



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



*Grado en:* DERECHO

*Facultad de Derecho:* Universidad de La Laguna

*Curso* 2015/2016

*Convocatoria:* JULIO

# DERECHO ROMANO: COPROPIEDAD Y COMUNIDAD HEREDITARIA

---

## *Una Aproximación Conceptual*

*Alumno:* Joana Batista Mateo

*Tutor del trabajo:* José María Sainz-Ezquerria Foces

*Departamento:* Derecho Romano

*Área de conocimiento:* Derecho Romano

## **RESUMEN**

### **ESPAÑOL**

Este proyecto está encauzado a abordar una aproximación conceptual de las instituciones romanas de Copropiedad y Comunidad hereditaria en el Derecho Romano y su prolongación a nuestro Derecho Civil para estudiar la conexión evolutiva existente entre ambas y su origen en la conceptualización de la figura del propietario con el fin de demostrar y corroborar su distinta naturaleza jurídica y por lo tanto su disparidad a la hora de regularla. Para ello, se llevara a cabo una comparación de la regulación de las instituciones en los diferentes sistemas jurídicos: Romano, moderno y Español.

### **INGLES**

This project is channeled to address a conceptual approach Roman institutions of co-ownership and hereditary Community in Roman law and its extension to our civil law to study the existing evolutionary connection between them and their origin in the conceptualization of figure owner for demonstrate and substantiate its distinct legal nature and therefore their disparity when it comes to regulate. To do so, carry out a comparison of the regulation of institutions in different legal systems: Romano, modern and Spanish.

## AGRADECIMIENTOS

*“Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”<sup>1</sup>*

*Ulpiano*

Antes de comenzar con la esencia de este proyecto me gustaría agradecer la labor realizada por mi tutor, el profesor José María Sainz-Ezquerro, el cual se ha involucrado totalmente en el mismo desde el comienzo siendo además comprensivo con los infortunios que han ocurrido a la hora de presentar este trabajo y ajustando su tiempo ya de por sí saturado a los horarios académicos y de estudios de una servidora, estando constantemente al tanto y proporcionándome cualquier tiempo de ayuda o consejo siendo absolutamente meticuloso a la hora de corregirme y darme indicaciones.

También me gustaría dar las gracias al servicio técnico de la biblioteca quien siempre ha estado a las disposiciones del alumnado para ayudarnos a encontrar los manuales y textos necesarios para la realización de nuestros proyectos.

Asimismo, a toda el área de Derecho Romano y demás docentes del Grado de Derecho que han sabido transmitir su entusiasmo y profesionalismo.

Y por último, pero no menos importante, a mi familia y todos mis compañeros de grado que han estado acompañándome a lo largo de estos cuatro años de carrera.

A todos ustedes, mi más sincero agradecimiento.

---

<sup>1</sup> Domicio Ulpiano, Digesto 1,1,10,2

## INDICE

1. - INTRODUCCIÓN
2. - PERFIL JURÍDICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD
  - 2.1. - Derecho Romano:
    - 2.1.1. - Concepto romano de *propiedad*.
    - 2.1.2. - Características fundamentales: *totalidad* y *exclusividad*.
  - 2.2. - Concepción pandectista: *abstracción* y *elasticidad*.
  - 2.3. - La propiedad en el Código Civil español.
3. LA COPROPIEDAD
  - 3.1. - Derecho romano:
    - 3.1.1. - Orígen
    - 3.1.2. - Concepción de la copropiedad en la época clásica.
    - 3.1.3. - La *actio communi dividundo*: estructura y características.
  - 3.2. - Noción pandectista.
  - 3.3. - Características en el Código Civil español.
4. LA COMUNIDAD HEREDITARIA
  - 4.1.- Derecho romano:
    - 4.1.1.- La *societas ercto non cito*.
    - 4.1.2.- La comunidad hereditaria en la época clásica.
    - 4.1.3.- La *actio familiae erciscundae*: estructura y características
  - 4.2.- Concepción pandectista.
  - 4.3.- La comunidad hereditaria en el Código Civil español.

## 5. REFLEXIÓN COMPARATIVA

5.1.- La propiedad como modelo referencial de la copropiedad y la comunidad hereditaria.

5.2.- ¿Es el copropietario un *propietario*?

5.3.- ¿Es el coheredero un *propietario*?

5.4.- ¿Participan de la misma naturaleza jurídica los derechos del copropietario y el coheredero?

## 6. CONCLUSIONES

## 7. BIBLIOGRAFÍA

## 8. ANEXOS

## 1. INTRODUCCION

*“La historicidad, punto de gran línea histórica que nace en el pasado, no está destinada a terminar en el presente, sino que por el contrario se proyecta hacia el futuro”* (Florentino Paolo Grossi “Mitología jurídica de la modernidad”)<sup>2</sup>.

El estudio de la historia, en este caso de la de Roma debe insertarse plenamente en la Ciencia Jurídica actual, para servir como arma de: conocimiento histórico, ya que “*es conocimiento empírico de un derecho que fue triunfo y en otros planos fracaso pero cuyos testimonios constituyen una fuente de riqueza indiscutible para la organización del futuro*”<sup>3</sup>. Este conocimiento no es una mera sapiencia inútil sino que es eminentemente didáctico ya que nos otorga una comprensión histórica de la formación y base de nuestros sistemas jurídicos y su evolución hasta el día de hoy.

A la luz de esta premisa en este proyecto, abordaremos la temática de aproximación conceptual de las figuras de copropiedad y comunidad hereditaria en el Derecho Romano y su prolongación al Derecho civil actual. Un estudio que pretende adentrarse en la existencia de una conexión evolutiva entre ambas instituciones jurídicas y su origen en la conceptualización de la figura del propietario.

Trataremos de demostrar y corroborar, a través de la comparación de las diferentes formas de aplicación de dichas figuras en los sistemas jurídicos a lo largo de la historia, dicha conectividad y a su vez, la configuración diferenciadora que las hace únicas y les otorga una naturaleza jurídica y una aplicación dispar, centrándonos principalmente en el derecho romano, la noción pandectista y el código civil español.

Para ello, hemos dividido el proyecto en 4 bloques, a su vez subdivididos en 3 apartados donde se pretende abordar la evolución de las figuras en las diferentes ramas de derecho.

- En los tres primeros bloques se delimitara el concepto de propiedad, copropiedad y comunidad hereditaria que se han ido gestando durante: la época romana, el periodo pandectista y por último, el código civil español.
- En los dos últimos bloques, se realizara una reflexión comparativa centrándose

---

<sup>2</sup> GROSSI, P. (2003), Mitología Jurídica de la Modernidad, Madrid, Ed.: Trotta, S.A., pp. 37 s.

<sup>3</sup> GROSSI, P. (2003) Mitología jurídica de la modernidad, Madrid, Ed. Trotta S.A

en la existencia o no de una conectividad evolutiva y de un modelo común entre las figuras o de la unión en una misma institución de las mismas.

Para ello tomando como ejemplo científico de cadena evolutiva la propia del ser humano; equiparando la relación Australopithecus- Homo sapiens- Homo neanderthalensis a la de Comunidad hereditaria-Propiedad- Copropiedad (Comunidad de bienes).

Y por último, se dará paso a las conclusiones y tesis final.

Como instrumentos metodológicos empleados en nuestra investigación destacamos el “histórico-crítico” que consiste en el estudio del Derecho romano y la noción pandectista como realidad histórica, esto es, como fenómeno que se produce y ha de ser entendido en un determinado momento histórico, conforme a unas determinadas variables históricas.

En segundo lugar, el método comparativo que realiza un análisis sincrónico entre los sistemas jurídicos romano, el sistema jurídico pandectista y español actual.

En tercer lugar, método científico el cual hace referencia a la serie de etapas que hay que recorrer para obtener un conocimiento, utilizando para esto instrumentos que resulten fiables.

Y finalmente, nos hemos servido del método dogmático y jurisprudencial, para la extracción de los fundamentos objetivos y prácticos a través de las normas jurídicas actuales.

## 2. PERFIL JURIDICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

### 2.1 DERECHO ROMANO

#### 2.1.1. - Concepto romano de propiedad

El concepto de propiedad en el Derecho Romano experimenta una profunda transformación desde su originaria configuración en la época arcaica hasta su regularización en la época justiniana.

A pesar de ello, desde el comienzo, para los romanos la propiedad se entendió como el más amplio poder dentro del ordenamiento jurídico que se le podía conferir a una persona sobre una cosa, es decir, plena “*potestas in re*”<sup>4</sup> Si bien la materialización de esta idea fue distinta en cada una de las épocas, no cabe duda que todas partieron del mismo pensamiento:

“*Cuando el propietario afirma que la cosa es suya, **res mea est**, está expresando la idea de una pertenencia total y exclusiva de la cosa*”

- En la **época arcaica**, el concepto de propiedad se entendía como algo colectivo visto como un *señorío*; según podemos entender de lo descrito por Varrón en “*De re rustica 1. 10*” donde afirma que el primer rey romano llevo a cabo una disposición en virtud de la cual habría procedido a la asignación de una porción de terreno, no superior a media hectárea, denomina *heredium*, a cada ciudadano, la cual sería, a su vez, objeto de transmisión a los herederos del *civis*, *heredem sequerentur*, al fallecimiento de su titular y de ahí su denominación. De esta manera no solo se respondería a una idea futura de propiedad privada sino también de propiedad familiar, derivada de la idea de que la titularidad de los bienes era exclusiva del *paterfamilias*.

Durante este periodo el término utilizado para designar a la propiedad era “*mancipium*”<sup>5</sup> que aludía a la idea de aprehensión corporal de la cosa, *manu capere*, del propietario.

---

<sup>4</sup> FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO, “*Derecho Privado Romano*” tercera edición, manuales, editorial Iustel, año 2010 pag. 381 a 388

<sup>5</sup> El *mancipium* es el acto (*mancipatio*) y a la vez el poder que se adquiere con ese acto sobre la cosa (*res Mancipi*) y personas que integran la casa (*domus*).

- En la **época Clásica**, el concepto de propiedad es eminentemente individual: pertenece al *paterfamilias* la titularidad sobre el patrimonio y es el único capacitado para ejercer cualquier clase de negocio en su inmediato interés y el de la familia. Sólo a su muerte, quienes estaban inmediatamente en su potestad, entrarían como herederos de lo suyo en el patrimonio-herencia (*heredes sui*). Esta idea surge del concepto de propiedad concebido en la Ley de las XII Tablas el cual comienza a establecer determinadas delimitaciones legales al derecho del propietario.

Durante este periodo fue cuando se comenzó a acuñar por la jurisprudencia el término “*dominium*”, de donde derivan dueño y dominio para expresa la idea de poder absoluto sobre la cosa.

- En la **época postclásica** y en la **época justiniana**: se mantuvo la idea individual de la propiedad pero situándole otros límites que en tradiciones anteriores no estuvieron contemplados y consolidando el concepto en sí mismo de propiedad.

Durante este periodo se comenzó a utilizar el término “*proprietas*”<sup>6</sup>, para hacer referencia a la titularidad sobre la cosa, que a pesar de ser un término vulgar y no encontrarse recogido explícitamente en la jurisprudencia o textos legales, se conoce su utilización para hacer referencia al poder pleno y unitario que tenía el titular de una cosa sobre ella.

En definitiva y a pesar de no existir un concepto único y unitario sobre el derecho de la propiedad si es cierto que durante todas las épocas se sigue la misma línea sobre lo que ellos consideraban propiedad; partiendo de eso podríamos definirla como:

*“El derecho real más amplio y autónomo contenido en el ordenamiento jurídico, ya que comprende todas las facultades que el titular puede ejercer sobre la cosa y no depende de ningún otro para llevarlas a cabo”*

---

<sup>6</sup> Prevalció en las lenguas romance aunque es de origen vulgar: se especifica en sentido jurídico en autores no jurídicos del principado pero no aparece en las rogaciones (En la lex dicta de Vipasca, cap.2. d’Ors. Epigrafiya jurídica. De la España romana, año 1953. Pag. 188 ss )

### 2.1.2. – Características fundamentales: totalidad y exclusividad

La propiedad en el derecho romano se caracteriza fundamentalmente por ser:

1. **Absoluta o total:** comprendiendo en si misma todas las facultades, usos, goces y disfrutes posibles que se pudieran tener sobre la cosa siempre y cuando no estuviesen impedidos por las limitaciones legales o por el derecho de tercero.

Esto significa que la propiedad era un derecho único e incondicional de la persona que ejercía la titularidad sobre la cosa.

2. **Exclusiva:** el objeto de propiedad no puede ser intervenido de ningún modo por persona distinta del titular, es decir, nadie podía ejercer las facultades vinculadas al objeto junto con su uso, goce y disfrute más allá del que se tenía por dueño de la cosa. El *dominium* era exclusivo del que se conocía como propietario.

### 2.2. - **CONCEPCIÓN PANDECTISTA:** abstracción y elasticidad.

El concepto de propiedad incorporado tras el movimiento dogmatizante que tuvo lugar en el siglo XIX se aparta de la noción concebida por los romanos, puesto que para éstos el derecho de propiedad atendía a su contenido, como el derecho de usar, disfrutar, abusar, disponer de una cosa corporal, sin más limitaciones que las impuestas por la ley o la voluntad del transmitente, mientras que los juristas modernos no consideraban a la propiedad como una simple suma de facultades, ya que entienden que el propietario puede estar privado de ellas, aunque sea temporalmente, sin dejar por eso de conservar la propiedad.

En este sentido, Wolf define la propiedad como “*el más amplio poder de señorío que puede tenerse sobre la cosa, sin aludir a su contenido*”.

Otra diferencia con el Derecho romano son las características propias del mismo, ya que, como vimos en el apartado anterior, los romanos entendían que el derecho de propiedad era absoluto y exclusivo del dueño de la cosa, mientras que para la doctrina moderna, el derecho de propiedad se caracteriza por dos notas fundamentales:

1. **Abstracción:** es un poder autónomo, abstracto, hecho de las facultades que integran la propiedad, es decir, se puede atribuir a un sujeto con independencia

de que tenga las facultades propias del derecho de propiedad, mientras, eso sí, tenga un contenido mínimo que identifique el derecho y que le permita su práctica.

El derecho del dueño es concebible con independencia de las facultades singulares que puedan faltarle, mientras los derechos reales limitados representan la puesta en valor de una facultad aislada y no se conciben sin ella.

*El derecho es separable de sus facultades y con existencia distinta y autónoma de cada una de ellas*<sup>7</sup>

2. **Elasticidad:** significa que el derecho de propiedad tiende al máximo, es decir, se expande hasta los límites legales, de tal forma que esto permite que cuando las limitaciones que recaen sobre la cosa cesan, todas las facultades se consolidan. En otras palabras, por su fuerza expansiva vuelve a recuperar las facultades reducidas cuando se extingue el derecho que producía la minoración del poder del propietario.

El dominio es elástico no ya porque pueda ser despojado de algunas o muchas facultades sin dejar de ser dominio, sino porque potencialmente abarca y reclama todas las posibles influencias sobre la cosa, reabsorbiéndolas en tanto no las tenga jurídicamente otro titular<sup>8</sup>.

Podemos decir por lo tanto que lo que hace el derecho moderno, en comparación al derecho romano, es ampliar la conceptualización de la propiedad en sí misma, no reduciéndola solo a su concreto contenido, sino dejando la puerta entre abierta, para una mayor amplitud del concepto.

### 2.3. - LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

El Código Civil, por su parte, define el dominio siguiendo a la doctrina tradicional, es decir, por la enumeración de sus facultades. Así el artículo 348 dispone que:

*“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el*

---

<sup>7</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS “Elementos de Derecho Civil, III Derechos Reales: Editorial DYKINSON, 2008, pág. 240.

<sup>8</sup> LACRUZ BERMEJO, JOSE LUIS, *ibidem*.

*poseedor de la cosa para reivindicarla”.*

A partir de esta definición hay que tener en cuenta dos aspectos:

1) Su definición como suma de facultades, pues su contenido no se agota con las enumeradas, las facultades citadas no son exclusivas del derecho de propiedad (así la facultad de gozar en el usufructo o de disponer en la hipoteca) y la propiedad no deja de existir aunque falte alguna de ellas (ej, la nuda propiedad).

2) El tener un sentido individualista, huella del Código francés, que sólo recoge las limitaciones legales del dominio, sin tener en cuenta las institucionales, como la prohibición del abuso del derecho y las derivadas de la teoría de la función social de la propiedad, recogida en numerosos textos legales como la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la Ley del Suelo de 1956, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973<sup>9</sup>

Por otro lado, el CC reconoce una función social a la propiedad, no adquiriendo la propiedad en sí misma una tal función, sino que ha de ejercitarse en línea con la función social, es decir, las leyes serán las encargadas de determinar las facultades de dominio y los límites de extensión o las cargas y obligaciones que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras de un bien común.

Entendiéndose por función social, que la propiedad esta subordina al interés general o al bien común, como se fundamenta en el at. 128 CE:

*“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titular, esta subordina al interés general”*

De esta manera, nuestro concepto de propiedad privada se encuentra limitada por el interés general, es decir, las acciones que tú puedes llevar a cabo en razón del dominio sobre la cosa quedan limitadas por aquéllas que puedan afectar a la cosa de otro sujeto.

Por último, debemos observar que la propiedad en nuestro Código Civil es una fusión de los dos conceptos acuñados por el derecho romano y el derecho pandectista, puesto que aunque nuestro concepto se asemeja más al romano se incluyen también las

---

<sup>9</sup> Las dos últimas normas citadas se encuentran en la actualidad derogadas y han sido sustituidas por: El Real decreto legislativo “/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelos y

características y la idea de amplitud proporcionadas tras el movimiento científico decimonónico.

### **3. LA COPROPIEDAD**

#### **3.1. - DERECHO ROMANO**

##### *3.1.1. Orígen*

El origen del condominio lo encontramos en el “*consortium inter fratres*”<sup>10</sup> o comunidad universal de bienes constituida entre los *filiifamilias* a la muerte del *pater*. Donde cada uno de los consortes es dueño de la totalidad y, por consiguiente, tiene el pleno poder de disposición sobre la cosa: “*Todo pertenece a todos y solo queda limitado por el ius prohibendi del otro condómino*”<sup>11</sup>

A pesar de que según un principio fundamental romano, no es dable la existencia de una propiedad ejercitada por varios individuos sobre la misma cosa:

Celso (D.13, 6, 5, 15.): “*Duorum in solidum dominium esse non potest.*”

Entendiéndose que si la propiedad es exclusiva, en cuanto que una cosa no puede pertenecer *in solidum* a varias personas, se admitiría en cambio una comunidad de propiedad por cuotas ideales, esto es, sin atribución de partes físicas “*Totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*”<sup>12</sup>, que no es en sí misma una copropiedad sobre un todo.

##### *3.1.2. Concepción de la copropiedad en la época clásica.*

En la época clásica desaparece el concepto de “*consortium*”, imperando el régimen del ejercicio *pro parte*, es decir, por cuotas, de tal manera que cada condómino solo podrá disponer con libertad de su cuota abstracta, enajenándola, gravándola etc. y

---

<sup>10</sup> Gayo, 3, 154, a-b

<sup>11</sup> IGLESIAS, JUAN, “Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado” Editorial Ariel págs. 320 a 323, año 1198.

<sup>12</sup> D.13, 6, 5, 15.

considerándose la situación de condominio como un estado transitorio, dado que cada *socius* o *dominus*, podrá pedir en cualquier momento la división de la *res communis*, mediante la *actio communi dividundo*.

El jurista romano Ulpiano consideraba que “*no puede ser de dos integro el dominio o la posesión, ni cualquiera ser señor de parte de la cosa, sino que tiene en parte el dominio de la cosa sin dividir*”; viniendo a decir con esto que las personas eran titulares de la cosa *pro indiviso*, o sea, como si el todo no perteneciera a cada uno, sino por partes o cuotas indivisas, por lo que cada uno de los condominios tenía derecho a una cuota parte, ya fuese ideal o abstracta del bien que se encontraba en condominio.

### 3.1.3. La actio communi dividundo: estructura y características.

La “*actio communi dividundo*”<sup>13</sup> es la acción que compete a cada condominio en particular, para ejercitar su derecho a la división de la cosa común, cuando esta no ha podido realizarse amistosamente, de común acuerdo, a través de la división.

Esta figura podemos encontrarla en el Digesto, en su libro X, Título 3, bajo la rúbrica: “*Communi Dividundo*” y en el título 37 del libro III del Codex, con la misma denominación.

#### FORMULA PROCESAL:

*Quod Aulus Agerius Numerius Negidius de communi dividundo et si quid in communi damni datum factumve sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenit, iudicem sibi dari postulaverunt: quantum ob eam rem alterum alteri adjudicari oportet, iudex alterum alteri adjudicato: quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet, eius iudex alterum alteri condemnato, si non paret absolvito.*

- Puesto que Aulo Agerio y Numerio Negidio piden juez para la división de la cosa común y también por el daño causado por uno u otro o por la ventaja obtenida por uno u otro, tú, juez, adjudica (a cada uno) cuanto deba serles adjudicado y condena a uno respecto del otro en todo lo que por tal asunto deban indemnizarse, si no resulta ser así, absuelve.

---

<sup>13</sup> REVUELTA SALAZAR, MARIA, “*La evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho Romano*” colección monografías jurídicas, Servicios de publicación de la Universidad de Jaén (2003) pág. 148.

Hay que señalar que la estructura y las características de la *actio communi dividundo* varía en relación a la época a la que nos refiramos:

En la **época clásica** esta acción no tenía otra finalidad que la de llevar a cabo la división del condominio con su correspondiente "*adiudicatio*"<sup>14</sup> de la cuota material para cada uno. Por ello en los textos clásicos se hace referencia únicamente a esta función, por ejemplo, Paulo, en D. 8, 2, 26 señala que: "***Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit***", es decir, el normal desenlace de los desacuerdos o contiendas sin fin que se pueden producir entre los condóminos.

Para ellos, al igual que hoy en día, que los partícipes en un condominio estén de acuerdo en mantenerse de manera prolongada en el tiempo sin que ocurra ningún conflicto entre ellos no era algo común, puesto que la propia naturaleza de la copropiedad es inestable lo que significa que era necesario aportar una salida para la resolución de los conflictos que pudieran verse en causados por permanecer en esta situación.

Un ejemplo de ello, lo encontramos recogido en el texto C. 3,37,5, donde los romanos querían garantizar la división, es decir, ellos consideraban que existía el derecho del condueño a salir del estado del condominio:

***"In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri"***

*"Nadie puede ser constreñido, contra su voluntad, a permanecer en comunidad"*

En términos generales, las características de la acción de división las podemos resumir en:

1. Las acciones de división fueron concebidas como "*actiones in personam, no in rem*", puesto que el demandado está obligado a defenderse. Por ello, cada parte poseía un doble papel, a saber, demandado y demandante, existiendo una *inducia duplicia* (duplicación de la identidad)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Término latino que significa: adjudicación. En este caso es la forma utilizado por los clásicos para hacer referencia a la adjudicación de una cuota tras la división de la copropiedad.

<sup>15</sup> Aunque esta denominación parece ser de origen postclásico, así lo testimonian juristas como Juliano (D. 10, 1,10), Paulo (D.10, 2,44, 4) o Ulpiano (D.10,2,2,3).

2. La acción se caracteriza por dar lugar a *jurgia*<sup>16</sup>, cuya solución es confiada a un *arbiter*. Lo que viene a decir, es que el objeto de la acción no es reconocer la pretensión discutida por las partes, sino conceder derechos autónomos, y por lo tanto no supone la existencia de un conflicto con pretensiones rivales, que desemboquen en una *litis*<sup>17</sup>
3. El objeto de la acción es doble: por una parte, el reparto de los bienes divisibles, que lleva a la liquidación de la indivisión; y por otra parte, la compensación de la desigualdades producidas en el reparto, además del reembolso<sup>18</sup>

A partir de la **época postclásica y en el derecho Justiniano** se introduce la posibilidad de que no sólo sea ésta su única función, sino que además entre a dilucidar las obligaciones recíprocas nacidas entre los condóminos, sin provocar la división. Por lo tanto, podemos comprobar la evolución que experimenta este instrumento procesal, dándosele un nuevo papel y, con ello, un doble carácter: *real*, por cuanto la acción tiene la finalidad de dividir y repartir los bienes, y *personal*, al regular las obligaciones nacidas entre los condóminos *manente communione*, es decir, con permanencia de la situación de condominio.

Las características de la acción en este último periodo pueden resumirse así<sup>19</sup>:

1. Cada condómino puede ahora cumplir actos dispositivos sobre la cosa, también contra la voluntad de los otros. En consecuencia, el *ius prohibendi*, negado como defensa privada, fue admitido en vía judicial.

---

<sup>16</sup> Sobre este término vid. Varron, *De ling. lat.* 7,93. Asimismo, D. 10,2,57; D. 23,3,31; D. 23,4,27, entre otros.

<sup>17</sup> La oposición entre *lites* y *iurgia* viene establecida por los textos clásicos. La definición más clara es la que ofrece Nonius Marcellus, citado por Ciceron (BRUNS, Fontes, II, pag. 66-67): "*Jurgium levior re est, si quidem inter benivolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur: inter inimico dissensio lis appellatur. M.Tullius de rep. L.III: "Admiror nec rerum solum sed verborum etiam elegatiam: "si jurgant", inquit; benevolorum concertatio, no lis inimicorum, jurgium dicitur". Et in sequenti "jurgare igitur lex putat inter se vicinos, nom ligitare. Vid. Asimismo, Ciceron, Pro Murena 12,27:... homines tam ingeniosos...statuare non potuisse utrum diem tertium an perendium, judicem an arbitrium, rem am litem dici oporteret; De leg.2,12,29*

<sup>18</sup> Con este doble objeto de la acción comienza a verse comparaciones entre el condominio y la situación de coherederos por algunos juristas como Gayo y Paulo, que señalan la relativa relación entre la función de la acción de división y la *actio familiae erciscundae*.

<sup>19</sup> RICCOBONO,S., "Dalla comunio del diritto quiritario alla coproprieta moderna", cit. pag.114 ss.

2. Siguen teniendo la misma posición que en el derecho clásico, pero en este caso con una menor libertad e independencia teniendo que actuar de formas unitarias y organizadas en un colectivo.
3. Se manifiesta el derecho de goce, a la conservación y al destino de la cosa.
4. Junto con esta acción se incluyen todas aquellas especiales que competen al propietario particular.

### 3.2. - NOCIÓN PANDECTISTA.

La comunidad de bienes es un cuasicontrato, conforme al cual una cosa, derecho o masa patrimonial pertenece a varias personas, ya sean físicas o jurídicas, de forma *in diviso* denominadas “comuneros”.

Durante la compilación llevada a cabo por los pandectista, las dos corrientes de derecho- romana y germana- acabaron mezclándose entre sí a la hora de dar forma a las nuevas conceptualizaciones de las instituciones jurídicas. En el caso concreto de la comunidad de bienes, esta se vio salpicada por los principios del derecho germánico, el cual consideraba que el condominio no era una situación incidental sino que era estática y permanente, lo que provocó que el concepto romano de cuotas y proporciones ideales sobre la propiedad desapareciera, incorporando la idea de que la propiedad era mancomunada, es decir, no tenía más límites que aquellos que se imponían al individuo para el uso y disfrute del bien o derecho común, sin llegar a una atribución real del mismo.

Por lo tanto, durante este periodo el concepto de comunidad romana se vio diluido por los principios germánicos y comenzó a caracterizarse por:

- Inexistencia de cuota, lo que impedía el ejercicio de la división por parte de la cosa o derecho común.
- Situación permanente y de gran estabilidad.

Sin embargo, nunca llegó a perder toda su esencia romanista, ya que, aunque en el derecho germánico se consideraba que existía un vínculo personal entre los copropietarios, fundamentalmente de carácter familiar o de estirpe, que preexiste a la propia condición de copropietario y que, por tanto, es trascendente respecto de la

situación de cotitularidad real, que ha de considerarse subordinada a aquel vínculo, en esta nueva conceptualización no se tuvo en cuenta y se mantuvo la idea separatista que mantenía el derecho romano sobre las figuras de la comunidad bienes y la comunidad hereditaria, en las que la cotitularidad era derivada de la voluntad de las partes y no de un vínculo familiar.

### 3.3. - CARACTERÍSTICAS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

La comunidad de bienes se encuentra regulada en el Título III del Código Civil, bajo la rúbrica “De la Comunidad de bienes,” desde el artículo 392 al 406.

El Código Civil entiende, en su art. 392, que *“Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas”*, es decir, la comunidad de bienes es la situación en la que se encuentran varias personas cuando tienen todos los mismos derechos de dominio sobre una cosa en su parte proporcional.

De tal forma que el derecho español contempla la figura de la copropiedad como en su tiempo la entendían los romanos: en ambos ordenamientos se considera que tiene lugar cuando varias personas tienen derechos sobre la misma cosa y, por otra parte, que nadie puede ser obligado a mantenerse en copropiedad, dándoles algún mecanismo para disolver dicha comunidad.

En nuestro caso, es a través de una simple solicitud de división que viene recogida en los arts. 400, a cuyo tenor *“ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común”* y 401, el cual dispone que *“sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”*.

## 4. LA COMUNIDAD HEREDITARIA

### 4.1.- DERECHO ROMANO:

#### 4.1.1.- La *societas ercto non cito*.

La *societas ercto non cito* es un término de la época clásica acuñado por el jurista Gayo, para referirse a la situación que se generaba cuando el *paterfamilias* fallecía y a causa de ello resultaba entre sus herederos una cierta sociedad en relación a los bienes del causante, es decir, se formaban por el simple hecho de que, muerto el *pater* sus hijos se encontraban automáticamente en un estado de indivisión del caudal hereditario.

En la doctrina romanista, esta sociedad a la que hacía referencia Gayo es lo que se conocía como *consortium ercto non cito*, un condominio o comunidad producido de forma natural y legítima derivada de la relación entre el *paterfamilias* y sus herederos.

Dicho *consortium* supone la unión histórica entre ambas figuras- copropiedad y comunidad hereditaria- dado que en las XII Tablas, un condominio se formaba originariamente tras haberse encontrado sometidos los descendientes del *paterfamilias* a formar una comunidad en torno a los bienes de este. Sin embargo, con el tiempo, a medida que las necesidades socioeconómicas lo fueron exigiendo, aparecieron nuevas estructuras “artificiales” según informa Gayo, en 3. 15,4b, que en cierta manera ya se habían diferenciado del *consortium ercto non cito inter fratres (societas ercto non cito)* en la medida en que el *consortium* (condominio) tenía su origen, no ya en una situación familiar anterior, sino en la voluntad de las partes de mantenerse en comunidad.

Por esto, entendemos que para los romanos existía una conexión entre ambas instituciones jurídicas pero que a su vez las entendían y regulaban como distintas, partiendo del hecho de que ambas se basaban en supuesto jurídicos diferentes: la **copropiedad** en la voluntad de las partes de mantenerse en condominio y la **comunidad hereditaria** en la situación familiar producida tras la muerte del pater familia.

#### 4.1.2.- La comunidad hereditaria en la época clásica.

La comunidad hereditaria en la época clásica es objeto del derecho sucesorio manteniendo un concepto similar al que tenemos hoy en día, establecido por el Código

Civil. De tal forma que para los romanos se formaba una *comunidad hereditaria*<sup>20</sup> cuando varias personas eran llamadas a heredar conjuntamente surgiendo entre ellas el estado de comunidad en la que la participación de cada una viene determinada por la respectiva cuota hereditaria.

Así se deduce del texto de Juliano<sup>21</sup>: “*Hereditas nihil est aliud quam successio in universum ius quod difunctus habuerit*”, y también de Gayo<sup>22</sup>: “*Nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius quod difunctus habuit*”.

La comunidad hereditaria se caracteriza por:

- No existir una única comunidad que recaiga sobre el patrimonio hereditario unitariamente considerado, sino que existen tantas comunidades por cuotas como objetos singulares haya en la herencia.
- Regirse por el principio *nomina et debita ipso iure dividuntur*, en virtud del cual los créditos y las deudas no forman parte de la comunidad ya que se dividen automáticamente entre los coherederos en proporción a sus cuotas.
- La plena disponibilidad sobre la cuota, que posee cada heredero, para poder enajenarla, transmitirla de forma onerosa o gratuitamente y gravarla.

Se trata, por tanto, de una situación transitoria que carece de visos de permanencia.

#### 4.1.3.- La *actio familiae erciscundae*: estructura y características

La *actio familiae erciscundae*<sup>23</sup> es la acción que compete a cada uno de los herederos para ejercitar su derecho a dividir la cosa común hereditaria. Esta *actio* fue introducida por la ley decenviral, y no solo tienen la finalidad única de división de las cosas hereditarias sino que sirve también para regular todas clases de relaciones de crédito

---

<sup>20</sup> IGLESIAS REDONDO, JUAN “Derecho Romano- Historia e instituciones- Editorial Ariel Derecho, pags. 549 y 550 , año 1998

<sup>21</sup> D: 50, 16, 24 “La herencia no es más que la sucesión en todo el derecho que tenía el difunto”

<sup>22</sup> <sup>22</sup> D: 50, 16, 24 “La herencia no es más que la sucesión en todo el derecho que tenía el difunto”

<sup>23</sup> Como *actio civilis* solo alcanzaba originalmente al *heres* (Gayo, 2, 219; Ulpiano, 19, 6). El derecho honorario y el imperial la extendieron a otros casos: a las personas a quienes se confiaron los bienes *libertatum servadarum causa*; a la división de las cuotas entre herederos y fideicomisario, entre heredero y arrogado respecto de la *quarta Divii*. (GLOTTA NELSON, 44 (1966) pag. 44 ss)

surgidas durante el estado de la comunidad.

Podemos comprobar que existe una semejanza entre esta figura y la *actio communi dividundo*, utilizada para llevar a cabo la división en la copropiedad, generando que muchos autores tienda a confundirlas o a equipararlas; pero no hay que olvidar que ambas acciones, a pesar de tener semejanzas, se utilizan para llevar a cabo pretensiones distintas en diferentes instituciones jurídicas.

#### FORMULA PROCESAL:

*Quod Lucii Titii heredes de familiae erciscundae deque eo, quod in ea hereditate ab eorum quo, postea quam heres factus sit, iudicem sibi dari postulaverunt, quantum adiudicari oportet, iudex Aulo Agerio Numerio Negidio adiudicato, quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet eius iudex alterum alteri condemnato, si non paret absolvito.*

- Puesto que los herederos de Lucio Ticio piden juez para la división de la herencia, ya que alguno de ellos gestionó bienes de dicha herencia, tú, juez, adjudica a Aulo Agerio y Numerio Negidio cuanto deba serles adjudicado, y condena a uno respecto del otro en todo lo que por tal asunto deban mutuamente indemnizarse, si no resulta ser así, absuelve.

#### 4.2.- CONCEPCIÓN PANDECTISTA.

La **comunidad hereditaria** puede ser definida como “aquella situación en la que se encuentra la herencia, desde la aceptación hasta su división o adjudicación, como consecuencia de la existencia de una pluralidad de personas que han sido llamadas simultáneamente a recibir en la misma una parte alícuota o participación ideal y abstracta, que no se proyecta sobre los bienes determinados, sino sobre la totalidad del patrimonio hereditario considerado en su conjunto como una unidad (*universitas iuris*)”<sup>24</sup>

El concepto pandectista sigue la vertiente del concepto romanista con la única diferencia de que ellos no conciben la comunidad hereditaria como una figura esencialmente diferente a la comunidad de bienes, ya que en tanto los romanos

---

<sup>24</sup> COLINA GAREA, RAFAEL “Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria” Artículo jurídico, *Anuario da Facultade de Dereito*.

proporcionaban una acción propia a cada figura para dar por finalizada la comunidad, los pandectista, por el contrario, asemejan las figuras, dejando lagunas que habrán de colmarse por normas supletorias, es decir, las normas que se aplican para la división de la comunidad de bienes son las mismas que se utilizan para separar la comunidad hereditaria.

#### **4.3.- LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.**

La comunidad hereditaria en nuestro código civil se rige por lo dispuesto en su título III: “De la sucesión”, y, en su defecto, por las normas de la comunidad de bienes (arts.392 y ss.), y viene definida como la situación que se produce en la herencia cuando son varios los llamados a la misma y han aceptado, de manera que constituyen una comunidad hasta que se lleve a cabo la partición (división de los bienes).

Es una forma de ser llamado a la herencia, según el principio del art. 659 CC, no contemplada específicamente como tal en nuestro código y que se habrá de regular fundamentalmente por la voluntad del testador o los pactos entre los coherederos.

Cabe decir que la comunidad hereditaria no recae sobre los concretos bienes que integran la herencia, sino sobre esta misma concebida en su conjunto como una unidad, es decir, no existen tantas comunidades como bienes haya en el caudal relicto, sino una única comunidad que se proyecta sobre la herencia considerada en su universalidad<sup>25</sup>.

Por lo tanto, podemos decir que el Derecho español no contempla la figura de la comunidad hereditaria en sí misma con una propia regulación, sino que predomina una especie de “laguna” legal que tiene que ser solventada por medio de los artículos vinculados a la comunidad de bienes, puesto que tras el movimiento compilador las diferencias en las instituciones recogidas por el derecho romano se ven opacadas por el ideal pandectista de unificación.

---

<sup>25</sup> FERRANDIS VILELLA, J. “La comunidad hereditaria” cit. Pág. 55 y 56

## **5. REFLEXION COMPARATIVA**

### **5.1. La propiedad como modelo referencial de la copropiedad y la comunidad hereditaria.**

Tras haber estudiado la formación, configuración y transformación de las figuras a lo largo de los siglos, podemos observar como tanto la copropiedad como la comunidad hereditaria poseen resquicios del concepto de propiedad.

En otras palabras, el concepto de propiedad sería un modelo referencial usado para desarrollar la conceptualización y aplicación de la copropiedad y la comunidad hereditaria.

Para poder ver esto con una mayor exactitud, hemos aplicado el método de comparación científica<sup>26</sup>, quizás no en el sentido literal del mismo, pero si basándonos en sus premisas para llevar a cabo este pequeño símil.

Como ya sabemos el “Homo Sapiens” a pesar de no ser el origen de la especie humana, es su modelo referencial, siendo el concepto final, al que todos aspiran llegar. El motivo por el cual este sujeto sería el modelo ideal es porque posee todas las características necesarias y fundamentales (caminar erguido, inteligencia, habla) las que por el contrario, el Homo neanderthalensis y el Australopithecus (Mono) – sus antecesores- no alcanzaron.

Por su parte, aunque el homo neanderthalensis caminaba algo más erguido y tenía una inteligencia superior a sus antecesores, no se le puede considerar totalmente desarrollado, es decir, a pesar de que en apariencia es semejante al homo sapiens una vez que lo estudias e intentas ver su aplicación real se ven sus diferencias.

A su vez, el Australopithecus (Mono), a diferencia del neanderthalensis, se aleja totalmente del homo sapiens siendo casi imposible hallar alguna semejanza ya que su desarrollo es casi inexistente; sin embargo, si podemos encontrar una conexión entre este y el neanderthalensis, ya que comparten características físicas similares aunque no dejen de ser dos sujetos totalmente distintos.

---

<sup>26</sup> El diseño de la investigación comparativa es simple. Estudiamos ejemplares que pertenecen al mismo grupo pero que difieren en algunos aspectos. Estas diferencias llegan a ser el foco de la exanimación. La meta es descubrir por qué los casos son diferentes: para revelar la estructura subyacente general que genera o permite tal variación.

Con todo esto lo que pretendemos explicar es que a pesar de ser tres sujetos claramente unidos genéticamente, no cabe decir que sean el mismo pero sí que lo que se pretende obtener es un guía del que parta el estudio científico para poder encontrar explicaciones a los sucesos evolutivos acontecidos. Por eso, el homo sapiens sería el modelo referencial ya que es el sujeto final, el que ha evolucionado soportando todos los cambios a lo largo de los siglos, y con el que somos capaces de conocer nuestro pasado.

Ahora bien, lo mismo que sucede en este ejemplo científico, se puede trasladar a la relación tridimensional: comunidad hereditaria- propiedad- comunidad de bienes.

En nuestra tesis, la propiedad equipararía al Homo sapiens como modelo referencial ya que en sí misma es el estado ideal para llegar al fin deseado, es decir, *es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, de forma individual, total, exclusiva y abstracta*. Por otro lado, la copropiedad equipararía al homo neanderthalensis, ya que carece de dicha individualidad y exclusividad, puesto que de una misma cosa se considera que habrá dos o más propietarios, una cotitularidad, pero seguiría manteniendo su conexión con el derecho real de propiedad; Por el contrario, la comunidad hereditaria equipararía al Australopithecus, la cual ni siquiera llegaría a ser titularidad ya que un heredero no es titular de la cosa, es titular del derecho a suceder y ser llamado al patrimonio hereditario, formándose en este caso una comunidad o cotitularidad al ser llamados a suceder dos o más sujetos.

Por consiguiente, aunque el ideal del que parten las tres figuras sea el de obtener titularidad sobre un bien, no se desarrolla de la misma forma, ya que los derechos sobre la cosa se encuentran limitados bien a una doble titularidad o bien a un derecho distinto del de propiedad.

Finalmente, quedaría demostrado que el propietario es el modelo referencial en el que los romanos se basaron para desarrollar las figuras de la copropiedad y la comunidad hereditaria, puesto que en ambos casos, los sujetos seguían poseyendo dominio sobre la cosa, ya fuese un bien, una cosa, un uso o el derecho a suceder<sup>27</sup>.

Una vez delimitado esto, nos encontraríamos con que aun siendo considerado jurídicamente un modelo ideal del estado de propiedad no podría decirse que el

---

<sup>27</sup> Apartados 2.1.1, 3.1.2 y 4.1.1

copropietario o la comunidad hereditaria sean exactamente iguales al concepto de propietario:

## **5.2.- ¿Es el copropietario un propietario?**

El Código Civil Español señala que existe copropiedad cuando *“la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas”*, es decir, el copropietario se forma cuando existen varios sujetos que tienen el mismo derecho de dominio sobre una cosa. Por consiguiente, el copropietario no sería un propietario debidamente entendido, sino un eslabón inferior en la cadena evolutiva, al igual que los es el neandertal para el homo sapiens.

Aun así, con independencia de que no revista mayor dificultad el significado de copropiedad para su comprensión, no implica que en la práctica cotidiana no revista complejidad, sino todo lo contrario. La copropiedad es fuente de multitud de conflictos que terminan dirimiéndose ante los juzgados y tribunales con una enorme y variada casuística.

Esto se debe a que, a pesar de que, el copropietario no es un propietario conceptualmente entendido, como explicamos al comienzo del mismo trabajo: *“El propietario es aquella persona que tiene el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las dadas por la ley de forma individual, total y exclusiva”*, se tiende a posicionar ambas figuras en la misma línea definitoria a la hora de accionar el derecho de propiedad ya que comparten el mismo derecho de dominio sobre una cosa.

Sin embargo, aun con todo ello, ambas figuras seguirían sin ser la misma ya que al existir dos o más titulares sobre una cosa, las características de: individualidad, totalidad y exclusividad, fundamentales del concepto de propietario, desaparecen; al tener los cotitulares un derecho de propiedad limitado sobre la cosa, es decir, cada uno es titular de forma individual del derecho sobre su parte proporcional, pero de manera colectiva frente al todo y aunque, en sí mismo, es exclusivo está totalmente limitado por las acciones que realice el otro cotitular sobre la misma cosa.

Entonces, si aun con todo lo expuesto, en nuestro CC se sigue considerando al copropietario un propietario con limitaciones *¿Por qué es necesario otorgarle una sección específica para regular su aplicación?* Pues bien, esto se debe a que el derecho de propiedad que todo propietario posee, no se puede aplicar sin limitaciones a aquellos

sujetos que comparte un condominio, puesto que los cotitulares de una comunidades de bienes tienen limitado su derecho de propiedad a su parte pro indivisa.

Por ello, es necesario darle una regulación específica para poder establecer esas limitaciones y como aplicarlas en la práctica para poder evitar así los conflictos que se suscitan. De tal forma que habría que dejar de comparar y asemejar ambas figuras en la práctica y ser coherentes con la separación desarrollada en el código civil, puesto que no se puede decir que el copropietario sea un propietario sino que más bien estaríamos frente a una sub categoría, siendo el propietario el modelo referencial del que partiría la copropiedad.

*“El propietario parte de un derecho real de propiedad individual o primitivo, ya que se deriva del derecho exclusivo que tiene un sujeto sobre un bien privado mientras que el copropietario parte de un derecho real de propiedad colectivo o de comunidad, al existir derechos compartidos entre los diferentes titulares de los bienes”<sup>28</sup>*

En definitiva, *son dos figuras hermanas pero no gemelas.*

### **5.3. ¿Es el coheredero un propietario?**

Por su parte, el Código Civil español define la comunidad hereditaria como: *“la situación que se produce en la herencia cuando son varios los llamados a la misma y han aceptado, de manera que constituyen una comunidad hasta que se lleve a cabo la partición (división de los bienes)”*. La propia definición dada por el CC nos contesta la pregunta que encabeza este apartado: el coheredero no es un propietario aunque tienda a ser confundido con la copropietario.

A diferencia de lo que sucede con la copropiedad, que deriva del mismo derecho real que la propiedad, en la comunidad hereditaria no se da tal caso ya que se encuentra vinculada al derecho sucesorio. Por esto, vendría asemejarse al Australopithecus, como señalamos en el ejemplo anterior, ya que es un eslabón primario de la cadena evolutiva que aun teniendo conexión genética con los dos anteriores, no comparten la misma naturaleza.

Ahora bien, si esto es así **¿Por qué el CC no contempla la figura de la comunidad**

---

<sup>28</sup> Ley 49/1960, de 21 de julio sobre la Propiedad Horizontal art.3

**hereditaria en sí misma con una propia regulación, sino que predomina una especie de “laguna” legal que tiene que ser solventada por medio de los artículos vinculados a la comunidad de bienes?**

Esto se debe al error conceptual generado durante el periodo pandectista cuando al compilar en una misma normas las dos vertientes jurídicas esenciales del derecho europeo: romano y germano; se llegó a equiparar a la figura de la **“comunidad de bienes”** con la **“Comunidad hereditaria”** dándose a entender que ambas figuras eran titulares del dominio sobre una propiedad .

Esta equiparación se produce al no concebir los juristas germanos la comunidad hereditaria como una figura esencialmente diferente a la comunidad de bienes, en tanto en cuanto, los romanos le proporcionaban una acción propia para dar por finalizada la situación de condominio mientras que los pandectista utilizan las mismas normas para la división de la comunidad de bienes a la hora de disolver la comunidad hereditaria.

Esta diferencia entre ambos movimientos dogmáticos se suma además al hecho de que para los romanos existía una conexión entre ambas instituciones jurídicas pero que a su vez las entendían y regulaban como distintas, partiendo del hecho de que ambas se basaban en supuesto jurídicos diferentes: la **copropiedad** en la voluntad de las partes de mantenerse en condominio y la **comunidad hereditaria** en la situación familiar producida tras la muerte del pater familia; mientras que para el movimiento pandectista ambas comunidades eran vista como algo similar no como una simple conexión por lo que no consideraban necesario regularlas de formas distinta, ya que no tenían en cuenta las diferentes naturalezas jurídicas de las figuras.

Por ello, se tiende a pensar que un coheredero tiene título de dominio sobre un bien, cosa o uso, como sucede con el propietario o el copropietario, en vez de un título sobre el derecho a suceder.

Pero, como bien señaló el jurista romano Sabino *“El derecho hereditario es genérico, no es estrictamente propiedad, ya que la comunidad hereditaria es cotitularidad del ius hereditatum”*. Esto sería discutido con posterioridad por el jurista Windscheid<sup>29</sup> quien afirmaría que *“la comunidad hereditaria si sería propiedad una vez constituida la*

---

<sup>29</sup> (Trad. It. Pág. 338) *“Diritto delle Pandette”* Traduzione dei professori FADDA, CARLO e BENZA, EMILIO PAOLO, Volumen Tercero, Unión Tipográfica, Editorial Torinese.

*comunidad de bienes,*” volviendo de esta forma asemejar ambas figuras nuevamente.

Sin embargo, por ello, en la práctica jurisprudencial a la hora de resolver supuestos de conflicto de disolución de la comunidad se está llevando a cabo una interpretación de la norma trayendo al panorama actual las formulas procesales de división que utilizaban los juristas romanos, reafirmando así nuestro punto principal: la comunidad hereditaria no sería ni una propiedad ni una copropiedad a pesar de que entre ellas exista una conexión, ya que se concibe como una entidad independiente tal cual señalo Sabino. Como ejemplo de ello, nos encontramos con STS 1953/1262<sup>30</sup> donde se señala que “*si bien el heredero puede disponer aun antes de que se practique la división de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras no se liquide y no se haga en su favor la correspondiente adjudicación, carece de verdadero titulo de dominio en bienes concretos y determinados [...]*” o con esta otra de la Audiencia Provincial de Ávila 85/2005 “*todos los herederos quedan incorporados a una comunidad hereditaria con derechos indeterminados, en tanto no se practicara la participación del caudal relicto [...] cuando la partición hereditaria se practique legalmente conferirá a cada heredero propiedad exclusiva sobre los bienes que les hayan sido otorgados y en caso contrario, cualquier acto de disposición sobre algún bien perteneciente a la masa hereditaria habrá de ser anulado, en base a la máximo quod nullum este, nullum producit effectum, dado que el heredero por sí mismo no es titular del bien objeto del caudal relicto sino titular del derecho a suceder*”<sup>31</sup>.

Con todo ello, quedaría claro que la comunidad hereditaria, **no sería en si misma ni un propietario ni un copropietario** puesto que no posee titularidad del derecho de propiedad, sino que es una cotitularidad del derecho sucesorio.

Por ello, para evitar más conflictos o errores conceptuales en la práctica, habría que modificar el CC e incluir en él las formulas procesales prevista por los romanos para llevar a cabo la disolución de la comunidad hereditaria eliminando así la laguna jurídica generada al usar las especificaciones propias de la comunidad de bienes.

---

<sup>30</sup> ANEXO I

<sup>31</sup> ANEXO II

#### 5.4. ¿Participan de la misma naturaleza jurídica los derechos del copropietario y el coheredero?

Tras esto queda confirmado que el copropietario y el coheredero no participan de las mismas naturalezas jurídicas puestas que uno derivada del derecho de propiedad y otro del derecho sucesorio.

Teniendo en consideración que la naturaleza hace referencia a la justificación jurídica, origen y causa de una figura, quedaría demostrado a lo largo de este trabajo que los derechos del copropietario y los de los coherederos no podrían partir de la misma naturaleza, y por consiguiente, no podrían ser la misma cosa ni regularse de la misma forma por mucho que el origen de ambas pueda llegar a ser confusamente parecido.

Ya que nunca llego a perderse totalmente su esencia romanista, y aunque en el derecho germánico se consideraba que existía un vínculo personal entre los copropietarios, fundamentalmente de carácter familiar o de estirpe, que preexiste a la propia condición de copropietario y que, por tanto, es trascendente respecto de la situación de cotitularidad real, que ha de considerarse subordinada a aquel vínculo, en esta nueva conceptualización no se tuvo en cuenta y se mantuvo la idea separatista que mantenía el derecho romano sobre las figuras de la comunidad bienes y la comunidad hereditaria, en las que la cotitularidad era derivada de la voluntad de las partes y no de un vínculo familiar.

De tal forma que los derechos del copropietario, al igual que sucede con los del propietario parten del derecho real de dominio que tiene un sujeto sobre una cosa [(derecho, bien, uso etc) (Derecho de propiedad)] mientras que, por el contrario, los derechos del coheredero parten del derecho personal de poder de ser llamado a suceder y accionar a favor de unos bienes ajenos hasta el momento que formen parte de su masa patrimonial (Derecho sucesorio).

Haciendo referencia a ello, solo podríamos acabar con las palabras del jurista Sabino<sup>32</sup> y el jurista Celso<sup>33</sup> quienes afirmaban que: ***“La comunidad hereditaria es cotitularidad del ius hereditatum”*** mientras que ***“la comunidad de bienes (condominio) es la cotitularidad del ius dominium”***

---

<sup>32</sup> AT. Voci, P. Diritto ereditatio romano I, año 1967, pag 158

<sup>33</sup> Condominio: Celso, en Ulgo D.13.6

## 6. CONCLUSIONES

Finalmente trayendo a correlación la introducción de este trabajo *“La historicidad, punto de gran línea histórica que nace en el pasado, no está destinada a terminar en el presente, sino que por el contrario se proyecta hacia el futuro”* podemos decir que queda demostrado que no hay que olvidar que el pasado de nuestro Derecho Civil es y será el Derecho Romano, dando cabida a que muchas de nuestra normas sean meras copias transcritas de su sistema normativo, lo cual debería llevarnos a pensar que si pueden ser interpretadas y trasladadas a nuestra sociedad actual significa que sus formulas de resolución de conflictos no difieren mucho de las nuestras y por tanto, son objetivamente eficientes.

Por ello, deberíamos replantearnos la configuración de nuestro código civil en lo que respecta a las figuras de la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria, ya que como se ha demostrado a lo largo de esta tesis, ambas no son iguales aunque hayamos intentado asemejarlas para acelerar el procedimiento judicial y unificar el sistema normativo moderno. Este afán por minimizar y aligerar el procedimiento judicial solo ha provocado más confusión y caos en la práctica cotidiana ya que al no establecer unas claras diferencias normativas en las figuras sino equiparándolas e intentado solventar las fallas tirando de lagunas jurídicas, solo ha generado una mayor distorsión y desorden respecto del fin ulterior de ambas instituciones.

No obstante, la solución a este dilema, en mi opinión notablemente curiosa y absurdo a la vez, estaría simplemente en darle una configuración más objetiva y coherente a ambas figuras, traspasando la interpretación jurisprudencial a la norma objeto de estudio:

- Eliminando las equiparaciones normativas de las figuras.
- Estableciendo una regulación propia en el CC para la figura de la comunidad hereditaria siguiendo el modelo romano de configuración y división de la institución, añadiendo la interpretación jurisprudencial utilizada en la práctica.
- Darle coherencia practica a la regulación específica establecida en el CC a la figura del copropietario, dejando la comparación subjetiva al concepto de derecho de propiedad individual
- Entender la existencia de una diferencia jurídica en la naturaleza de las figuras dado que cada una parte de dos derechos diferentes: sucesorio y de propiedad;

reflejarlo a su vez en la norma.

Ya que ¿Para qué tener una norma ineficaz y poco practica para resolver los conflictos cotidianos cuando no se aplica en si misma sino que se interpreta y al final lo que se sentencia ya estaba considerado y regulado al principio de los tiempos? ¿No sería más fácil recapitular y agregar nuevamente las formulas procesales romanas y adaptarlas a la norma, si al final es lo que se está haciendo en la práctica? Al fin de cuentas:

*“La eficacia de la justicia no está en apresurar el procedimiento sino en obtener los resultados más beneficios y justos acorde con el objeto del conflicto y los derechos que a él se vinculan”.*

## **7. BIBLIOGRAFIA**

1. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral*. T. VI. Derecho de sucesiones. Vol. 1. La sucesión en general. 8a ed. Ed. Reus. Madrid 1978, p. 296.
2. COLINA GAREA, RAFAEL “*Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria*” Artículo jurídico, *Anuario da Facultade de Dereito* .
3. DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. V. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. 8a ed. Ed. Tecnos. Madrid 2001, p. 511.
4. DOMINGUEZ REYES, JUAN FAUSTINO “*Transmisión de la Herencia*” Editorial Atelier, 2010 pág.107
5. FERRANDIS VILELLA, J. “La comunidad hereditaria” cit. Pág. 55 y 56
6. GARCIA VALDECASAS, G. “*La comunidad hereditaria en el Derecho español*”, Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. VII, 1953, p. 242.
7. GROSSI PAOLO FLORENTINO, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Madrid, Ed.: Trotta, S.A Año 2003, pág. 37 ss.
8. IGLESIAS REDONDO, JUAN “*Derecho Romano. Historia e instituciones*”- Editorial Ariel Derecho pág. 549 y 550 año 1998
9. LA CRUZ BERDEJO. J. L “*Elementos de Derecho Civil. T.V. Derecho sucesiones*” 9 ed. Dykinson Madrid 2001. Pag.93
10. LACRUZ BERDEJO. J.L “ *Elementos de Derecho Civil: III Derechos Reales*” Editorial Dykinson, Madrid, 2008 pág.240
11. MURILLO VILLAR, A., “*La división convencional de la comunidad de bienes en Derecho Romano*” Revista Jurídica del Notariado 17(Enero-Marzo 1996) pags.61-109
12. PASCUALE, VOCI “*Dirittio ereditario Romano*” Editorial Guifre I, año 1967 pág. 158
13. REVUELTA SALAZAR, MARIA “*La evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho Romano,*” Colección Monografías Jurídicas, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaen (2003) .

14. RICCOBONO. S “*Dalla communio del diritto quiritario alla coproprieta moderna*”, Essays in legal History (Oxford 1913)” pag 33-119
15. WINDSCHEID, BERNARD “*Diritto delle Pandette*” Traduzione dei professori FADDA, CARLO e BENZA, EMILIO PAOLO, Volumen Tercero, Unión Tipográfica, Editorial Torinese.
16. Pagina web jurídica: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

## **8. ANEXOS**

- I. TRIBUNAL SUPREMO : Sentencia de 1953
- II. AUDIENCIA PROVINCIAL: Sentencia del 15 de abril de 2005
- III. TRIBUNAL SUPREMO: Sentencia de mayo de 1989

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil) Sentencia de 11 abril 1953

RJ1953\1262



**COMUNIDAD DE BIENES: COPROPIEDAD:** ejercicio de acciones: legitimación activa: Cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad: venta de cosa ajena. **COMUNIDAD HEREDITARIA:** Venta por un comunero sin autorización de los demás: nulidad: venta de cosa ajena.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo Sr. Luis Vacas Andino

Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, en ejercicio de acciones personales, reales y mixtas, alegando sustancialmente como hechos: Que sin haberse verificado la partición hereditaria, uno de los coherederos había vendido bienes de la herencia sin autorización del otro heredero. Terminó suplicando se dictase sentencia condenando al demandado a estar y pasar por las siguientes declaraciones: A. inventariar, tasar y dividir los objetos de arte que constituyen y constituían la colección o museo de los cónyuges, padres de los litigantes en este pleito, adjudicando y entregando a cada uno los objetos que constituyen su respectivo lote; declarar que la venta de nueve tapices de la serie Esther y el Rey Asuero, pertenecientes a la colección o museo de que se ha hecho mención, hecha por el demandado al Ayuntamiento de B., es nula, viniendo obligado el demandado a restituirlos a la colección; declarar igualmente nulas o inexistentes y sin efecto ni valor alguno las ventas que de otros objetos haya podido realizar el demandado a terceras personas. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia, por la que, estimando en parte la demanda y en un todo la reconvenición, declaró: Que el demandado viene obligado a inventariar y dividir en la proporción de una tercera parte para él y dos terceras partes para su hermano, el actor, los objetos de arte que constituyen y constituían la colección o museo de objetos de arte de los cónyuges padres de los litigantes, adjudicando y entregando a cada uno los que constituyen su respectivo lote; que es nula la venta de ocho tapices de la serie Esther y el Rey Asuero pertenecientes a la colección o museo de objetos de artes de los cónyuges citados, hecha por el demandado al Ayuntamiento de B., y que consecuentemente el citado Ayuntamiento viene obligado a devolverlos al vendedor y éste a entregar a aquél el precio de la venta, y restituirlos al museo o colección antes mencionado; y condenó al actor y a los dos demandados a que por terceras partes sufragan las costas del juicio. Apelada la sentencia anterior, la Audiencia Territorial la confirmó. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se recogen en los considerandos de la sentencia.

El Tribunal Supremo, en Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis Vacas Andino, declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

CONSIDERANDO.-

Que el primer motivo del recurso amparado en el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se funda en la infracción del artículo 1302 del Código Civil en cuanto habiéndose celebrado el contrato cuya nulidad se pide entre don I. M., y el Ayuntamiento de B., no podía reconocerse al demandante, que no fue parte en dicho contrato, acción para solicitar tal nulidad, pero si bien es cierto que el artículo 1302 del Código Civil, refiriéndose a la acción de nulidad de los contratos establecida por el 1300 del propio Cuerpo Legal, dispone que pueden ejercitarla los obligados principal o subsidiariamente en virtud de aquéllos, no lo es menos que la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado **que aun cuando los contratos (no) sólo producen efecto entre las partes y sus herederos, quien sin haber intervenido en un contrato estime lesionado su derecho por el mismo. Tiene acción para solicitar su nulidad en aquello que le afecte y que al disponer el artículo 1302 del Código Civil que pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, no excluye el derecho de ejercitarla también a aquellos terceros a quienes perjudique la obligación como medio legítimo para obtener la reparación de su derecho**, por lo que no cabe estimar la infracción que se denuncia en el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO.-

Que aunque se admitiera con el recurrente que dado el carácter consensual que el contrato de compraventa tiene, la venta de una cosa ajena debiera de estimarse válida, tal cuestión podría ser debatida entre los contratantes para exigirse el cumplimiento del contrato o la indemnización correspondiente si tal cumplimiento fuere imposible, pero no podría afectar al copropietario de la cosa, tercero, en el contrato que no puede ser desposeído de su derecho por virtud de ningún contrato en que no haya intervenido y cuya nulidad puede reclamar, como se ha expuesto anteriormente, quedando a salvo el derecho del comprador a ejercitar contra el vendedor las acciones correspondientes y entre ellas la de saneamiento por evicción que le reconocen los artículos 1474 y 1475 del Código Civil con los efectos señalados en el artículo 1478 del mismo Cuerpo Legal.

CONSIDERANDO.-

-Que es doctrina reiterada de esta Sala que **si bien el heredero puede disponer aun antes de que se practique la división de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras ésta no se liquide y no se haga en su favor la correspondiente adjudicación, carece de verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados y como en el caso presente el heredero don I. M. no se limitó a vender la parte alícuota indivisa que le correspondía en los bienes hereditarios objeto de la venta y que únicamente hubiese podido concretarse después de practicada su división sino que realizó la venta de dichos bienes en los que era partícipe el otro heredero don J. M. M., es visto que la Sala sentenciadora al decretar la nulidad de la venta expresada no comete la infracción del artículo 399 del Código Civil que el recurrente le atribuye**.

## CONSIDERANDO.-

Que aunque es un principio fundamental de derecho que las cosas solamente pueden ser reivindicadas por sus dueños y la acción ejercitada lo fue únicamente por uno de los partícipes en la propiedad de los tapices vendidos hay que tener en cuenta que tal acción la dedujo el demandante no en su exclusivo beneficio , en cuyo caso tal principio hubiera quedado desconocido y negado, sino en favor de la comunidad hereditaria a la que pertenecía el museo o colección de objetos artísticos, de la que dichos tapices formaban parte y esto sentado es evidente que tal acción la podía lícitamente ejercitar el demandante conforme a la doctrina de este Tribunal que ha proclamado que **mientras la herencia esté indivisa puede cualquiera de los herederos ejercitar acciones en beneficio de la masa hereditaria y reivindicar los bienes que a la misma correspondan siempre que lo haga no para sí solamente, sino en beneficio de todos** , por lo cual no puede estimarse la infracción del artículo 348 del Código Civil denunciada por el recurrente en el segundo motivo del recurso.

## Audiencia Provincial

de Ávila (Sección 1ª) Sentencia num. 85/2005 de 15 abril

JUR\2005\135576



**SUCESION HEREDITARIA:** COMUNIDAD HEREDITARIA: actos de disposición: donación: inmueble: nulidad: procedencia: efectuada por el donante coheredero antes de practicar la partición de la herencia de su difunto padre: falta de poder de disposición.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación 100/2005

Ponente: Ilma. Sra. Carmen Molina Mansilla

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Avila **estima en parte** el recurso de apelación planteado por la parte actora contra la Sentencia dictada, en fecha 28-10-2004, por el Juzgado de 1ª Instancia de Arenas de San Pedro, en autos de juicio ordinario, y revocando la misma de forma parcial, estima de igual forma la demanda, declarando haber lugar al recurso deducido por la parte actora.

En la ciudad de Avila, a quince de abril de dos mil cinco.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario 319 /2002, seguidos en el Jdo. 1ª. Inst.e Instrucción Núm. 1 de Arenas de San Pedro, Recurso de Apelacion ( LECiv [ RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892] ) 100 /2005; seguidos entre partes, de una como recurrentes Dª. Inés, representada por el Procurador D Platón Pérez Alonso y dirigido por la Letrada Dª Carmen Pérez Rodríguez, y como recurrentes D/Dª Gerardo, Laura, Julieta, representados por la Procuradora Dª Maria de las Mercedes Rodriguez Gomez, dirigidos por el Letrado D. Joaquín Peralta Martínez, y de otra como recurrida Dª. Luisa, en situación de rebeldía procesal.

Actúa como Ponente, la Ilma. Sra. Dª Maria del Carmen Molina Mansilla.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### PRIMERO

Por el Jdo. 1ª. Inst. e Instrucción Núm. 1 de Arenas de San Pedro, se dictó sentencia de fecha 28 de octubre de 2004, cuya parte dispositiva, dice: «fallo: Que debo estimar y estimo, la demanda

interpuesta por el Procurador de los Tribunales, D. Platón Pérez Alonso, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Inés, contra D. Gerardo, anulando por inexistente la donación realizada por D. Ángel, a favor de ese codemandado, de la finca sita en Mijares (Avila), en la c/ DIRECCION000 núm. NUM000 antes NUM001, con referencia catastral núm. NUM002; cancelando, firme sea esta sentencia, las inscripciones del Registro de la Propiedad 1 y 2 realizadas al Tomo NUM003, libro NUM004 de Mijares, folio NUM005, finca núm. NUM006, del Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro (Avila), así como la cancelación en los mismos términos de la inscripción 3 de Hipoteca, a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Avila, que sobre la finca descrita existe en el mismo Registro de la Propiedad, como así resulta de la escritura pública otorgada el 23 de noviembre de 1993; condenado a su vez a este codemandado a las costas causadas en juicio con respecto a la actora.

Que debo desestimar y desestimo, la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, D. Platón Pérez Alonso, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Inés, contra los demás codemandados, condenando en costas a la parte actora por las causadas en este procedimiento con respecto al resto de los codemandados».

## SEGUNDO

Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892); se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

## TERCERO

En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

Contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arenas de San Pedro en fecha 28 de octubre de 2005, por la que se estima la demanda formulada por la representación procesal de Doña Inés contra Don Gerardo, y la desestima con respecto a Doña Laura y Doña Luisa, ésta última en rebeldía y Doña Julieta, interponen ambas partes litigantes sendos recursos de apelación. La representación procesal de la demandante-apelante, invoca en su escrito de recurso como único motivo, que Doña Julieta se encuentra legitimada pasivamente en el presente procedimiento, ya que intervino en la escritura pública de donación otorgada ante el Sr. Notario Don Benito Martín Ortega en fecha 27 de mayo de 1992, en concepto de beneficiaria, aceptando conjuntamente con el donante, el derecho de habitación que éste le otorgaba en dicho documento, suplicando se estimara la demanda con respecto a ésta, así como la condena en costas impuestas a la parte vencida en ambas instancias con respecto a la citada codemandada. Por su parte, la representación procesal de la demandada-apelante esgrime como motivos de apelación: a)

en los demandados concurre la falta de legitimación pasiva, por cuanto que el bien objeto de litigio no pertenece al caudal relicto de Don Ángel fallecido en Mijares en fecha 17 de marzo de 1978; b) error en la valoración de la prueba, al no ser conocido el caudal relicto del causante, toda vez que el donante instó el correspondiente expediente de dominio para acreditar la titularidad con respecto al bien litigioso residenciado en la DIRECCION000 número NUM000 de Mijares (Ávila), sobre la que posteriormente se practicó su inmatriculación, finca que fue donada a favor de Don Gerardo, reservándose el donante y su cónyuge Doña Julieta el derecho de habitación sobre el bien controvertido; y, c) invocación por parte del recurrente de la necesaria aplicación, por parte del Juez de instancia, de la prescripción adquisitiva.

## SEGUNDO

Para un mejor entendimiento de la cuestión controvertida; esta Sala considera necesaria la práctica de un análisis retrospectivo de los hechos vertidos en el presente procedimiento para poder justificar a posteriori la resolución que ponga fin a la impugnación de la de instancia. Como ha quedado acreditado con el material probatorio obrante en las actuaciones: Don Ángel contrajo matrimonio, en primeras nupcias, con Doña Marcelina teniendo como descendientes a Doña Inés y Don Ángel; cuando falleció la primera de las esposas, contrajo segundas nupcias con Doña Luisa, con la que no tuvo descendientes. Don Ángel falleció en Mijares el día 17 de marzo de 1978 (Vid. certificado de defunción al folio 11), habiendo otorgado testamento abierto el día 13 de abril de 1953 obrante a los folios 14 a 16, siendo de destacar la Cláusula Tercera en que, lega el usufructo vitalicio el tercio de libre disposición de su herencia a su esposa Doña Luisa, adjudicando en los bienes que ella elija; y fallecida ésta, dicho tercio de libre lo percibirán en pleno dominio y por iguales partes los dos mencionados hijos del compareciente y los que pueda tener de su actual matrimonio y a falta de alguno de ellos, sus descendientes legítimos por representación; y la Cláusula Cuarta por la que, en el remanente de sus bienes, derechos y acciones instituye herederos universales en pleno dominio por partes iguales, a sus dos hijos Inés) y Ángel y a los que pueda tener de su matrimonio actual; y a falta de alguno de ellos, en su representación, a sus descendientes legítimos. Asimismo instituye a su esposa Luisa heredera usufructuaria en la cuota vidual correspondiente según el Código civil (LEG 1889, 27). Después del mentado fallecimiento del causante del que deviene el bien controvertido y comoquiera que los herederos disintieron en el modo en que la herencia debía ser partida, la hoy demandante entabló en su día el Juicio de menor cuantía 247/1999, cuyo testimonio de Sentencia de fecha 9 de febrero de 2001 se aporta a los presentes autos a los folios 17 y 18, en cuyo Fundamento Tercero advierte: no acreditando que la casa con huerto fuera dividida entre los hermanos herederos, debe considerarse que la misma permanece indivisa, si bien ello en nada influye sobre la donación realizada a los efectos de este procedimiento, al no haberse solicitado su nulidad ni su revocación, declarando el fallo que, se proceda a la partición de la herencia de Don Ángel entre sus declarados herederos según la última voluntad del testador. De tal consideración resulta que, Doña Luisa tendría derecho al usufructo vitalicio del caudal hereditario; Doña Inés habría de heredar por cabeza sobre el tercio del patrimonio y Doña Julieta, Don Gerardo y Doña Laura, habrían de heredar por estirpe sobre un tercio del patrimonio. Sin embargo y con anterioridad al procedimiento meritado, se produjeron varios hechos de trascendencia, como fueron: en fecha 27 de mayo de 1992, uno de los herederos del finado también llamado Don Ángel, dona a su hijo, hoy codemandado, la casa con huerto residenciada en la DIRECCION000 número NUM000 de Mijares (Vid. escritura pública de donación a los folios 31 a 33), calificándola como bien privativo, aunque sin aportar título que lo justificara; reservándose el derecho de habitación para sí y para su cónyuge

Doña Julieta, que acepta conjuntamente, de manera que a la muerte de uno, acreciera a otro y se extinguiera hasta el fallecimiento de ambos. No obstante, el donante del bien litigioso y heredero del causante, fallece en fecha 22 de diciembre de 1993 (Vid. certificación de defunción al folio 34) y en fecha 23 de noviembre de 1993 se otorga escritura pública de constitución de obra nueva radicante en la DIRECCION000 número NUM000 de Mijares (Vid. folios 56 a 63), momento en que Doña Julieta y Don Ángel, renuncian pura y simplemente al derecho de habitación que sobre la finca descrita se tenían reservado. (Vid. folio 61), quedando inscrita la finca bajo el número NUM006, al tomo NUM003, en el libro NUM004 de Mijares, al folio NUM005 en el Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro (Vid. nota simple informativa al folio 69).

### TERCERO

Esta Sala comenzará el examen del recurso presentado por la representación procesal de la parte demandada en el pleito de instancia y ello justificado por razones sistemáticas que lo precisan. Por lo que respecta al primero de los motivos de apelación consistentes en la falta de legitimación pasiva por parte de los recurrentes, se ha de precisar que, si la legitimación es la aptitud específica, determinada en función de la pretensión formulada para intervenir en un proceso especial y concreto por efecto de la relación en que las partes se encuentran respecto de la cosa que es el objeto del litigio, que generalmente se concreta en la titularidad ex STS 23-3-2001 ( RJ 2001, 4759); el litisconsorcio pasivo necesario supone una garantía más en la concepción de la relación jurídico-procesal, concebida cuando se precise la convocatoria a juicio, de todos los que están interesados en la relación material objeto del pleito o que puedan resultar afectados por la resolución pretendida en el proceso de modo directo, tratando de impedir el eventual riesgo de fallos contradictorios o de condena de personas que no han sido oídas en el proceso, con infracción de los principios de audiencia bilateral, sancionados en el art. 24 CE ( RCL 1978, 2836); sin embargo el demandado-apelante esgrime que todos los demandados carecen de legitimación pasiva, porque la casa no pertenece al caudal relicto del causante. No obstante en autos no consta que las operaciones particionales se hayan llevado a cabo, con lo que la relación jurídica-procesal se encuentra correctamente constituida, con respecto a Don Gerardo. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

En cuanto al segundo y tercer motivo de apelación esgrimido por el demandado, consistente en el error en la valoración de la prueba en que incurre el Juzgador a quo, se debe entender conforme a la una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial, que sólo deberá rectificarse el criterio del juzgador de instancia cuando éste carezca del necesario apoyo de pruebas válidamente constituidas e incorporadas al proceso de forma legítima, o cuando por parte del recurrente se ponga de relieve un evidente fallo en el razonamiento lógico o en el iter inductivo desarrollado, quedando evidenciado en el presente asunto la existencia en parte del pretendido error ex SsTC 167/02, de 18-9 ( RTC 2002, 167) y 200/2002, de 28-10 ( RTC 2002, 200). Resulta contundente que el bien controvertido es el residenciado en la DIRECCION000 número NUM000 de la localidad de Mijares en la provincia de Ávila, el cual forma parte de la masa hereditaria de Don Ángel, fallecido en la misma localidad el día 17 de marzo de 1978, sin que conste en la presente causa que el caudal relicto haya sido objeto de operaciones tendentes a su partición, ni documentalmente ni a través del interrogatorio de la actora que, en el acto de juicio manifestó que la herencia de su padre no había sido repartida, aunque existió un intento entre su hermano Don Ángel, hoy también fallecido, y su marido, sin que ella hubiera prestado consentimiento alguno, aunque invoque la defensa que el heredero del causante satisfizo una cantidad económica, pues de ser así debía haber acreditado tal extremo a

través de algún medio admitidos en Derecho; siendo ello coincidentes con las manifestaciones prestadas por los testigos que depusieron en el juicio, concretamente Don Mauricio y Don Armando, al mantener que la herencia del causante Don Ángel no había sido partida, además de coincidir todos ellos en que el inmueble objeto de la presente litis constituía el hogar familiar hasta su muerte.

En este momento resulta imprescindible establecer una relación causal entre las operaciones de partición hereditaria y la posible nulidad de la donación en litigio, que es invocada por la actora al ejercitar la acción que ha dado lugar a la formación de la causa y con ello, confirmar o revocar la Sentencia de instancia. La partición hereditaria es la operación destinada a extinguir la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación a sus miembros del activo de la herencia, siendo tal operación la que termina con el trámite de la sucesión. Hay que tener presente que la esencia de la comunidad hereditaria es la titularidad de más de uno de ellos que ya ha adquirido la herencia y tiene un derecho no sobre el bien hereditario concreto, sino sobre el conjunto que integra el contenido de la misma, formándose una comunidad entre los cotitulares de tipo germánica o en mano común. Ésta situación de indivisión es transitoria y finaliza con la partición de la herencia y la subsiguiente adjudicación de los bienes concretos a cada coheredero, como tiene establecido una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial (Vid. entre otras STS 19-6-1995 [ RJ 1995, 5320] y TS 13-10-1989 [ RJ 1989, 6914] ), consecuentemente tiene una función individualizadora, atribuyendo a cada heredero su lote de bienes, por lo que aceptada la herencia, sin que por el contador-partidor testamentario ni por aquéllos se haya realizado la partición de la misma, el heredero testamentario no podrá disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal relicto ex SsTS 8-5-1989 ( RJ 1989, 3673) y 24-7-1998 ( RJ 1998, 6446) , entre otras; de ahí que la donación controvertida haya de ser declarada nula, porque el heredero del causante y donante, Don Ángel, no podía disponer válidamente del inmueble de la DIRECCION000 número NUM000 de Mijares al no haberse practicado la partición de la herencia de su difunto padre, pues producido el hecho sucesorio en fecha 17 de marzo de 1978, conforme preceptúa el art. 657 CC ( LEG 1889, 27) , todos los herederos quedaron incorporados a una comunidad hereditaria con derechos indeterminados, en tanto no se practicara la partición del caudal relicto, con lo que ningún comunero o coheredero podría vender bien alguno mientras no se le adjudicara en la partición , y caso de hacerlo la donación devendría nula por falta de disposición ex STS 6-10-1997 ( RJ 1997, 7356) . Por ello, el efecto producido e inferido del art. 1068 CC, es el de que, cuando la partición hereditaria se practique legalmente, conferirá a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados y en caso contrario, cualquier acto de disposición sobre algún bien perteneciente a la masa hereditaria habrá de ser anulado, en base a la máxima quod nullum est, nullum producit effecttum, siendo imprescindible la devolución del objeto de la donación al caudal relicto por imposición legal ex lo que determina el art. 1303 CC, interpretado por la STS 6-10-1994 ( RJ 1994, 7459) . Sin embargo, la realidad enjuiciada nos muestra la imposibilidad de la restitución del bien in natura, al resultar insoslayable la hipoteca constituida a favor de la entidad bancaria Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ávila en fecha 23 de noviembre de 1993 ante el Sr. Notario de Arenas de San Pedro, Don Benito Martín Ortega, obrante al folio 69 no constando en los autos su cancelación, por cuanto que la citada entidad debía haber sido llamada al procedimiento en base al instituto del litis consorcio pasivo necesario, pues esta garantía accesorio de carácter real impuesta sobre el bien controvertido, para garantizar el cumplimiento de la obligación y para cuya seguridad fue constituida, necesita el bien inmueble sobre el que recaiga en base al art. 1.874 y STS 29-1-1996 ( RJ 1996, 735) , exigiendo tal instituto que sean convocados al juicio todos los que estén interesados en la relación material objeto del pleito o que puedan resultar afectados por la resolución pretendida en el proceso de modo directo, en este caso la entidad bancaria, hasta tal punto que está

por encima de la voluntad de los interesados, tratando de impedir el eventual riesgo de fallos contradictorios o de condena de personas que no han sido oídas en el proceso, con infracción de los principios de audiencia bilateral, sancionados en el art. 24 CE. ( RCL 1978, 2836) ex SAP Jaén 2-10-2001 ( PROV 2001, 7348) , 7-10-1993 ( RJ 1993, 7311) y 7-7-1995 ( RJ 1995, 5594) , entre otras, de ahí que no se proceda a la cancelación de las inscripciones registrales solicitadas por la actora en consecuencia. Además del hecho de haberse aquietado la actora a la ejecución de la obra nuevaalzada sobre el bien controvertido, cuya licencia de obras y otorgamiento de escritura pública se remontan al año 1993; siendo de aplicación la dicción del art. 1307 CC y con ello, la restitución al caudal relicto del valor que detentara el solar en el momento en que se produjo la donación en fecha 27 de mayo de 1992, con el devengo de los intereses a contar desde la misma fecha, por cuanto que ha de ser equiparada la pérdida jurídica a la pérdida física, como también parece deducirse de la STS 11-2-2003 ( RJ 2003, 1004) ; sin que sea excusable por la demandante-apelante que, se encontraba residiendo el Alemania y regresaba los verano, sin acreditar exactamente la vuelta definitiva a España. Cosa distinta, aunque manteniéndonos en la postura inmediatamente antes expresada, es la posible aplicación de la prescripción adquisitiva invocada ad limine por el recurrente en la alzada, aunque igualmente rechazada al precisar como requisito ineludible, que la posesión del bien en cuestión lo sea en concepto de dueño, que no concurre en el presente caso, toda vez que como se ha invocado, la Sentencia fechada el 9 de febrero de 2001 y dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro, declaró que las operaciones particionales no habían tenido lugar, poseyéndose hasta el momento de la donación en calidad de heredero y no en concepto de dueño, y ello no verse desvirtuado por ningún medio probatorio, que rompe la presunción de la posesión en concepto de dueño y, consecuentemente reiterar que, el título otorgado entre padre e hijo es nulo, por falta de objeto, y ello derivado de la regla quod ab initium est, non potest tractu temporae convallescere al donar cosas que no pertenecían al transmitente. No pudiendo en la comunidadhereditaria uno solo de los condominos disponer en actos dispositivos, según se deduce de los arts. 394 y 397 CC (Vid. la interesante STS 24-7-1998 [ RJ 1998, 6446] ). Por todo ello, los motivos segundo y tercero alegados han de ser parcialmente estimados.

#### CUARTO

Por lo que respecta al único motivo esgrimido por la demandante-apelante consistente en la acreditación de que Doña Julieta hubo de ser demandada para evitar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, es evidente que la misma fue parte interesada en la donación que el padre y el hijo entablaron, adquiriendo ella en ese momento el derecho de habitación junto con su cónyuge, pero al mismo renunciaron en el momento de otorgamiento de la escritura de obra nueva de fecha 23 de noviembre de 1993 (Vid. folio 61 y 69), sin que a nadie se le escape el fallo de la Sentencia antes meritada, al volver el valor del bien donado al caudal relicto y procederse a la práctica de la partición, siendo un hecho constatado el interés que tiene la misma, al ser declarada heredera por cabezas junto a sus hijos Don Gerardo y Doña Laura, al haber fallecido su marido y donante del bien en litigio, Don Ángel en fecha 22 de diciembre de 1993. Por todo ello, el motivo de apelación ha de ser estimado.

#### QUINTO

En virtud del art. 398 en relación con el art. 394 LECiv ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , no se impondrán las costas de este recurso a ninguna de las partes litigantes.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española ( RCL 1978, 2836) y en nombre de SM. el Rey,

**FALLAMOS:**

Que debemosestimar y estimamosen parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Gerardo, Doña Laura y Doña Julieta contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro en fecha 28 de octubre de 2004 en el Juicio Ordinario 319/2002 del que el presente Rollo 100/05 dimana y debemosrevocar y revocamosen parte la misma, dictando otra por la que se estima parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de Doña Inés, declaramos nula por inexistente la donación realizada por Don Ángel a favor del codemandado D Gerardo, la finca sita en Mijares (Ávila), en la C/ DIRECCION000 NUM000 antes NUM001, con referencia catastral núm. NUM002; restituyendo a la masa hereditaria el valor que tuviera el solar en el momento en que se produjo la donación en fecha 27 de mayo de 1992 otorgada por Don Ángel en favor de Don Gerardo con el devengo de los intereses a contar desde la misma fecha; sin que haya lugar a la cancelación registral de cuantas inscripciones se hayan practicado en el Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro como consecuencia de dicha donación; que debemosestimar y estimamosel recurso de apelación formulado a instancia de la representación procesal de Doña Inés, a los solos efectos de estimar que Doña Julieta tiene legitimación pasiva por tener interés en la herencia de Don Ángel por haberse resuelto de tal modo por sentencia firme dictada en el Juicio de menor cuantía 247/99 en fecha 9 de febrero de 2001 por el Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro y todo ello sin expresa imposición de las costas causadas, ni en la Alzada ni en la primera instancia, a ninguna de las partes litigantes.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber los recursos que caben contra la misma y una vez firme, expídase su testimonio que será remitida con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Notifíquese asimismo esta resolución al apelado rebelde, según dispone el artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) en la forma establecida en el artículo 164 de dicha Ley.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** –En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

## Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil) Sentencia de 8 mayo 1989

RJ\1989\3673

C ★★★★★

**LEGITIMA:** naturaleza jurídica: «pars hereditatis». **COMUNIDAD HEREDITARIA:** venta de bienes: nulidad de la efectuada por heredero antes de la partición sin el consentimiento de los herederos legitimarios. **LEGADO DE COSA CIERTA Y DETERMINADA:** legitimación pasiva a efectos de su reclamación. **SENTENCIA:** insuficiencia de hechos probados: facultad del Tribunal Supremo para integrarlos; congruencia. **INFRACCION DE LEY:** desestimación por plantear cuestión nueva e impugnar incongruencia por cauce inadecuado.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo Sr. Pedro González Poveda

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de esta sentencia se relacionan en su fundamento de derecho cuarto.

El T. S. declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, que es casada en parte y con revocación, asimismo parcial, de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Madrid, declara la nulidad de la compra-venta objeto del litigio, confirmando la sentencia recurrida en todos los demás extremos, sin haber lugar a la imposición de costas en ninguna de las instancias ni en casación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO.-

Formulada demanda de juicio declarativo de mayor cuantía por doña María del Sagrario V. O. contra don Senén L.-P. L.-R., doña Maura L.-P. L.-R., doña Violeta L.-P. H. y doña Manuela H. I., esposa del primero, sobre declaración de derechos hereditarios, nulidad de contrato de compraventa y entrega de legados, el Juzgado dictó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda contra la que se alzaron en apelación demandante y demandados, recursos de apelación que fueron estimados en parte por la Audiencia que declaró el derecho hereditario de la actora como heredera de su abuela doña Marcela, desestimando las peticiones relativas a la nulidad de contrato y entrega de legado hechas por la demandante.

## SEGUNDO.-

El primer motivo del recurso acusa «infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse resuelto todas las cuestiones planteadas en los escritos de demanda y réplica, en base al párrafo 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; el motivo debe parecer pues resulta patente su incorrecta formulación al utilizar el cauce procesal del n.º 5.º del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil ya que el tratamiento de la incongruencia ha de hacerse al amparo del n.º 3.º del citado precepto legal, «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia», lo que por sí solo es causa de desestimación del motivo - Sentencias, entre otras, de 26 y 29 de enero y 11 de abril de 1988 (RJ 1988\146, RJ 1988\203 y RJ 1988\3119)-; de otra parte, ha declarado reiteradamente esta Sala, que siendo la sentencia desestimatoria de la demanda y absolutoria de la parte demandada no es susceptible de ser tachada de incongruente ya que la misma resuelve todos los puntos litigiosos, como ocurre en el presente caso en que la cuestión debatida y a la que se contrae el motivo, era la declaración de nulidad del contrato de compraventa por el que don Cirilo L.-P. vendió a sus hermanos el piso 4.º izquierda de la casa n.º 78 del Paseo de las Delicias, de esta Villa, sin que fuera objeto del debate, ni sobre ello se formulase petición alguna en los escritos rectores del proceso, la compraventa de la huerta sita en término de Talavera de la Reina a que se refiere la recurrente en su escrito de formalización del recurso.

## TERCERO.-

Es doctrina jurisprudencial, recogida en Sentencias de 2 de junio de 1981 (RJ 1981\2490), 17 de febrero de 1982 (RJ 1982\742), 15 de julio de 1983 (RJ 1983\4229), 4 de abril de 1984 (RJ 1984\1927) y 26 de mayo de 1988 (RJ 1988\4343), la de que **«esta Sala en función casacional tiene según su propia doctrina, acceso a la apreciación directa de las actuaciones para formular declaraciones fácticas, cuando por defecto u omisión del Juzgador de instancia, no se haya definido con exactitud y la debida extensión y profundidad la historia circunstanciada del sustrato fáctico que anida en la relación material o de fondo de cualquier controversia suscitada judicialmente»**; defecto u omisión que se ha producido en el juicio de que dimana el presente recurso, pues si la sentencia del Juzgado establece en sus cuatro primeros considerandos el resultado fáctico de las pruebas practicadas a partir del cual se procede el examen de las pretensiones formuladas en los escritos de demanda, contestación a la misma, réplica y dúplica, por el contrario, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, sin expresar si acepta o no los citados considerandos de la del Juzgado, se limita, en su fundamento de derecho primero y después de desestimar la excepción de litis consorcio pasivo necesario acogida por el Juzgado, a decir que «entrando en el fondo de la cuestión, desestimar la pretensión de que se declare nula la compraventa, que se basa no ya en la posible inexistencia de la renuncia de doña Marcela D. S. en cuya virtud se atribuyó el vendedor la propiedad de un tercio de la mitad del piso que vendió, sino en la simulación absoluta del contrato que, parece, quiere fundarla en la grave enfermedad que padecía el vendedor al tiempo de contratar y en que no consta la recepción del precio por lo que encubre una disposición mortis causa».

## CUARTO.-

Los hechos que se tienen por probados identificadores de la acción de nulidad del contrato de

compraventa de fecha 27 de mayo de 1982 que se insta en el suplico del escrito de réplica, son los siguientes: A) Doña Valeriana O. D. otorgó el día 4 de marzo de 1977 testamento abierto ante el Notario de Madrid don Angel H. P. en el que «instituye heredero en pleno dominio de todos sus bienes a su esposo don Cirilo L.-P. L.-R., sin perjuicio de la legítima que corresponda a la madre de la testadora doña Marcela D. S. si la sobrevive. Pero de los bienes que heredare su esposo, y éste no hubiere dispuesto por actos intervivos, a la muerte del mismo pasarán a sus sobrinos carnales Angel O. G., Sagrario V. O. y Purificación O. M. por partes iguales entre sí; en defecto de cualquiera de ellas heredarán sus descendientes legítimos» (cláusula 5.<sup>a</sup>); en la cláusula 4.<sup>a</sup> «lega sus pendientes de oro, una pulsera y las ropas de uso personal a su sobrina carnal Sagrario V. O.», y, en la cláusula 6.<sup>a</sup>, « nombra albacea contador-partidor a don Angel O. G., vecino de Talavera con prórroga de tres años más sobre el legal y con facultad de entregar legados». La testadora falleció en 17 de abril de 1977. B) Doña Marcela D. S. falleció el día 5 de diciembre de 1979 sin haber otorgado testamento; fueron declarados herederos abintestato suyos, sus hijos doña Ascensión y don Domingo O. D., por derecho propio, y sus nietos don Angel y doña Ester O. G., doña María del Prado, doña María del Pilar y doña María del Sagrario V. O., por derecho de representación según Auto de 2 de marzo de 1982 dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Talavera de la Reina. C) Doña Marcela D. S. otorgó escritura ante el Notario de Los Navalmolares, don Pedro C. M. de H., el día 2 de julio de 1977 en la que cede a título gratuito sus derechos hereditarios en la herencia de su hija Valeriana a: doña Ascensión O. D., una cuarta parte; a don Domingo O. D., otra cuarta parte; otra cuarta parte, por terceras partes, a doña María del Prado-Magdalena, doña María del Pilar y doña Sagrario V. O., y la cuarta parte restante a doña Ester y don Angel O. G., por unidades indivisas. D) En 27 de mayo de 1982 don Cirilo L.-P. otorgó escritura pública de compraventa a favor de doña Maura L.-P. L.-R. y don Senén L.-P. L.-R., casado con doña Manuela H. I., sobre el piso 4.º izquierda de la casa n.º 78 del Paseo de las Delicias, en Madrid, que según manifestó, había adquirido en una mitad como ganancial, dos tercios de la otra mitad al fallecimiento de su esposa doña Valeriana O. D. y otro tercio de otra mitad por renuncia de doña Marcela D. S., madre de dicha causante. E) Don Antonio V. O., padre de la demandante, remitió a don Cirilo L.-P. carta de fecha 31 de diciembre de 1977 en la que le comunicaba la presentación para la liquidación provisional del impuesto de derechos reales del escrito cuya copia acompañaba, como mandatario verbal de doña Marcela D. S., y en el que se hacía constar la renuncia de ésta a sus derechos hereditarios a favor de don Cirilo. F) Don Cirilo L.-P. falleció, sin otorgar testamento, el día 21 de julio de 1982, en el Hospital Clínico de San Carlos donde había sido ingresado el día 7 del mismo mes y año.

#### QUINTO.-

Los anteriores hechos probados conducen a la estimación del segundo motivo del recurso que, al amparo del n.º 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la «no aplicación de los artículos 807, 809 y 1068 del Código Civil, ya que se declara válido un documento sin tener en cuenta la existencia de un derecho de legítima y la no existencia de operaciones particionales». La solución que se dé a la cuestión planteada en el motivo depende de la postura que se adopte acerca de **la naturaleza de la legítima definida en el artículo 806 del Código Civil como «porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos»; la doctrina científica no se muestra unánime en esta cuestión pues mientras unos autores, partiendo de la expresión «herederos forzosos» que utilizan los artículos 806 y 807 del citado Código, entienden que se trata de una «pars hereditatis», una parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo,**

otros la consideran como «pars bonorum», dada la definición del artículo 806, con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; finalmente, un grupo de autores que puede calificarse de minoritario la califica de «pars valoris», simple derecho de crédito, de carácter personal y pagable en dinero. La Sentencia de 31 de marzo de 1970 (RJ 1970\1854) establece que «en nuestro Ordenamiento jurídico, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de «pars hereditatis» y no de «pars valoris», es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales -arts. 829, 838, 840 y párrafo 2.º del art. 1056 del Código Civil- que no se dan en el caso de autos», y la de 19 de abril de 1963 (RJ 1963\2562) dice que «partiendo de la base de que la legítima es de orden público, de que no puede disponer el testador, por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los derechos que la integran»; de la mayoritaria doctrina científica y de la sentada en las citadas sentencias de esta Sala, 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 ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición -Sentencia de 5 de julio de 1958 (RJ 1958\2537)-. Dado el carácter ganancial del piso 4.º izquierda de la casa n.º 78 del Paseo de las Delicias, en Madrid, único bien que, al parecer, integraba esa sociedad, los derechos que sobre el mismo ostentaba la esposa doña Valeriana O. D. integran el caudal hereditario dejado a su fallecimiento, por lo que **aceptada la herencia por sus herederos, sin que por el contador-partidor testamentario ni por aquéllos se haya realizado la partición de la herencia, el heredero testamentario no podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal relicto**, como establece desde antiguo la jurisprudencia -Sentencias de 4 de abril de 1905, 11 de abril de 1957, 20 de enero de 1958 (RJ 1958\219), 25 de noviembre de 1961 (RJ 1961\3661) y 21 de marzo de 1968 (RJ 1968\1742)- **siendo nulos de pleno derecho los actos de disposición realizados por un heredero sin la representación de los demás** (Sentencia de 19 de noviembre de 1929); en consecuencia, al no haberse acreditado en autos que doña Marcela D. S., legitimaria de su hija doña Valeriana, haya renunciado sus derechos como tal a favor del heredero testamentario don Cirilo L.-P., carecía éste de poder de disposición sobre la citada vivienda al no haberse practicado la división del caudal, por lo que debe ser declarado nulo de pleno derecho el contrato de compraventa instrumentado en la escritura pública de 27 de mayo de 1982, y al no haberlo declarado así la sentencia recurrida infringió la Sala de instancia los preceptos del Código Civil que se citan en el motivo, debiendo casarse y anularse, en este particular, la sentencia recurrida, con revocación, asimismo, de la del Juzgado de Primera Instancia. La estimación de este motivo hace innecesario el examen del tercero en que, por la misma vía procesal, se impugna el pronunciamiento desestimatorio de la acción de nulidad fundada, en este caso, en la existencia de simulación contractual.

SEXTO.-

En el cuarto motivo del recurso, por la vía del n.º 5.º, del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impugna la sentencia de la Sala por «no aplicación de los artículos 812, 807, 809 y 1068 del Código Civil, ya que no se declara la nulidad de la venta de la huerta de Talavera de la Reina que no formaba parte de la masa hereditaria al haberse efectuado la reversión legal, y de haber formado parte por no respetarse los derechos legitimarios y ausencia de operaciones particionales»; como se establece en el fundamento segundo de esta resolución al examinar la tacha de incongruencia que se atribuye a la sentencia recurrida, el contrato de compraventa a que se refiere el motivo que se examina, no fue objeto de debate ni sobre él se formuló petición alguna en los escritos de demanda y de réplica pues no puede entenderse en tal sentido la genérica petición contenida en el suplico de la demanda de «declarar igualmente nulos los actos de transmisión inter-vivos de don Cirilo L.-P., que encubriese una disposición mortis-causa», reiterada en el suplico del escrito de réplica en los siguientes términos «que se declare nulo de pleno derecho el título de adquisición a que nos referimos, o cualquier otro que directamente tenga relación con dicha transmisión y se traiga a autos a petición de esta parte», lo que, de forma clara e incontestable, pone de manifiesto que la acción de nulidad de contrato se contrae al de compraventa formalizado en la repetida escritura notarial de 27 de mayo de 1982; la pretensión a que se contrae el motivo supone, por tanto, la introducción de una cuestión nueva no discutida ni planteada en el momento procesal oportuno y que no puede ser examinada por este Tribunal sin grave infracción del principio de contradicción y del derecho de defensa de los codemandados, por lo que debe ser desestimado el motivo.

SEPTIMO.-Por el mismo cauce procesal del n.º

5.º del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil se articula el motivo quinto por «no aplicación de los artículos 658, 659 y 661 del Código Civil, ya que no se ha condenado a los hermanos de don Cirilo a la entrega de los legados a la actora, por ser los herederos de aquél y los poseedores de hecho de todos los bienes, muebles e inmuebles, pertenecientes al caudal hereditario de doña Valeriana». La cláusula sexta del testamento otorgado por doña Valeriana O. D. contiene el nombramiento de don Angel O. G. como albacea contador-partidor, con prórroga de tres años más sobre el legal y con facultad de entrega de legados, por lo que, a tenor del artículo 885 del Código Civil, la entrega del legado instituido a favor de la recurrente debió de pedirse al designado albacea con facultad para darla, quien, por tratarse de legado de cosa específica podía entregarlo sin necesidad de esperar a practicar la partición en la cual no era necesario incluir los bienes legados; en el caso presente, no cumplido por el albacea contador-partidor el encargo recibido dentro del plazo concedido por la testadora, corresponde a los herederos la ejecución de la voluntad de aquélla, a tenor de los artículos 910 y 911 del Código Civil y, en consecuencia, la entrega de los legados establecidos en el testamento; por ello, la entrega de los bienes legados habrá de pedirse de todos los herederos de doña Valeriana O. D., o de quienes les hayan sucedido mortis causa, no sólo de los presuntos herederos de don Cirilo L.-P., sus hermanos los codemandados, y no acreditado en autos que éstos estén en posesión de los bienes legados, lo que les legitimaría pasivamente para dirigir contra ellos la acción reivindicatoria. Por tanto, debe desestimarse el motivo al no haberse conculcado por la Sala de instancia los preceptos del Código Civil que se citan en el motivo.

OCTAVO.-

La estimación del segundo motivo articulado determina la estimación parcial del presente recurso y la casación y anulación en parte de la sentencia recurrida, así como la revocación de la citada por el

Juzgado de Primera Instancia en cuanto al pronunciamiento cuarto de su fallo, sin que proceda la imposición de costas en ninguna de las instancias, ni de las causadas en este recurso, a tenor del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no siendo necesaria declaración sobre depósito al no haber sido constituido, de conformidad con el artículo 1703 de la citada Ley Procesal.