

El carácter personal o real del pacto de indivisión

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL INTERES DE LA CUESTION.—II. LA PRETENDIDA EFICACIA PERSONAL.—III. LOS EFECTOS REALES DEL PACTO DE INDIVISION: A) LA VINCULACIÓN DE LOS TERCEROS. B) LA MODIFICACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO. C) LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL PACTO. D) LA POSIBLE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

I. PLANTEAMIENTO: EL INTERES DE LA CUESTION

Goza de amplio predicamento la concepción de la comunidad de bienes como una fuente constante de conflictos. *Communio mater rixarum est*, se ha venido afirmando secularmente; garantizándose al comunero en el Derecho romano la posibilidad de salir de la comunidad en cualquier momento, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo* (1). Y así pasó, en líneas generales, a nuestro Derecho. Buena cuenta de ello la da el Código alfonsoino, viniendo a consagrar el principio de que cualquiera de los condóminos puede pedir, en cualquier momento, la división de la cosa común (2). En este sentido, el artículo 400 del Código Civil es un fiel exponente de esta ausencia de obligación, o mejor de vinculación (3), a permanecer en comunidad, cuando establece que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad, pudiendo cada uno de ellos pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.

No obstante, lo mismo en el Derecho romano que en nuestro Código,

(1) *Codex*, lib. III, tit. 37, ley 5; *Digesto*, lib. X, tit. III, leyes 8 y 14.

(2) Ley 3, tit. V, Part. 5.^a y leyes 27, tit. V y 35, tit. XI, Part. 3.^a

(3) JOSÉ M.^a MIGUEL GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Civil y compilaciones/orales*, dirigidos por M. ALBALADEJO; t. V, vol. 2, pág. 439, comentando el art. 400 CC, habla de «ausencia de una vinculación jurídico-obligacional a permanecer en la comunidad».

se admite la posibilidad de que los distintos propietarios de una cosa acuerden la indivisión del bien. Lo que, en esencia, significa la renuncia voluntaria al ejercicio de la acción divisoria. Entre otros aspectos conviene destacar, amén de dicha voluntariedad, la temporalidad de tal abdicación. El párrafo segundo del aludido precepto sanciona la validez de dicho pacto siempre que su duración no exceda de diez años. De lo que se trata es de verificar si un acuerdo de tales características produce efectos tan sólo entre las partes que lo conciertan o si, por el contrario, cabe hacerlos extensivos a otras personas más allá del reducido círculo constituido por los contratantes. Dicho de otro modo, si el pacto de indivisión tiene naturaleza meramente obligacional, debiendo desplegar su eficacia en el marco subjetivo establecido por el párrafo primero del artículo 1.257 del Código («los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos»); o bien, si es posible que afecte a personas que no intervinieron en la adopción del acuerdo, ni son tampoco causahabientes de los mismos, lo que significaría dotar al pacto de eficacia real y, por ende, estimarlo vinculante para los terceros.

Si se estima que los efectos del pacto son puramente obligacionales no cabría transmitir la cuota de un comunero con la carga del acuerdo; de manera que el adquirente no se vería afectado por aquella obligación negativa establecida entre su transmitente y los restantes copropietarios. Así, el nuevo partícipe podría —de acuerdo con el párrafo 1.º del art. 400—, pedir en cualquier momento que la cosa se dividiese; lo que supondría una completa frustración de los deseos que movieron a los condueños a establecer la indivisión del bien (4). Por el contrario, si admitimos que un negocio de tales características genera efectos reales, el tercer adquirente de una cuota quedaría afectado por su contenido, de manera que le sería imposible solicitar la división del bien durante la vigencia del pacto. Si a ello añadimos la posibilidad de que entre en juego la mecánica registral, encontraremos que existe más de un interrogante a resolver.

II. LA PRETENDIDA EFICACIA PERSONAL

No cabe duda de ser el pacto del que venimos hablando un contrato (5).

(4) MANUEL GITRAMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*, pág. 396, Madrid, 1950.

(5) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, t. VII, pág. 461 (4.ª ed. a cargo de FRANCISCO ORTEGA LLORCA), Madrid, 1944; lo califica abiertamente como tal y, en igual sentido, JOSÉ M.ª MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, t. III, pág. 650 (8.ª ed. a cargo de FRANCISCO RICO PÉREZ), Madrid, 1976. En la doctrina extranjera también le atribuye la calificación de contrato, WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECCERUS,

Un acuerdo voluntario y libre entre sujetos determinados, que conlleva la renuncia temporal al ejercicio de la acción divisoria. Vinculante sólo para aquellos comuneros que lo firmen o, en otras palabras, sin que puedan quedar sujetos por el mismo los copartícipes que no hubieran consentido en su suscripción. Esta primera aproximación puede inducir a pensar que únicamente produce efectos personales, como propios de cualquier contrato lícito.

En esta línea se orienta la posición del Profesor J. BELTRÁN DE HEREDIA (6). Considera que se trata de un acuerdo que implica una renuncia a dividir, o mejor, a solicitar la división; que además es una renuncia voluntaria, sin que en ningún caso pueda tener carácter forzoso; y que la única manera de que produzca efectos contra todos los comuneros es que haya sido suscrita por la totalidad de los mismos. Sobre estas bases, el pacto de indivisión sólo genera eficacia personal y nunca real. En opinión de este autor tal eficacia se concretará de distinta forma, según sea el supuesto contemplado. Así:

- a) No hace nacer el pacto una obligación personalísima; de manera que los herederos de los firmantes estarán afectados por el compromiso asumido por su causante.
- b) Igualmente quedarán afectados por los acreedores singulares de cualquier propietario que hubiera dado su consentimiento al pacto. En este caso se producirá la vinculación, por cuanto los acreedores que pretendiesen la división de la cosa no actuarían en el ejercicio de un derecho propio; antes bien, estarían ejercitando un derecho ajeno, el de su deudor, configurado por la existencia de un acuerdo en sentido contrario. De manera que no podrían llevar a cabo la referida división.
- c) Por último, para el caso de los sucesores a título singular, distingue BELTRÁN DE HEREDIA, según que el comunero hubiese transmitido una parte de la cosa para el momento de la división (en cuyo caso el cesionario estará obligado a respetar la indivisión acordada: debiendo esperar el momento de su extinción para poder hacer efectivo su derecho). O que el comunero hubiese dispuesto de su cuota, es decir, de su posición en la comunidad. En tal caso, el cesionario no estaría afectado por la indivisión acordada por su transmitente, en tanto al adquirir su porción no lo hubiese así estipulado con éste. Considera el mismo autor (7) que el pacto fue

KIPP y WOLFF, t. III, vol. 1.º, pág. 611 (3.ª ed. española a cargo de JOSÉ PUIG BRUTAU), Barcelona, 1971.

(6) JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, págs. 339 y sigs., Madrid, 1954.

(7) BELTRÁN, ob. cit., pág. 340.

una obligación personalmente contraída por el cedente y a la que el cesionario resulta de todo punto ajeno. De forma que si instara la división del bien no ejercitaría —**como** sí sucede con los acreedores— un derecho ajeno, sino un derecho propio, el que le confiere el párrafo 1.º del artículo 400 CC. Sin que el resto de los copropietarios puedan oponerle la existencia de un acuerdo en el que el cesionario no intervino. La única fórmula con que éstos contarían para obtener la reparación del daño causado por la práctica de una división extemporánea sería la de reclamar la correspondiente indemnización al cedente, causante de los perjuicios derivados de una división practicada a pesar de la existencia del acuerdo suscrito. Pero en ningún caso podrán reconvenir al nuevo partícipe (subrogado en la posición del firmante) la indivisión anteriormente estipulada.

En un sentido muy similar se manifiesta el Profesor ALBALADEJO (8), quien sin mayores justificaciones, niega la posibilidad de que el pacto de indivisión obligue al que no hubiese intervenido en él, aun cuando recibiera la cosa de quien se comprometió a no dividirla. Y a salvo la regla general del párrafo 1.º del artículo 1.257 CC, y la particular contenida en el párrafo 2.º de la Ley 374 de la Compilación navarra.

En otros países también existen partidarios de reconocer una simple eficacia personal al pacto de indivisión. En la doctrina italiana la cuestión ha sido abordada por diferentes autores. BARBERO (9), al analizar la eficacia del reglamento interno de la comunidad, refiere la posibilidad de que —**dentro** o fuera del **mismo**— exista un pacto de indivisibilidad, el cual, como norma general, no obligará al **condómino** subentrante en la posición del que lo hubiese suscrito, a no ser que tal vínculo le haya sido expresamente impuesto o voluntariamente asumido con la transmisión de la cuota (10).

(8) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, t. III, vol. 1.º, pág. 412, Barcelona, 1989.

(9) DOMÉNICO BARBERO: *Sistema del Derecho Privado*, t. II, pág. 463 (trad. de SANTIAGO SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1967.

(10) De semejante parecer son también LUDOVICO BARASSI: *La copropietà*, pág. 277, Milano, 1929; y SALÍS: *La comunione*, pág. 43, Torino, 1939.

III. LOS EFECTOS REALES DEL PACTO DE INDIVISION

A) LA VINCULACIÓN DE LOS TERCEROS

Reconocido el carácter contractual del pacto de indivisión, ello no debe significar sin más que éste sólo despliegue efectos obligacionales. Así, existen figuras contractuales que paralelamente operan, amén de aquellos efectos, otros resultados con trascendencia distinta a la simplemente personal. Contratos de los que se dice producen «efectos reales». A ellos se refiere el artículo 7 del Reglamento Hipotecario cuando habla de «contratos con trascendencia real». Ciertamente, como ha puesto de manifiesto el Profesor DÍEZ-PICAZO, la expresión «efecto real» no es de frecuente utilización en nuestros textos legales, que parecen preferir la alocución «efectos contra terceros» o «efectos en perjuicio de terceros». Pero, en cualquier caso, ha de reconocerse la equivalencia de ambas expresiones, como manifestación de la idea de que el estatuto jurídico de un determinado bien, mueble o inmueble, se traslada a los sucesivos adquirentes del dominio o de derechos reales sobre tales bienes, de manera que estos últimos quedan, o bien obligados, o bien sometidos a tal situación (11).

Y en esta línea de pensamiento, no son pocos los autores que atribuyen eficacia real al acuerdo **indivisorio**. En el Derecho italiano, BRANCA (12), en el estudio de los distintos acuerdos internos que pueden suscribir todos los comuneros, pone de manifiesto que, tratándose del pacto de permanencia en la indivisión, éste producirá efectos reales: es decir, obligará —como ocurre con las deliberaciones de la asamblea o con el reglamento **interno**— a los adquirentes ulteriores de las cuotas en la comunidad; en suma, a los nuevos condueños que no han participado en su adopción. De igual modo, la doctrina alemana acepta la eficacia real del pacto por el que se excluye temporalmente la división de la cosa (13).

Por su parte, en nuestro Derecho también han sido numerosas las opiniones que reconocen la sujeción del tercer adquirente de una cuota al convenio por el cual su cedente había suscrito, con anterioridad a la transmisión, la voluntaria renuncia al ejercicio de la acción divisoria. SCAEVO-

(11) LUIS DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, pág. 45, Madrid, 1986.

(12) GIUSEPPE BRANCA: *Instituciones de Derecho Privado*, tomo II, pág. 234 (trad. de PABLO MACEDO), México, 1978.

(13) Así se desprende de la obra de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2.º, 2.ª parte, pág. 765; tomo III, vol. 1.º, pág. 611; y tomo V, vol. 2.º, pág. 266. No obstante, dadas las peculiares características de su sistema de publicidad, será necesaria —tratándose de bienes inmuebles— la inscripción en el Registro de la Propiedad.

LA (14) aplicaba a esta cuestión la solución adoptada por el Derecho romano, en el sentido de que podrían los comuneros repetir contra el cesionario la misma excepción (de indivisión) que tenían contra el cedente (15), atendida la subrogación de aquél en todos los derechos y obligaciones de éste. De manera que si el cedente se comprometió a permanecer en copropiedad durante cierto tiempo, este compromiso obliga al cesionario, que es la continuación de la personalidad de aquél, en todo lo que haya sido objeto de la cesión. También MANRESA (16) habló de continuación de la personalidad jurídica del transmitente para justificar la eficacia real del pacto frente al tercero que recibía una cuota de quien había firmado el pacto.

Asimismo, muchos tratadistas admiten el efecto real del convenio de indivisión (17), normalmente sobre la base de subrogarse el adquirente en la posición del comunero que se desprende de su porción, tal como acabamos de exponer. Y con un carácter más específico, algunas obras recogen directas contestaciones a la tesis personalista y, en especial, a la postura mantenida por BELTRÁN DE HEREDIA. En este sentido, AZPITARTE (18) la califica de inaceptable, por no hallar en la misma una justificación teórica suficiente, y advierte del riesgo —en el terreno práctico— de dejar inoperante y en pura entelequia la norma del párrafo 2.º del artículo 400 CC. No menos contundente se muestra CRESPO (19), el cual frente a las conclusiones de BELTRÁN DE HEREDIA —y sin perjuicio de admitir la solvencia de sus argumentos— no los estima suficientes. En efecto, el Tribunal Supremo reconoce que la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos —art. 1.257 CC— no es obstáculo para que en otro aspecto puedan producir determinados efectos para los sucesores a título singular, cuando se adquiere por uno de los contratantes por un acto *inter vivos*, cual la venta, y como consecuencia de la regla «*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipso haber et*», el causahabiente a título particular soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influyen en el

(14) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 462.

(15) Digesto, ley 14,3.º, tit. III, lib. X: «*Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus divideretur, quia vendere liceat ei, qui tali conventionem tenetur, non est dubium: quare emptor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur, quia auctor eius summovebitur*».

(16) MANRESA Y NAVARRO, ob. cit., pág. 652.

(17) Entre otros, LUIS DíEZ-PICAZO: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pág. 93, Madrid, 1990; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol. 2.º, págs. 481-482, Barcelona, 1991; FEDERICO PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo III, vol. 1.º, págs. 338-339, Madrid, 1972, y tomo V, vol. 3.º, pág. 201, Madrid, 1965.

(18) RAFAEL AZPITARTE CAMY: «LOS garages en el título constitutivo de la propiedad horizontal», en *RDN*, CIII, 1979, pág. 133.

(19) FERNANDO CRESPO ALLÚE: *La comunidad de bienes*, pág. 106, Madrid, 1992.

derecho que se transmite (20), consagrando con ello la doctrina de que «los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante» (21). De ahí que, como ya habíamos apuntado, el contrato puede tener eficacia real, o lo que es lo mismo, puede afectar a terceros sucesores en la posición del contratante.

Admitida esta posibilidad, queda por ver de qué forma opera en el ámbito de la indivisión. Entiende el Profesor MIQUEL (22) que este acuerdo excluye la acción divisoria. La expresión del Código («pacto de conservar la cosa indivisa») no supone el mantenimiento de la comunidad, sino tan sólo la imposibilidad de pedir la división de la cosa; permaneciendo intacto el derecho de cada comunero a salir de aquélla mediante la transmisión de su cuota. De manera que lo cedido al tercero será la posición del comunero en la comunidad y esa posición, en el caso de existir el pacto, no incluye la facultad de pedir la división. La regla «*nemo dat quod non habet*» impone, en línea de principio, que el tercero no pueda pedir la división del mismo modo que no la podía pedir su transmitente. O dicho de otro modo, el tercero adquirente de una cuota sólo podrá invocar frente a la comunidad los mismos derechos que realmente, que efectivamente, tuviera su transmitente (23).

Sobre estos postulados resulta fácil admitir las correcciones que a la tesis personalista de BELTRÁN DE HEREDIA opone CRESPO (24), en el sentido de que, de un lado, el acreedor embargante efectuará la traba sobre el derecho del **condómino** tal como se encuentra en el patrimonio del copropietario deudor y el adjudicatario en subasta lo adquirirá tal como lo tenía aquél, y tal como le fue embargado, es decir, con la limitación temporal derivada del pacto de indivisión. De otro lado, en cuanto a los sucesores a título singular, si el comunero ha transmitido una parte de la cosa, para el momento de la división, habrá que esperar a que ésta se lleve a cabo, pero no porque le afecte el pacto de indivisión, sino porque el comunero, al disponer de una parte material de la cosa, o de una cuota sobre un bien de la comunidad o de la herencia, en su caso, ha dispuesto de algo diverso a

(20) Sentencia del TS de 2 de noviembre de 1981.

(21) Sentencias del TS de 3 de octubre de 1979 y de 20 de febrero de 1981. Doctrina con posterioridad reiterada en Sentencias del mismo Tribunal, de 27 de marzo de 1984, 4 de junio de 1990 y 20 de mayo de 1992.

(22) MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 460.

(23) BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y FRANCISCO MENCHÉN HERREROS: «Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje. Copropiedad», en *RCDI*, nov.-dic. de 1980, núm. 541, pág. 1497.

(24) CRESPO ALLÚE, ob. cit., pág. 109.

su derecho, porque su parte no es una parte determinada materialmente, pero la disposición con relación a los condueños puede ser también eficaz, si se le adjudica aquella parte y, por supuesto, con relación al adquirente, surtirá sus efectos el contrato obligatorio, según como haya sido celebrado (condicionalmente o no, de la parte material o del resultado de la partición, pues son modalidades diversas). Y si el comunero ha transmitido su derecho como tal, con posibilidad de usar y disfrutar de la cosa común como lo haría él mismo, esto es, con la limitación derivada del pacto de indivisión, éste produce efectos y vincula al adquirente.

B) LA MODIFICACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO

Hasta ahora hemos planteado la eficacia real del pacto de indivisión como la producción de efectos frente a terceros, en especial, frente a subadquirentes de la cuota de un comunero. Sin embargo, puede hablarse también de efectos reales en el sentido de producir este acuerdo la modificación del contenido del derecho de cada condueño. A esta virtud transformadora se refiere *in genere* el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, cuando exige a los contratos con trascendencia real «que modifiquen, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio». Ya vimos que el pacto supone una exclusión temporal del ejercicio de la acción divisoria entre quienes lo firman. Y esta acción no es más que la concreción de una de las facultades de la copropiedad por cuotas: la de pedir la división —según reconoce el párrafo 1.º del artículo 400 CC— en cualquier tiempo. De manera que el Código concede a los comuneros un *ius dissolventi* casi absoluto, sin apenas limitaciones, hasta el punto de afirmarse que este derecho (el de pedir la división) se configura a semejanza de una fórmula constitucional, estampada en aquél con la categoría de principio (25).

De ahí que el contrato lícito por el que se impida el ejercicio de tal derecho tiene una eficacia que va más allá de la meramente obligacional de indemnizar los daños y perjuicios generados al resto de los copropietarios como consecuencia del incumplimiento del pacto. Tiene, pues, una eficacia real, en el sentido de eliminar la *actio communi dividundo* y, por ende, en el de modificar la configuración del derecho del **condómino** mediante la incorporación de una limitación a una de las facultades inherentes al mismo (26). No es que el pacto de indivisión cree un derecho real nuevo, distinto al que tenía el comunero; pero sí supone una modificación de su

(25) PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 337.

(26) CRESPO ALLÚE, ob. cit., pág. 106.

contenido, modeladora del estatuto jurídico de la comunidad (27). De un nuevo estatuto en el que, en definitiva, se ha prescindido de una facultad concreta y caracterizada.

C) LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL PACTO

Un punto interesante, junto al debatido, lo constituye la determinación del carácter de las obligaciones derivadas del pacto de indivisión. El Profesor GULLÓN (28), siguiendo a BRANCA y a ABERKANE, estima que a través del mencionado convenio se da nacimiento a una auténtica obligación *propter rem* (29). Y ésta ha sido también la opinión de la mayoría de los autores que admiten la eficacia real del pacto de indivisión (30). Sin embargo, no ya la calificación de tal obligación (de no dividir) como *propter rem*, sino incluso el contenido mismo de esta figura ha sido bastante cuestionado.

Efectivamente, las llamadas obligaciones *propter rem* no tienen en las fuentes una demarcación clara y precisa. En opinión de BIONDI (31) se trataba de casos de responsabilidad negativa, radicada en la propiedad o en la posesión de una cosa. Eran supuestos —como la *actio noxalis*, *actio aquae pluviae arcendae*, *actio quod metus causa*— completamente alejados de su realidad posterior y canalizados a través de otras vías reparatorias, como la del artículo 1.902 CC (32). En una posición totalmente contraria, F. HERNÁNDEZ GIL (33) las reconoce en el Derecho romano. De igual manera, CASTÁN (34) señala también las frecuentes oscilaciones doctrinales en torno a la configuración de estas obligaciones. Así, mientras para unos se trataría de relaciones complejas, otros aceptan que estamos ante verdaderos derechos reales *in faciendo*, ya que directamente se grava la finca y sólo

(27) DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, pág. 93.

(28) ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: «La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia», en *ADC*, 1965, I, pág. 380.

(29) HASEN ABERKANE: *Essai d'une théorie générale de l' obligation propter rem en Droit positif français*, pág. 85, París, 1957; considera que con este tipo de obligaciones se asegura el ejercicio simultáneo y concurrente de varios derechos reales.

(30) Entre otros, AZPITARTE, ob. cit., pág. 133; CRESPO, ob. cit., pág. 111; GITRAMA, ob. cit., pág. 397.

(31) BIONDI BIONDI: *Las servidumbres* (anotada por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS), pág. 1284, Madrid, 1978.

(32) Según anota GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., pág. 1311.

(33) FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL: «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *RDP*, 1962, págs. 853-855.

(34) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. 1.º, págs. 54-55, Madrid, 1984.

mediatamente la persona que se encuentra en relación con ella, y además cabe el abandono de la cosa extinguiendo así la obligación.

Se suma a ello, como constata Díez-Picazo (35), la excepcionalidad y aún heterogeneidad de los supuestos que pueden presentarse. De forma que sólo mediante la nota de la ambulatoriedad —**característica** admitida sin discusión en esta clase de **obligaciones**— pueden describirse las *propter rem*. Pero no es que sea ambulatoria la obligación, sino la posibilidad de su nacimiento (36): surgirá a cargo de cualquiera que sea titular del derecho en el momento en que se verifica la circunstancia prevista para su nacimiento. De suerte que dicha obligación, en lugar de contemplar la persona y la totalidad del patrimonio, se conecta con un bien peculiar y concreto, gravando al obligado en la medida que el mismo es propietario de la cosa, pudiéndose exonerar de dicha obligación ya en virtud del abandono, ya a través de una simple enajenación (en cuyo caso la obligación real se transfiere al adquirente a título particular) (37).

Así consideradas, es admisible interpretar que las obligaciones derivadas del pacto de indivisión son obligaciones *propter rem*, esto es, asentadas sobre el objeto de la indivisión y transmisibles con los derechos sobre aquél hasta su extinción por el transcurso del tiempo señalado a su vigencia. De esta manera, para el Profesor GITRAMA (38) resulta plenamente compatible la libertad de negociación o enajenación de las cuotas —**libertad**, como vimos, que el acuerdo indivisorio no tiende a **limitar**— con los fines perseguidos por el convenio. La enajenación implica así la transmisión del copartícipe y, por consiguiente, no correrá riesgo alguno la continuidad de una indivisión que el *tradens* había libremente pactado y a la que se hallaba sometido.

D) LA POSIBLE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Tratándose de comunidad sobre bienes inmuebles, y a la vista de todo lo expuesto, debe reconocerse el acceso del pacto de indivisión al Registro de la Propiedad, atendido el efecto modificador del derecho real de cada condeño. Desde luego, el artículo 2 de la Ley Hipotecaria sólo permite la inscripción de los títulos que contengan derechos de naturaleza real y el convenio por el que se acuerda la indivisión no crea, como hemos visto, un nuevo derecho de tal naturaleza. A pesar de este aparente obstáculo, es

(35) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, pág. 61.

(36) BIONDI, ob. cit., pág. 1295.

(37) JEAN CARBONNIER: *Derecho civil*, tomo II, vol. 1.º, págs. 76-77 (trad. y anot. de MANUEL ZORRILLA RUIZ), Barcelona, 1965.

(38) GITRAMA, ob. cit., pág. 397.

posible —de conformidad con el artículo 7 del Reglamento **Hipotecario**— el ingreso en el Registro de cualquier contrato de trascendencia real (la misma que hemos reconocido en el pacto de indivisión) que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales. La Dirección General de los Registros y del Notariado reconoció en cierta ocasión (39) el carácter real, y por tanto la posibilidad de su inscripción, de un pacto en el que los copropietarios acordaron el modo de proceder a la división material del bien, para el caso de extinción de la comunidad.

Interpretó la Dirección General que el contrato en cuestión reunía los caracteres típicos de absolutividad e immediatividad que determinaban su acceso a los libros registrales. Así, en uno de sus *Considerandos* estimó que el pacto (sobre la forma de dividir) ofrecía una naturaleza real, en cuanto que:

- a) Sujeto activo de la titularidad real lo es cada condueño, en tanto que sujetos pasivos son los restantes copropietarios que lo sean al tiempo de realizarse la disolución de la comunidad, los cuales se encuentran obligados como tales copropietarios y no por el vínculo personal.
- b) El derecho a que la división material se lleve a cabo en la forma pactada recae directamente sobre la finca, sobre la cuota intelectual y sobre una parte de finca físicamente determinada en el pacto.
- c) Produce una mutación **jurídico-real** inmobiliaria al modalizar el alcance de la cuota y excluir los procedimientos de disolución de la comunidad, a excepción del pactado; todo lo cual trae como consecuencia que el titular del derecho pueda exigir *erga omnes* que se le adjudique precisamente esa determinada porción de finca, y que este derecho sea exigible en perjuicio de tercero.

Se ha opuesto (40) que éstos, más que «requisitos» son «caracteres», resultantes de la atribución de carácter real al pacto; y de la misma manera, mediante su negación, podía haberse estimado que tenía naturaleza puramente obligacional. Sin que fuese suficiente la voluntad inequívoca de las partes para otorgarle carácter real al convenio (41), no obstante la conveniencia de dicha constancia explícita.

(39) Resolución de 1 de abril de 1981.

(40) JORGE SALAZAR GARCÍA: «Pacto de predivisión en el condominio: ¿naturaleza real o personal? Notas sobre la Resolución de la DGRN de 1 de abril de 1981», en *Rev. La Ley*, 1981, págs. 985 y sigs.

(41) En el caso en cuestión los contratantes manifestaron expresamente su deseo de que el pacto de predivisión tuviese trascendencia real.

A pesar de ello, parece admisible que un pacto de indivisión en el que se da cumplimiento a aquellas exigencias [a) determinación de los sujetos, activos y pasivos, b) vinculación directa y específica a un bien concreto y c) sobre todo, constancia de una transformación jurídico-real inmobiliaria] debe considerarse comprendido en la órbita del artículo 7 del Reglamento Hipotecario y, en consonancia con el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria, tener franqueado el acceso al Registro de la Propiedad. Ello conllevará la posibilidad de ser opuesto a cualquier tercero que adquiera la cuota-parte de un **condómino**. Sin que pueda perjudicar —**para** el caso de ausencia de **inscripción**— al tercero de buena fe protegido por la norma del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Los restantes acuerdos (aquellos que recaigan sobre inmuebles no inmatriculados o, incluso, sobre muebles) afectarán a los terceros, según el ya expresado criterio «*nemo dat quod non habet*», quienes no podrán solicitar la división en tanto subsista el pacto. No hay razón alguna —**expresa MIQUEL**— (42) para preferir el interés del adquirente al de los demás comuneros, quien adquiera una participación en el dominio de un bien que no goce de una especial publicidad tiene la carga de conocer la extensión y contenido del derecho que adquiere.

LUIS A. GODOY DOMÍNGUEZ
Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de Las Palmas
de Gran Canaria

(42) MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 461.