vida o duración que la del propio derecho,

y así a su terminación, aun cuando sea sucesiva, por consolidación del usufructo con la nuda propiedad, cederán, resolviéndose en favor de los plenos propietarios todos los contratos que los usufructuarios hayan realizado en relación con sus respectivos derechos, como dispone el artículo 480 del Código civil, de donde también se infiere que la división del usufructo en nada ocasiona daño ni menoscabo económico a la propiedad...".

Si de la comunidad de goce de la que hemos hablado, pasamos a estudiar la cuestión de si el usufructuario está legitimado activamente para pedir la disolución de la comunidad, cesando, pues, el estado de cotitularidad, la conclusión ha de ser negativa. Y ello, porque no sólo ha sido proclamado así por la sentencia de 1929, sino también por otras declaraciones del Tribunal Supremo a propósito de la necesidad de que haya objeto *común* sobre el que recaigan unas mismas titularidades, cosa que no ocurre entre usufructo y nudo propietario y demás copropietarios. Es interesante en este punto la sentencia de 30 de octubre de 1961 de la Audiencia Territorial de Granada, que recoge la doctrina del Tribunal Supremo "el condominio o comunidad de bienes requiere unos especiales elementos... en primer lugar, la igualdad de derechos en la cosa por parte de los sujetos respectivos (ss. de 22-6-1897, 3-4-1909, 21-2-1920); una total igualdad en la facultad de disponer de ella (s. de 4-4-1904); una igualdad en cuanto a los derechos sobre la misma, por lo que los poseedores de otros derechos, aunque sean reales, no pueden tener el carácter de comuneros en el dominio (s. de 20-3-1929)...: una exigencia aún más acusada, pues aun cuando exista igualdad en los derechos o aprovechamientos, no se puede por ello estimar comunidad, porque se hace obligado apreciar en cada caso los orígenes de tales aprovechamientos o derechos para poder calificar su verdadera naturaleza y carácter condominial, imprescindible para apreciar en su caso la existencia de comunidad (s. de 29 de enero de 1910); y un título, en fin, distinto del usufructo, pues el usufructuario no es un copartícipe en la comunidad, sino tan sólo titular de un gravamen sobre la cosa respecto al nudo propietario, y cuando se trata de un gravamen que no impide al propietario ejercer todos los derechos dominicales, no hay comunidad (ss. de 5-6-1929 y 30-10-1919). (Cfr. *Revista General del Derecho*, 1962, pág. 958.)

Igualmente la sentencia de 11 de marzo de 1963, de la Audiencia Territorial de Barcelona, dice que: "contrariamente a lo sostenido por los demandados, no puede haber comunidad entre los copropietarios de la finca cuestionada y la usufructuaria de ella, por cuando siendo nota esencial de la comunidad de bienes la unidad de objeto, ésta no puede coexistir entre los copropietarios que son titulares del derecho de propiedad y la usufructuaria que es titular de un simple derecho de usufructo" (*Revista Jurídica de Cataluña*, 1963, pág. 880). La sentencia de 3 de octubre de 1961 de la Audiencia Territorial de

Zaragoza niega también la existencia de comunidad con el usufructuario (*Foro Aragonés*, 1961, núm. 161).

En realidad, no puede resolverse sino de un modo negativo la legitimación activa del usufructuario para pedir la extinción de la comunidad, ya que si, como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 1895, los artículos 1.051 y 1.052 son aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad, por contener reglas concernientes a la división de la herencia, por disposición expresa del artículo 406, no hay duda de que el usufructuario carece de ese poder de disposición necesario para pedir la extinción de la cotitularidad.

Ahora bien; señalamos anteriormente que de la sentencia de 26 de enero de 1959 parecía deducirse que el Tribunal Supremo consideraba necesario la concurrencia del usufructuario y del nudo propietario para pedir la división. Desde un punto de vista general, la doctrina es totalmente desacertada. El nudo propietario podrá pedir frente a los demás copropietarios la división de la cosa común, pese a la negativa del usufructuario. No limita para nada el usufructo su poder de disposición a estos efectos. Con razón dicen Pérez González y Alguer, criticando esta opinión de Wolf (notas a la trad. esp. del Derecho de Cosas, cit., pág. 103): "No es tan fácil asegurar que el derecho a pedir la división lo tengan sólo conjuntamente el copropietario gravado y el usufructuario, porque la limitación al derecho de disposición del propietario sólo implica no alterar la forma ni sustancia de la cosa usufructuada, ni hacer nada que perjudique al usufructuario (cfr. art. 489), y la división no afecta a los derechos del usufructuario (cfr. art. 490, prop. 2 en relación con el 399, prop. 2)."

Desde el punto de vista del caso planteado en la sentencia, tampoco es admisible el criterio del Tribunal Supremo, ya que aun cuando hubiesen concurrido los otros nudo propietarios condicionales para pedir la división, su falta de legitimación activa es evidente, de acuerdo con el artículo 1.054.

Así, pues, no es correcto afirmar, como lo hace la sentencia, "que no es antijurídico estimar que pueden así conjuntamente actuar los titulares del usufructo y de la nuda propiedad". Y aun admitiéndolo, el nudo propietario condicional no puede solicitar la división por el artículo 1.054.

Ahora bien; advertimos que son dos cuestiones distintas la de la necesidad de que el nudo propietario cuente con el consentimiento del usufructuario de su suota para pedir la división y la de si ha de demandar, junto con los demás comuneros, al usufructuario. La primera afecta a la legitimación activa del nudo propietario. La segunda, a la legitimación pasiva del usufructuario.

## 2) LEGITIMACIÓN PASIVA

La actio c. d. ha de ejercitarse demandando a todos los comuneros. Dice la sentencia de 18 de octubre de 1958 que no procedía aco-

ger la demanda de división planteada por un comunero "porque no constaba quiénes sean los dueños de las otras tres quintas partes de esa comunidad, y así no puede afirmarse que se haya dirigido, como es indispensable, contra ellos la a. c. d."

¿Qué cualidades se requieren en el comunero o comuneros para podr ser demandados? Es interesante en este punto la Resolución de 5 de octubre de 1921. Se trataba de un supuesto en el que dos copropietarios habían procedido a la división de las fincas que tenían en pro indivisión, si bien uno de ellos estaba gravado en su titularidad por una prohibición de disponer testamentaria durante un plazo determinado que no había finalizado cuando se efectuó la división. El Registrador rechaza la inscripción de la escritura de división, alegando la mencionada prohibición que le impedía realizar actos de disposición. La Dirección confirma la negativa, sentando la siguiente doctrina: "Por conductos no ha de entenderse las titulares de un derecho dominical limitado o de un aprovechamiento circunstancial de cierta cuota, sino más bien la persona o conjunto de personas investidas con la facultad de disponer de las partes ideales, toda vez que si la partición no equivale a una enajenación, se aproxima, cualquiera que sea su naturaleza, declarativa o atributiva, a la venta o a la permuta, y requiere en los otorgantes capacidad plena de disposición, como se deduce del artículo 1.052 del Código civil, cuando no existe alguna disposición legal que otra cosa autorice. "... se afirma la necesidad de que la acción de división de la cosa común sea ejercitada contra quienes puedan disponer de las cuotas correspondientes o se hallen legitimados para practicar las operaciones particionales, y se ajusta a lo preceptuado en el artículo 1.054 del Código civil, reservando a las prohibiciones de enajenar testamentarias el excepcional valor que el mismo Cuerpo legal reconoce".

Punto controvertido es el referente a la legitimación pasiva del usufructuario, afirmada por la sentencia de 14 de diciembre de 1898 y 17 de mayo de 1958.

¿Hasta qué punto es certera esta dirección jurisprudencial? En la citada sentencia de 1898 alegó el Tribunal Supremo, según vimos, una comunidad entre los copropietarios y usufructuario en cuanto al goce, al igual que en la sentencia de 1958. En realidad, partiendo de estas premisas habría que deducir necesariamente la falta de legitimación pasiva del usufructuario, porque el comunero que acciona pidiendo la división lo que pretende es la concreción de su derecho, la extinción de la cotitularidad sobre el mismo, y el usufructuario no está, a lo más, sino en comunidad de goce con él, no de propiedad. También justifica el Tribunal Supremo la legitimación pasiva del usufructuario, "por cuanto afectaba directamente a su interés en la división y a la parte alienota del usufructo". Pero desde este punto de vista tampoco se justifica dicha legitimación pasiva. Por una parte, porque ese interés pudiera llevar a la aplicación del 403 al supuesto del usufructuario, en concepto de cesionario del goce, y por otra,

siempre se vería protegido por las disposiciones legales que el Código contiene como salvaguardia de los derechos de tercero, a pesar de la partición.

Por ello, con toda exactitud, la Resolución de 24 de diciembre de 1934 considera extendida con arreglo a Derecho una escritura en la que los nudo propietarios procedieron a la disolución de la comunidad sin la concurrencia de los usufructuarios. “Si una interpretación literal —dice la Resolución— del artículo 489 del Código civil, según el cual los nudo propietarios no pueden alterar la forma y sustancia de los bienes sobre los que recae el usufructo, podría afianzar el criterio inspirado de la calificación del Registrador al estimar no extendida con arreglo a Derecho la escritura... es igualmente cierto que en el articulado del Código no aparece exigida la intervención del usufructuario para llevar a cabo la división, y que el precepto antes citado ha de armonizarse con otros textos del mismo Cuerpo legal, y en especial con el artículo 400... Sin admitir la existencia de una verdadera comunidad más que entre los titulares de la nuda propiedad, puesto que los derechos de la usufructuaria y de los nudo propietarios no poseen la misma naturaleza, debe reconocerse en este caso el derecho de los últimos a practicar la división material, con determinación efectiva de un derecho que *pro indiviso* les estaba conferido, siempre que no se haya modificado la función económica y social de la finca ni se haya perjudicado al usufructuario en sus legítimas facultades, toda vez que sin necesidad de intervención personal de este último aparece salvaguardada su posición por el artículo 405 del Código civil y por cuantas acciones legalmente correspondan para la protección y defensa de sus derechos.”

La sentencia de 11 de marzo de 1963 de la Audiencia Territorial de Barcelona, tras negar la existencia de comunidad entre usufructuario y demás copropietarios, no admite tampoco la legitimación pasiva del usufructuario: “... ostentando solamente un derecho real sobre cosa ajena tiene únicamente la facultad de administración o aprovechamiento que el Código civil reconoce como titular de dicho derecho real... corroborando también lo expuesto el hecho de que el usufructuario, como tercero que es con relación al acto de división o venta de la cosa común, sigue manteniendo y conservando su derecho de goce según reconocen los artículos 405 y 490 del Código civil (*Revista Jurídica de Cataluña*, 1963, pág. 880). En el mismo sentido se pronunció la Resolución de 27 de diciembre de 1934, abundando en los argumentos de la de 24 de diciembre del mismo año.

Desde un punto de vista doctrinal, han negado Pérez González y Alguer (loc. cit. supra) la tesis de Wolf de la necesidad de demandar al nudo propietario y usufructuario conjuntamente. “Los deberes —afirman— que se imponen al usufructuario hacia el propietario sólo le ligan con el copropietario gravado, pues ni el gravamen ni la relación alcanzan a los demás, y las limitaciones al derecho de los mis-

mos no exceden de las que derivan de la presencia de otro copropietario.”

## LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: SUS CARACTERÍSTICAS

### 1. *Carácter absoluto*

La sentencia de 11 de noviembre de 1927 declara que el derecho a dar por terminada la proindivisión es tan absoluto “que no admite excepción alguna, ya que el único caso en que el artículo 401 permite o consiente la indivisión no es, en realidad, una excepción, sino que constituye la forma más adecuada de que, según el 404, cese la comunidad por medio de la venta de la finca poseída en común, y porque si se admitiera como lícito impedir la división de la cosa común, cuando lo desea cualquier partícipe se vulneraría el principio capital, de antiguo reconocido en las leyes, de favorecer la individualización de la propiedad”.

### 2. *No sujeción al artículo 398*

Dice la sentencia de 15 de febrero de 1909 que “la facultad que conceden los artículos 400 y 404 al condueño para pedir la división de la cosa común... es absoluta, como emanada del derecho de propiedad, no pudiendo estar limitada por el artículo 398, que se refiere a actos de administración y no de dominio, ni por los contratos de arrendamiento que se hayan celebrado sobre la cosa poseída en común”.

### 3. *El artículo 400 otorga una facultad*

Sentencias de 12 de diciembre de 1949 y 28 de noviembre de 1957, entre otras.

### 4. *Es imprescriptible*

La fundamental sentencia de 8 de junio de 1945 sentó que: “Es doctrina clásica, formulada ya en el Derecho romano y consagrada por las legislaciones modernas y por el artículo 1.965, que las llamadas acciones divisorias, por medio de las cuales en ciertos casos de comunidad de bienes cada una de las partes puede exigir la disolución de la comunidad y la división del patrimonio común, están sustraídas a los efectos de la prescripción extintiva, pero esta regla, que obedece no sólo a criterios de política legislativa en relación con los estados de la propiedad que se juzgan desventajosos, sino también a la razón sencillísima de que la facultad de pedir la división no es un derecho con propia sustantividad que pueda extinguirse por su no ejercicio,

sino simple facultad ("res merae facultatis") que nace y renace en todo momento de la relación de la comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure ("in facultativis non datur praescriptio"), ha de ser mantenida dentro del concreto ámbito que le es propio en el sentido de que lo imprescriptible no es el condominio mismo, sino la acción para pedir su cesación, que, por tanto, el principio de que se trata presupone necesariamente la existencia y la subsistencia de la situación de comunidad, lo que lleva aparejada esta doble consecuencia:

a) Que no entra en juego, por lo menos directamente, la imprescriptibilidad cuando la "existencia del derecho de comunidad sobre el que aquélla se asienta no está reconocido ni demostrado, y precisamente se trata de obtener esa declaración judicial.

b) Que esa imprescriptibilidad, que actúa dentro del círculo de los coherederos o condueños que han poseído los bienes de consumo no es, en cambio, aplicable cuando uno de ellos o un extraño los ha poseído de modo exclusivo, quieta y pacíficamente y en concepto de dueño, por tiempo suficiente para adquirirlos por prescripción (sentencias de 14-4-904, 24-11-906, 6-6-917 y 8-6-943), ya que en este caso la usucapión de la cosa común, ganada por el condueño o por el extraño, excluye la "subsistencia" del condominio y cierra el paso, como es consiguiente, a la acción para pedir la división de la cosa". En igual sentido la sentencia de 28 de noviembre de 1957.

### 5. Irrenunciabilidad.

La citada sentencia de 28 de noviembre de 1957 afirma que la facultad de pedir la división es de carácter irrenunciable por ser de orden público.

Naturalmente que esta última característica hay que compaginarla adecuadamente con el pacto de indivisión, que si bien con especiales notas, admite el párrafo segundo del artículo 400.

## EL PACTO DE INDIVISION

El artículo 400, párrafo 2.º, admite que "será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención".

La importante sentencia de 12 de diciembre de 1927 proclamó que el pacto de indivisión es una excepción a la regla general contenida en el párrafo 1.º del artículo 400, por lo que se exige que se señale en el convenio el tiempo de duración. En consecuencia, no da valor a un pacto que no fije término.

Es tan rigurosa la necesidad de consignar expresamente la duración, que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 17 de mayo de 1958, consagró la ineficacia de este pacto de indivisión por el tiempo que viviese determinada persona, por oponerse al artículo 400, párrafo 1.º

“En cumplimiento de una norma de inexcusable observancia, que por ser de derecho necesario domina la voluntad contraria de las partes, saca las consecuencias del artículo 400, párrafo 1.º, frente a un plazo de duración indefinido, que por serlo queda fuera de la previsión excepcional del segundo párrafo del artículo 400.”

Así, pues, el Tribunal Supremo parece no admitir que el pacto de duración indefinida se reduce al máximo de tiempo permitido por la ley, en virtud de la regla *utile per inutile non vitiatur*. Es evidente que esta reducción no va contra la voluntad de las partes (quien quiere lo más quiere lo menos). En las sentencias citadas excluye la validez del pacto, no lo circunscribe sólo a diez años. Otro de los problemas fundamentales que origina el convenio de indivisión se refiere a su obligatoriedad en relación con el adquirente de la cuota de un comunero. ¿Le vincula directamente? El Tribunal Supremo ha contemplado la cuestión en la órbita de la propiedad horizontal. En la sentencia de 26 de noviembre de 1956 admitió que el adquirente de un piso estaba obligado por los Estatutos que reglamentaban la comunidad. Por lo que respecta a la comunidad ordinaria, creemos, con Branca (Della comunione, en *Commentario Scialoja-Branca*, pág. 220), que el pacto genera una obligación *propter rem*, que tiene eficacia para los sucesores a título particular. “Representa —dice Branca— dunque un impegno generale a mantenere in vita la comunione e perciò è intuitivo che obblighi tutti coloro che vengano in seguito a far parte di essa.” En igual sentido, Aberkane (*L'obligation “propter rem” en droit positif français*, París, 1957, pág. 85). Con la obligación *propter rem*, dice Aberkane, se asegura el ejercicio simultáneo y concurrente de varios derechos reales. Los comuneros juzgan que es perjudicial la individualización de la propiedad.

## EXCEPCIONES A LA DIVISION DE LA COSA COMUN

El artículo 401 dice que pese a la facultad que concede a todo copropietario el artículo 400 para pedir la división de la cosa común, “no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”.

El artículo 404 contempla el supuesto de cosa esencialmente indivisible. “Cuando la cosa fuese esencialmente indivisible y los condueños no convinieran en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.”

También el Tribunal Supremo ha aplicado reiteradamente el artículo 1.062 del Código civil a la órbita de la comunidad regulada en los artículos 392 y siguientes (SS. de 5-2-1909, 17-5-1907, 5-11-1924, 31-12-1927, 28-12-1928, 30-5-1933, 31-1-1964, entre otras). Lo hace por la vía del artículo 406. En la sentencia de 16 de diciembre de 1961, el recurrente pedía la casación de la sentencia porque se había apoyado exclusivamente en el artículo 1062, siendo así que, según



estimaba, sólo era aplicable a la comunidad hereditaria, mientras que a la comunidad de bienes voluntaria lo era sólo el artículo 404. El Tribunal Supremo reconoce el juego del artículo 1.062 también en la materia última, al afirmar que "no es exacto que la sentencia se apoye en el artículo 1.062 del código civil, pues se funda principalmente en el 404 y 406, y sólo cita el 1.062 en relación con aquéllos". Sin embargo, la sentencia de 2 de mayo de 1964 distingue entre el artículo 404 y 1.062, para aplicar el 404 a las comunidades comprendidas en el título III del Libro II, y el 1.062 a la comunidad hereditaria. Niega que ambos preceptos sean coincidentes en su redacción, por lo que "hay imposibilidad de yuxtaponer ambos preceptos dado que por su contenido y alcance discrepan de la manera de verificar la adjudicación a que se refieren, al exigir el primero convenio 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, a no ser que alguno solicite su venta en pública subasta, con lo que el asentimiento de éstos surge con posterioridad a tal acto". No resisten una crítica seria tan peregrinas afirmaciones dogmáticas, porque es evidente, como así ha reconocido la doctrina, que el artículo 1.062 no es más que un desarrollo del artículo 404. Los coherederos —en el 1.062— han de consentir para que se adjudique la cosa indivisible a uno de ellos, hagan entre sí la partición o la realice el contador-partidor nombrado al efecto. Pretender, como quiere la sentencia citada, que la adjudicación se haga previamente, interviniendo después el consentimiento de los coherederos, sería tanto como darle carácter definitivo hasta ese momento, o en otras palabras, reconocer lo que se empeña en negar: la identidad con el artículo 404. Por otra parte, si los coherederos hacen la partición, no vemos la manera de que se produzca la disociación entre asignación y consentimiento posteriores.

El artículo 401 niega que el comunero pueda pedir la división de la cosa común cuando la cosa resulte inservible para el uso a que se destina. Se plantea en la doctrina si este artículo impone la indivisión forzosa de la comunidad, o bien si se limita a proclamar que no procede la división material de la cosa común, pero no impide la disolución de dicha comunidad. En otras palabras, si el artículo 401 entra en los supuestos a los que se aplica el artículo 404 y 1.062 en cuanto modos especiales de extinguir la comunidad sin división material de su objeto,

La generalidad de la doctrina ha estimado esta última solución (Scaevola, Mauresa, Sánchez Román, Planas y Casals, etc.). Pero con toda razón se opuso a ella Casado Pallarés (La acción "communi dividundo" y la propiedad sobre pisos y habitaciones, en Revista de Derecho Privado, 1930, pág. 133 y ss.). Alegaba Casado Pallarés en favor de la indivisión forzosa de la comunidad en el caso del 401 los siguientes argumentos:

a) La literalidad del precepto, que no se refería más que a la división material. Pero para el Código ello es sinónimo de no exigir "la disolución de la comunidad" (cfr. art. 405, 1.965). El Código no emplea nunca la expresión "disolución de la comunidad", sino las de "división y partición de la cosa común".

b) Lógicamente no puede admitirse que el Código dicte dos disposiciones diversas para regular el mismo supuesto.

c) El artículo 401 está colocado al tratar de la procedencia del derecho a pedir la división. Es una excepción al artículo 401. Por el contrario, el artículo 404 está colocado al tratar de la forma de llevar a cabo la división y regula la forma de realizarla cuando la natural no fuese posible.

d) El origen histórico del precepto. Se encuentra en un texto de Paulo recogido en el Digesto (10, 3, 19, 1): "contra la voluntad de cualquiera de los dueños no debe nombrarse árbitro para la división de la cosa común, respecto al 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 parte". Respondiendo a este origen, el artículo 683 del Código italiano de 1865, de donde se tomó el 401, disponía: "la disolución de la comunidad no puede ser pedida por los copropietarios de cosas que dividiéndose cesarían de servir al uso para el que están destinadas". Este artículo forma parte del grupo de preceptos que el Código italiano dedicaba a la formulación de los principios generales de la comunidad, según las palabras de Pisanelli sobre el proyecto del segundo Libro del Código presentado al Senado. Se quería hacer general tales normas, para la comunidad voluntaria y para aquellas otras forzosas. La doctrina italiana así interpretó el precepto, poniéndolo en relación con cosas comunes que servían a diferentes propietarios: la escalera, el patio, un camino. En la comunidad está la misión de ellas; ésta cesaría con la división.

Pese a estos argumentos irrefutables, en los que con posterioridad ha abundado Pelayo Hore (La indivisión perpetua en el Código civil, en Revista de Derecho Privado, 1942, págs. 462 y ss.), el Tribunal Supremo ha seguido la opinión contraria. En la sentencia de 28 de noviembre de 1957 afirma: "Dispuesto por el Código que los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla "resulte inservible" para el uso a que se destina (art. 401), y 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 (art. 404), armonizando esos preceptos la doctrina científica entiende que se trata de una simple incongruencia de redacción y que lo mismo cuando la división material sea simplemente perjudicial que cuando sea imposible existe el derecho de pedir la disolución de la comunidad mediante la adjudicación o venta, de conformidad con el principio básico del artículo 400." En igual sentido se pronunció la sentencia de 30 de marzo de 1957,

confirmando las de 11 de noviembre de 1957 y 31 de diciembre de 1927, en la que se lee que "en el caso del artículo 401, tiene el comunero el derecho de pedir la venta, para que pueda ser repartido el precio, a prorrata de la participación de cada uno".

Así, pues, procede la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 404 y 1.062 cuando: a) La cosa sea inservible para el uso a que se destina. b) Cuando sea indivisible. c) Cuando desmerezca mucho por la división.

Este procedimiento consistirá en la adjudicación por entero a cualquiera de los comuneros, existiendo conformidad entre todos o la venta de la cosa. En el primer caso, "indemnizando a los demás (art. 404), "a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero" (art. 1.062).

Confirmando lo expuesto, citamos la siguiente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1957, a cuyo tenor: "la jurisprudencia tiene declarado que para llegar a la disolución de la comunidad por la venta de la cosa y reparto del precio es indispensable que concurren estas dos circunstancias: indivisibilidad de la cosa o gran desmerecimiento de la misma por la división en partes, y que no se hubiere logrado después de legalmente intentado el convenio para su distribución o adjudicación a favor de los que estuvieren dispuestos a abonar a los restantes el valor de su participación en la comunidad (SS. de 28-12-1928 y 30-5-1933), que la venta sólo es utilizable si la cosa fuere esencialmente inservible para el uso a que se destina o desmereciese mucho por efecto de la división (S. de 30 de marzo de 1957). En el mismo sentido, la sentencia de 31 de diciembre de 1927 sentó que tenía el comunero derecho a pedir la venta para que pueda ser repartido el precio, si todos no convinieren en que se adjudique a uno de ellos.

La alegación de que la cosa es inservible para el uso a que se destina, es indivisible o desmerece mucho por la división, son *excepciones* que enervan la acción de un comunero pidiendo la división de aquella cosa. Dice a este respecto la sentencia de 30 de marzo de 1957: "Decretada en la instancia la división de la finca rústica en litigio de acuerdo con el correspondiente informe pericial, y no demostrada por los demandados, que se opusieron a esta forma de extinción de comunidad, la concurrencia de las circunstancias que por vía de excepción señalan los artículos 401 y 1.062 y 404 en relación con el 406 del Código civil para poder enervar la acción "communi dividundo", carece de viabilidad el tercer motivo del recurso..."

Por otra parte, la exigencia de que se inste legalmente el convenio para su adjudicación antes de pedir la disolución de la comunidad por venta de la cosa, que reclama el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, hay que ponerla en íntima relación con otras declaraciones que al efecto ha hecho. Así en la sentencia de 15 de febrero de 1909, ante la alegación del recurrente de que no se había intentado ese previo convenio, arguye el Tribunal Supremo: "No han sido infringidos por la sentencia reclamada los artículos 404 y 1.062 del Código civil

porque desde el momento que uno de los condueños pidió la enajenación de la cosa común, con facultad para intervenir en la subasta licitadores extraños, es evidente que manifestó su voluntad de que no se consultara a los demás condueños por si a alguno convenía se le adjudicaran las referidas casas" (cfr. también la S. de 12-12-1949 en el mismo sentido). La sentencia de 21-11-1960, ante idéntica alegación, el Tribunal Supremo la rechaza basado en el artículo 1.062. A pesar de la inconcreción manifiesta de la argumentación, hay que estimar que el recurso al artículo 1.062, el pedir la venta en pública subasta indica que el acuerdo no era susceptible de lograrse.

Por último, es doctrina legal reiteradamente proclamada que la determinación de la indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa es una cuestión de hecho que habrá de ser apreciada en cada caso por el Tribunal sentenciador (SS. 12-12-49, 28-11-57, entre otras).

¿Existe alguna excepción o requisito antes de proceder a la venta de cosa común para disolver la comunidad? (2). El recurrente, en la sentencia de 17 de marzo de 1921, sostenía que la Sala había infringido el artículo 402, porque a la venta en pública subasta de las cosas comunes debe preceder el intento de división de la cosa común por los interesados, o por árbitros o amigables componedores. El Tribunal Supremo lo niega: "El artículo 402, que se cita como infringido... no exige que preceda el intento de división de la cosa común por los interesados, o por árbitros o amigables componedores, sino que faculta para dividirla por éstos, o por árbitros o amigables componedores en la forma que dicho precepto legal expresa, procediendo la división y venta cuando la cosa común desmerezca mucho por su división, como dispone el artículo 1.062 de dicho Cuerpo legal."

## PROCEDIMIENTO DE DIVISION DE LA COSA COMUN

El artículo 402 menciona el acuerdo entre los interesados y la división por árbitros o amigables componedores.

Ha preocupado a la doctrina la exacta significación de estas últimas expresiones. ¿Se refiere el legislador a la típica institución arbi-

---

(2) El párrafo segundo del artículo 401 permite en la actualidad la división de un edificio mediante la adjudicación de pisos o locales independientes. No parece que deba ser una norma de aplicación incondicionada. Si los comuneros han acudido a la extinción de la comunidad por no entenderse, no resultará muy grato a los mismos (aunque sí a los teorizantes) tener que convivir en un régimen de propiedad horizontal. Es de alabar el criterio de la sentencia de la Audiencia, que casó el Tribunal Supremo en la suya de 16 de octubre de 1963, que autorizó la venta en pública subasta del edificio y no aplicó el párrafo segundo del artículo 401, porque dadas las dificultades que habían existido entre los comuneros era de temer que esa hostilidad se agravase en la propiedad horizontal. El Tribunal Supremo, en cambio, da lugar a la casación, porque esta causa no está recogida en el Código como excepción a la solicitud de cualquiera de los comuneros para que el edificio se divida en régimen de propiedad horizontal.

tral o, por el contrario, es un modo, aunque impropio, de designar a los llamados "árbitros" que, como dice la Ley de Arbitrajes privados, su misión es la de integrar una relación jurídica?

Si se acepta la primera solución, la consecuencia necesaria sería la de exigir los requisitos legales para el nombramiento de árbitros de la Ley de Arbitrajes. Sin embargo, no parece que el legislador quiera referirse al arbitraje en sentido propio, sino a la figura del arbitrador (cfr. Díez-Picazo: El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, Barcelona, 1957, págs. 19 y ss., especialmente nota 37 de la pág. 20, donde recoge la opinión de Costa sobre el origen del artículo 402, que obedece a la refundición en él de los artículos 2.181 y 2.182 del Código portugués, en los cuales se habla simplemente de árbitros, palabra que en la doctrina de aquel país tiene un doble sentido, uno como jueces árbitros, órganos del juicio arbitral, y otro como "árbitros, arbitradores, peritos o lottados" sujetos del llamado arbitramiento).

En la sentencia de 28 de diciembre de 1928, el Tribunal Supremo afirma que para hacer la designación de esos árbitros no es indispensable "que las partes otorgaran el contrato de compromiso prevenido en el artículo 1.820 del Código civil ni que los nombrados árbitros estén adornados de las condiciones legales y debidas observar las solemnidades rituarías prevenidas en la L. E. C.". También en la sentencia de 16 de febrero de 1952 se observa que las partes nombraron en el acto de conciliación peritos que procedieron a la división material de la cosa común, sin que en su nombramiento se ajustasen las prescripciones legales establecidas para la institución del arbitraje, ni su capacidad fuese la requerida para ser árbitro, y sin embargo, acepta el Tribunal Supremo que su decisión es vinculante. No se plantea siquiera el problema de la nulidad de esa designación.

La sentencia de 18 de junio de 1962 toca incidentalmente este problema, no admitiendo que el encargo conferido a peritos de dividir una cosa común sea algo relacionado con el arbitraje en su sentido propio. Las partes habían encomendado a peritos la confección de una Memoria para dividir conforme a ella la finca común. No obstante, las partes, de común acuerdo, replantearon los linderos por aquéllos fijados, y otorgaron la escritura pública de división. El recurrente pretendía que con arreglo a la división pericial le correspondían X hectáreas que reclamaba a la otra parte. La sentencia apelada, que confirmó el Tribunal Supremo, afirmó que con la rectificación de los linderos, en realidad hicieron ellas mismas una división de la cosa común. El recurrente pretendía que la escritura de división había de interpretarse en relación íntima con la Memoria de los peritos, ya que sus acuerdos les vinculaba. El Tribunal Supremo dice en uno de sus considerandos: "Que aunque se quisiera entender que ese acuerdo de someter a los peritos la formación de dos lotes o fincas de igual valor, constituyese una verdadera *cláusula compromisoria* o contrato preliminar de arbitraje—lo cual sólo se enuncia a efectos polémicos,

*pero no se admite*—, aun con todo eso, las partes, de común acuerdo podían alterarlo, como creyeran conveniente a sus intereses, por tratarse de materias no sustraídas al principio dispositivo de los contratantes”.

Punto esencialmente controvertido es el referente a la condena de división de la cosa común, impuesta por la autoridad judicial como etapa final de la *actio communi dividundo*. En el supuesto de hecho de la sentencia de 14 de febrero de 1912, el actor pedía que se procediera judicialmente a la división de la dehesa común, designándose al efecto peritos que la efectuasen. El demandante pretendía que la división se realizara por los trámites marcados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (título 1.º, libro 2.º), en virtud de los artículos 406 y 1.059 del Código civil. El Juzgado de Primera Instancia accede a que la división se lleve a efecto en la forma prevenida en los artículos 1.068 a 1.074 de la LEC, que se seguiría en el período de ejecución de sentencia. La Audiencia, por el contrario, tras unas declaraciones que no hacen al caso, ordenó que las operaciones divisionales se lleven a efecto en cualquiera de las formas de derecho. El Tribunal Supremo declara que ha lugar la casación, porque “es incuestionable que la sentencia recurrida debía señalar y tenía que decidir en términos concretos... el procedimiento que haya de seguirse para llevar a efecto la división”. Pero rechazó el motivo de casación fundado en la infracción de los artículos 1.068 al 1.074 de la LEC, que debieron aplicarse. Dice el Tribunal Supremo que “el artículo 1.059 del Código civil... no tiene aplicación al presente caso, en orden a que de modo bien claro estatuye el ya citado artículo 406, que son aplicables las reglas concernientes a la división de la herencia, fijadas en los artículos 1.051 al 1.068 del repetido Código”.

En cambio, en la sentencia de 3 de julio de 1915 tenemos que el actor pidió en trámite de ejecución de la sentencia que condenaba a la división material de la cosa común que se hiciera saber a la parte contraria el nombramiento que hacía de perito para que procediese de igual forma. Acordada así la providencia, se interpone recurso de reposición por la parte contraria, y sustanciado el incidente en sus restantes trámites, la Audiencia dicta auto revocatorio, declarando haber lugar a reponer la providencia, y acordando, en su lugar, que el juez ordene, si alguno lo solicita, convocar a las partes a la Junta oportuna, para que se pongan de acuerdo en cuanto a las personas que han de proceder a la división de los bienes. Se interpuso recurso de casación por el actor por infracción del artículo 406 del Código civil en relación con el 1.059 del Código civil y, en consecuencia, de los artículos 1.068 y siguientes de la LEC, puesto que la remisión del 406 se refiere a las reglas sustantivas de la partición de bienes hereditaria, pero no a las procesales, y de aquéllas concretaba los artículos 1.051 a 1.068. Invocaba también la interpretación errónea y omisión indebida del párrafo primero de los artículos 923 y 924 de la LEC. “Es evidente —afirmaba— que la Sala sentenciadora ha infringido ambos.

preceptos al ordenar se practiquen la división material de las fincas de referencia, por un procedimiento distinto de los preceptuados en dichos artículos, y coartando la libertad discrecional del Juez inferior, que el segundo de dichos artículos le concede para la elección de los medios que el mismo reputa más adecuados para el cumplimiento de una obligación de hacer."

El Tribunal Supremo no da lugar a la casación porque el fallo recurrido no ha infringido los preceptos legales que se citan. Dice la sentencia que son de aplicación las reglas sobre partición de herencia que el Código estatuye en su sección segunda, título 3.º, libro 3.º. Además, que el procedimiento legal adecuado para la división "no es, como pretende el recurrente, el prevenido por la Ley Rituaria para la ejecución de una condena al hacer, sino el dispuesto en los artículos 402 y 406 del Código civil".

En la sentencia de 28 de diciembre de 1928 deduce el Tribunal Supremo de la doctrina citada en las recogidas con anterioridad una sorprendente conclusión (en cuanto a que no parece que aquella doctrina sea premisa para la consecuencia que deduce): Pedida por el actor la división material de la finca, y aducido por el demandante el carácter indivisible, la sentencia de instancia, confirmada en este punto por la Audiencia, condena a la división en la forma que determina el artículo 420 del Código civil. En el recurso de casación se alega que la Audiencia comete violación, interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 402 del Código civil, sólo aplicable al caso de que los partícipes acuerden dividir la finca por sí mismos o por árbitros o amigables componedores que ellos voluntariamente nombren... siendo lo dispuesto en dicho artículo potestativo y no preceptivo, sin que sirva para una división de la cosa común impuesta como modo procedente de salir de una situación en la que algún interesado no quiere continuar"... "sería un absurdo obligarla (a la parte demandada) a nombrar árbitros o amigables componedores, pues si la recurrente se niega... no se puede hacer por ella los nombramientos, ni suponer conformidad con el formulado por la parte adversa".

Afirma, no obstante, el Tribunal Supremo que los fallos "dictados para casos análogos en 14 de febrero de 1912, 3 de julio de 1915 y 15 de abril de 1916 contienen doctrina de la que deducir la procedencia de que solamente al juez, en ejecución de la sentencia pronunciada por la Audiencia... incumbe la designación de la persona que con carácter de árbitro o componedor amigable, representase a una parte si ésta se negara a hacer el nombramiento".

Parece, pues, que la práctica para dividir la cosa común será el procedimiento marcado en el artículo 402. Si el actor, al ejercitar la acción divisoria propone el procedimiento, deberá resolverse sobre este extremo, sin que sea óbice la negativa al nombramiento del arbitrador porque el Juez lo puede suplir. Cuando hay condena a hacer la división, sin determinar la forma procesal para ello, creo con GAYOSO (Naturaleza y desarrollo procesal de la acción "comuni divi-

dundo", en Revista de Derecho Privado, 1920, pág. 217 y ss.) que será el de los artículos 923 y 925 de la L.E.C., completados por los artículos 1.061 y ss. de la misma Ley, aplicados *caute et cum juditio*, teniendo en cuenta que no se trata aquí de dividir un patrimonio. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, habrá que estar también a la forma de división del artículo 402, venciendo el Juez la voluntad rebelde al cumplimiento, porque de otro modo quedaría al arbitrio del comunero la división o disolución de la comunidad.

Ahora bien: cabe preguntar hasta qué punto es exacta esta doctrina. Creemos que el artículo 402 se refiere a los procedimientos de división voluntaria; en otras palabras, se aplican cuando haya acuerdo entre los interesados. Pero cuando se ejercita la acción divisoria, el artículo 402 es, en sustancia, inservible por las grandes lagunas que origina en cuanto a la intervención de las partes en las operaciones divisionales. El artículo 402 viene a ser, en el ámbito de la comunidad de bienes, lo que los preceptos que el Código consagra en cuanto a la división del patrimonio hereditario; reconocimiento de que las partes pueden practicar por sí mismas la división, o por un contador-partidor que nombren al efecto. Pero cuando no exista acuerdo para la división (bien porque discrepen en cuanto al procedimiento que se va a emplear para dividir, bien porque no todas consientan en la división), la división judicial habrá de atenerse a los preceptos del juicio voluntario de testamentaría, en lo que sean realmente aplicables. Es evidente que las normas sobre nombramiento de peritos o contadores, aprobación por las partes de las operaciones particionales, etc., cumplen una función mucho mayor que la simple remisión al artículo 402.

En cuanto a la venta en pública subasta, la sentencia de 16 de diciembre de 1954 negó la pretensión del actor de que si no hubiese postor en la subasta se haga aplicación de los artículos 1.504 y siguientes de la L.E.C. Dice el Tribunal Supremo que tales disposiciones no son aplicables más que a los procedimientos para pago de acreedores, como se evidencia por las personas y fines que expresamente mencionan y por estar incluidas en el título 5.º del libro II de esta Ley.

## EFECTOS DE LA DIVISION

La sentencia de 7 de febrero de 1962 señala como tales el de entenderse por Ministerio de la Ley que cada uno de los partícipes de la cosa común ha poseído exclusivamente durante la indivisión la parte que al disolverse la comunidad le correspondiere. Agrega también el de la responsabilidad por evicción o saneamiento de los bienes adjudicados salvo estipulación en contrario. Es discutible, a nuestro juicio, si esta declaración indica que el Tribunal Supremo toma partido en favor de la tesis amplia sobre el significado del saneamiento en la partición;



es decir, si se entiende que la garantía afecta tanto a la evicción como al saneamiento por vicios ocultos.

## LOS TERCEROS ANTE LA DISOLUCION DE LA COMUNIDAD

El precepto del artículo 405 consagra la regla de que no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición, al igual que los derechos personales contra la comunidad.

El Tribunal Supremo, sin embargo, en la sentencia de 22 de diciembre de 1955 ha hecho una aplicación poco afortunada de esta regla, al fundamentar en ella la legitimación pasiva de un comunero contra el que se ejercita la acción divisoria, a pesar de que al tiempo de ser demandado por esta razón sostenía un litigio con otra tercera persona respecto a la propiedad sobre su cuota en la comunidad, que se trataba de disolver mediante la división de la cosa común. La reclamación judicial de la cuota no puede enervar, dice nuestro Alto Tribunal, la acción ejercitada, "conservando siempre su fuerza el derecho que al tercero corresponda contra los demás partícipes".

El recurrente, con toda razón, aducía que el artículo 405 se refería a los derechos reales sobre cosa ajena, y no al dominio. Mientras no esté determinada la titularidad de uno de los partícipes, cuantitativa ni cualitativamente, la división no debería realizarse. "Si la división se practica —alegaba el recurrente— sin estar determinada la titularidad de esta participación, no se conserva el derecho de copropiedad que (al tercero) pueda corresponder. Por el contrario, al concretarse en propiedad plena e ilimitada sobre una porción determinada de la finca sin que el mismo intervenga, resulta un posible perjuicio nacido del concierto de los condóminos."

Ahora bien: si desde un punto de vista técnico el artículo 405 no puede amparar en modo alguno al tercero que demanda la titularidad de una cuota, quizá la decisión jurisprudencial esté forzada en este caso por un defectuoso planteamiento de la posición del recurrente. En efecto, no se puede negar a los demás copropietarios la posibilidad de pedir la división de la cosa común por el hecho de que un tercero reivindique la titularidad de una cuota. Pero, al mismo tiempo, tampoco se puede afirmar que la partición sea un acto que haya de realizarse con olvido de su posición jurídica (titular de un *ius ad rem*, y más en este caso en el que se había anotado preventivamente la demanda del tercero en el Registro de la Propiedad). En otras palabras, que el tercero tiene derecho a concurrir a la división en base a una interpretación integradora del artículo 403.

El artículo 405 salva siempre los derechos de tercero. Pero cabe preguntar si en determinadas circunstancias no protege también al comunero. Concretamente se plantea la cuestión cuando el comunero

es arrendatario. ¿Subsistirá el arrendamiento después de la división de la cosa común? Si tenemos en cuenta que la jurisprudencia ha admitido reiteradamente que no es óbice la cualidad de comunero para poseer la cualidad de arrendatario de la cosa en su totalidad, sin que ello implique limitación al ejercicio de los derechos que como comunero pueda tener en relación con la comunidad (ss. de 26-2-1908, 2-7-1926, 25-2-1928, 7-2-1944), parece necesario sustentar que después de la división sigue el contrato de arrendamiento produciendo sus efectos legales, o en otras palabras, que la división de la cosa común no es causa de extinción, *per se*, del mismo, excepto, naturalmente, en la parte que se le adjudique al propio comunero arrendatario.

Puede suceder que la disolución de la comunidad tenga lugar por otro procedimiento distinto de la división. Así, por la venta en pública subasta. Parece obvio que, respecto de los demás derechos reales, la situación quede amparada por el artículo 405, ya que su *ratio* precisamente consiste en la extinción de la comunidad, que puede conseguirse por otros medios legales distintos de la división. No hay que olvidar que el legislador contempla como *excepciones* todo procedimiento que no sea la división. En la situación del arrendatario-comunero el 405 debería jugar en los términos antedichos. Pero ocurre que se plantea la duda sobre el juego del artículo 1.571. Creemos que este precepto queda pospuesto en aquellas formas de disolución de la comunidad, porque si bien el adquirente es un comprador respecto de los comuneros-vendedores, no lo es menos que la motivación de tal negocio jurídico es la disolución de una comunidad. Hay que hacer predominar esta faceta sobre la del negocio consecuencia de la misma. El Tribunal Supremo, por otra parte, en la sentencia de 2 de octubre de 1915 concede preferencia al párrafo 2.º del artículo 405 sobre el 1.571.

#### LA DISOLUCION DE LA COMUNIDAD Y EL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL.

El Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente que la división de la cosa común puede dar lugar al juego del precepto citado. En la sentencia de 10 de abril de 1929 dice: "Durante la vigencia de nuestro Derecho anterior al Código civil, fue reiterada la jurisprudencia estableciendo la doctrina como principio de Derecho que en nada se oponía a la Ley 14, título 31 de la Partida tercera, en que se fijaba la forma de constituirse la servidumbre, de que si al pertenecer a distintos dueños por dividirse una finca antes bajo un solo dominio o separarse dos que había estado también sujetos a uno solo, existían signos aparentes de servidumbre, y no se convenía su desaparición continuando en tal estado, constituían título de tal servidumbre aquella en que los signos consistían, doctrina que la misma juris-

prudencia viene sosteniendo constantemente...” La sentencia de 10 de octubre de 1957 matiza más: “La *ratio iuris* de esta disposición... es la misma en el supuesto de la enajenación de una de las dos fincas contiguas pertenecientes a un propietario, como literalmente expresa dicho precepto, que en el de la división material de una sola poseída en común por varios dueños, tanto si se entiende que ésta da lugar a una verdadera transmisión del dominio en cuanto a la porción adjudicada a cada partícipe, como si se reputa de carácter meramente declarativo... “En modo alguno puede estimarse requisito esencial para la válida aplicación del artículo 541 la circunstancia de que el signo aparente haya sido establecido por el mismo propietario que verificó la enajenación o por los que practicaron la división (sucesores de aquél), pues basta para este efecto con que uno u otros hayan mantenido o conservado el establecido con anterioridad más o menos remota por otras personas.” (Vid. también ss. de 7-7-1883 y 6-2-1904.)

