

sentencia de 1982 citada admite la acción publiciana como subespecie de la reivindicatoria como «excepción basada en razones de utilidad». Esas razones de utilidad son facilitar la prueba del dominio, pero hasta tal punto que lo que se prueba no es el dominio, sino una posesión como dueño, una posesión de hecho, basada, eso sí, en un título. ¿No hemos cambiado uno de los requisitos fundamentales de la reivindicatoria? Si es así, desde mi punto de vista ya no estamos ante una reivindicatoria, sino una acción distinta, que es precisamente la publiciana.

Mantengo, entonces, que la acción publiciana tiene cabida como acción independiente, pues los supuestos de hecho que le dan lugar son bien distintos de los de reivindicatoria. En este caso no se trata de un dueño que ha perdido la posesión de la cosa, sino de un poseedor, que por llevar mucho tiempo (casi dueño) poseyendo, de buena fe, con justo título y en concepto de dueño, merece una defensa propia de su estado. Se ha hecho merecedor de una acción distinta derivada directamente de su mejor derecho a poseer, frente a quien le arrebató su posesión, basándose en su título más válido, diferenciándose así de la mera defensa interdictal que sólo se fija en el hecho posesorio.

Creo que la posesión durante mucho tiempo y en concepto de dueño genera un estado posesorio basado en un título, que por la propia intención del legislador debe quedar protegido por una acción propia. Pues del 446 del Código Civil, en conjunción con los ya citados 445 y 1.970 creo que cabe una defensa propia de este poseedor casi dueño. Y de lo que no me cabe ninguna duda es que no podemos tener una acción (reivindicatoria) en defensa de la propiedad, que varíe sus presupuestos para amparar un supuesto de hecho distinto, y a un sujeto distinto: el poseedor que no es dueño, aunque sea un poseedor muy especial. Ya no sería una acción en defensa del dominio, sino también en defensa de la posesión.

Por todo esto, y siempre desde mi punto de vista, la doctrina de esta sentencia no es acertada, y considero que sería preferible dar cabida a la acción publiciana como acción independiente en defensa de la posesión civil, en concepto de dueño, en todos aquellos casos en los que la pretensión se fundamente en el hecho posesorio, en una posesión de hecho especial, pues deriva de un título que le confiere un mejor derecho a poseer.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO. NO PROCEDE DE UNA COSA QUE FORMA PARTE DE UNA COMUNIDAD HEREDITARIA.—COMUNIDAD HEREDITARIA. PARTICIÓN DE LA HERENCIA. CONCEPTO, JURISPRUDENCIA, EFECTO; NO CABE LA DIVISIÓN DE UN BIEN CONCRETO ANTES DE LA PARTICIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia presentaron los actores demanda contra cuatro personas, solicitando que se dictara sentencia

en la que se declarase: Primero: la división de la cosa común constituida por un solar sobre el que se ha edificado una nave, habiéndose de practicar la división entre todos los herederos y comuneros indivisos y, en caso de no ser susceptible de división o que resulte inservible para el uso al que se destina, se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás y, en el supuesto de no aceptarse esta solución, se vendan y se reparta el precio entre los herederos. Segundo: Que se declare que dos de los demandados —Ca. M. P. y Ci. M. P.— abonen la cantidad que se fije en ejecución de sentencia por la posesión y disfrute desde el año 1962 del solar y de la nave. Tercero: Que en cualquiera de los supuestos se impongan las costas a los demandados.

Los dos demandados mencionados contestaron a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando al Juzgado que desestimara todas las peticiones de la parte actora y le impusiera a ésta las costas del litigio. A los otros dos demandados se les declaró en rebeldía por no haber comparecido.

El Juzgado estimó la demanda en todos sus pedimentos. Apelada la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia fue revocada por la Audiencia Provincial, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. No se hace declaración alguna de condena respecto a las costas causadas en ambas instancias.

Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Provincial, el Supremo la confirma y condena a la parte recurrente al pago de las costas.

Doctrina.—La cuestión de derecho material que se plantea en este caso al Supremo es si se puede ejercitar la *actio communi dividundo* respecto de un bien concreto que forma parte de un patrimonio hereditario después de haberse aceptado la herencia por los herederos pero sin haberse practicado la partición de la misma. Si se hubiera realizado la partición y subsiguiente adjudicación podría haber correspondido dicho bien a uno solo de los coherederos, a varios o a todos.

Como es sabido, la partición hace cesar la comunidad y transforma las cuotas abstractas e indivisas de los coherederos en derechos concretos sobre bienes determinados que se adjudican a cada uno de aquellos.

La Audiencia Provincial desestimó la demanda de división de la cosa común, presentada por unos herederos contra otros, al amparo del artículo 400 del Código Civil, argumentando que se trata de «un bien singular perteneciente a un patrimonio hereditario indiviso sobre el cual no consta que los actores tengan una cuota concreta de propiedad indivisa que les haya sido adjudicada en la partición de la herencia». No han acreditado que se haya llevado a cabo la partición de la herencia siendo «presupuesto material imprescindible para la viabilidad de la acción de división que han ejercitado, porque pudiera darse el caso de que realizada la partición no se les adjudicara el bien inmueble cuya división se pretende».

Como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de este comentario: «Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos».

La STS de 25 de mayo de 1992 dice que «en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por partes iguales entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria».

La STS de 6 de octubre de 1997 sigue la misma línea de que «los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras no haya partición».

En el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia que nos ocupa se dice que tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia siguen la teoría sustitutiva o especificativa de la partición (1) según la cual la partición sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se le adjudican. La partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada heredero.

COMENTARIO

Como antes se expuso, el Supremo mantiene la sentencia de la Audiencia y expone de forma clara y tajante que de ninguna forma cabe el ejercicio de la acción de división, pretendida por los demandantes sobre un bien concreto perteneciente al patrimonio hereditario sin haberse practicado la partición de la herencia.

No se puede aplicar el invocado artículo 400 del Código Civil, que faculta a los copropietarios a pedir la división de la cosa común, porque este precepto exige tener un derecho de copropiedad sobre la finca cuya división se pretende y los coherederos carecen de tal derecho. Tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos y no quedará especificado sobre la finca concreta hasta que se les adjudique por la partición de la herencia.

Hasta que no se realiza la partición y adjudicación de la parte que corresponde a cada heredero no se produce la adquisición de bienes determinados de la herencia (2), en consecuencia, hasta que no se efectúa la partición no adquieren los herederos la propiedad exclusiva (3), pues, como dice el Supremo, ni siquiera una atribución en el testamento basta para que el heredero se declare propietario (4). Es, en definitiva, la partición la que atribuye el dominio contenido en el caudal relicto (5).

Volviendo a la *actio communi dividundo* hay que destacar que representa un derecho indiscutible e incondicional de los copropietarios (6) y debe resolverse únicamente entre los condueños de la cosa común, pero en este caso no hay condominio, por eso el Supremo no admite el ejercicio de la acción.

Al no admitir el Tribunal Supremo el juego del artículo 400, tampoco admite la supuesta infracción del 404, dado que ambos preceptos se asientan sobre la misma base: la división de la cosa común y, por tanto, parten de una

(1) SSTS de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1998, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991 y 28 de junio de 2001.

(2) STS de 5 de noviembre, que recoge una reiterada doctrina jurisprudencial.

(3) STS de 31 de enero de 1994.

(4) STS de 15 de febrero de 1999.

(5) STS de 3 de febrero de 1982.

(6) STS de 3 de junio de 1989 y 28 de marzo de 2003.

situación de copropiedad de la cosa; si bien el 404 da una solución para el supuesto de indivisibilidad de la cosa, a saber, una división no material sino de carácter económico, pero siempre que exista una copropiedad sobre la cosa. Precepto análogo al 1.062, referido a la partición.

En el supuesto contemplado en esta sentencia, el solar objeto de la contienda forma parte de una comunidad hereditaria y sería necesaria la partición para conferir la propiedad de los bienes, tal como dispone el artículo 1.068 del Código Civil.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

COMPRAVENTA DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL. PRECIO SUPERIOR AL LEGAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JULIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—Don Andrés Navarro, que había comprado una vivienda de Protección Oficial a URBAISA, presenta demanda contra esta entidad reclamando la devolución, tanto de la parte del precio, en lo que excedía del establecido para dicha clase de viviendas, como de lo pagado en demasía por concepto de IVA, así como la elevación a escritura pública del contrato con la correspondiente subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda objeto de enajenación.

Doctrina.—La sentencia recurrida afirma que lo querido por las partes fue lo estipulado en el contrato y que el segundo documento sólo se firmó a efectos administrativos, echando en olvido una pacífica doctrina jurisprudencial según la cual la autonomía de la voluntad no siempre es absoluta, encontrando límites legales en supuestos como los contratos de venta de viviendas de protección oficial, en los que no existe total libertad en cuanto a la fijación del precio se refiere e incurriendo la promotora en fraude de ley al pretender dar valor al contrato en el que se fijó un precio superior al establecido por la Administración. Además, se establece como doctrina consolidada la de que cuando las partes, en supuestos como el que es objeto de los presentes autos fijan libremente un precio superior al oficial de las viviendas de protección oficial, no cabe aplicar la nulidad del artículo 6 del Código Civil, pues tal sanción de nulidad no aparece prevista ni en el Real Decreto 2960/1976, que aprobó el texto Refundido de la legislación de viviendas de Protección Oficial, ni en el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de tales viviendas, ni en las normas reglamentarias que los desarrollan; en consecuencia, las infracciones aludidas únicamente son determinantes de sanciones administrativas y pérdida de beneficios. No siendo procedente, tampoco, sostener la nulidad parcial de la cláusula, puesto que el precio pactado fue el decisivo para el acuerdo de voluntades.