

Naturaleza y clase de la *actio communi dividundo*

NATURALEZA DE LA ACCIÓN (ARTÍCULO 400 DEL CÓDIGO CIVIL):
ATRIBUTIVA O DECLARATIVA DE DOMINIO

Dentro del campo del Derecho procesal ha sido discutidísimo en la doctrina legal y científica cuál sea la naturaleza de la *actio communi dividundo*. Su carácter atributivo o declarativo de dominio constituye un verdadero dilema que ha dividido la opinión científica en dos secciones.

Los paladines de la naturaleza atributiva o traslativa de esta acción (1) han creído ver en el Digesto el sostén de su razón (2). No obstante este espejismo, los glosadores lo explican por medio de una permuta de partes indivisas, en cuya consecuencia cada uno recibía su lote con los gravámenes constituidos durante la indivisión y por los cuales respondía en la medida de su interés y hasta totalmente en ciertos casos, cuando se trataba de hipotecas (3).

En España tampoco han faltado autores que amparen el carácter atributivo de aquella acción, entre los que descuellan MANRESA (4), que dice: «que la división de lo común es traslativa y no declarativa de la

(1) Debe destacarse a CARLOS MAYNZ: *Curso de Derecho Romano*, 1888.

(2) Lib. XX, tit. 6.º, L. 7: «Si convenit de parte pro indiviso alienanda, si certa res est, quae venit, potest dici de reliqua parte ab initio agi oportere, nec obstat exceptio. 2.º Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione, facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae, ei obtingit, qui, pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata».

(3) Entre los principales destacan: POTHIER (1925), en *Traité des Fiefs*, número 457; GUYOT, en *Traité des Fiefs*, tomo I, cap. 3; FONMAUR, en *Traité des Lods et Ventes*, tomo I, núm. 303.

(4) *Comentarios al Código Civil*, pág. 679, tomo III, 1952.

propiedad, porque con aquel acto los derechos dominicales del condueño, reconocidos de modo expreso en el artículo 399 del Código Civil durante la permanencia del condominio, no se alteran en modo alguno al dividirse las cosas comunes entre los adjudicatarios, sino que simplemente se transmiten y consolidan, variando, en conclusión, no lo esencia antes bien la forma del derecho real de dominio»; del propio criterio se hacen partícipes MUCIOS SCAEVOLA (5), CASTÁN (6) y GAYOSO ARIAS (7). El primero de ellos, o sea MANRESA, cita, en amparo de su tesis, la Resolución de 22 de mayo de 1944 de cuyo contenido no parece, a nuestro entender, deducirse de un modo inequívoco la naturaleza atributiva de la partición, ya que más bien no decide este particular, sino que adopta una posición escéptica, y así entre otros razonamientos dice: «... que la división de los bienes comunes ya se repute atributiva o declarativa...».

No obstante, amparando el criterio de estos autores, está la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuyas Sentencias de 11 de junio de 1897 y 29 de enero de 1916 reconoce, taxativamente, partiendo de los mismos fundamentos, ese carácter atributivo (8), al declarar que «siendo jurisprudencia establecida por este Tribunal que practicada en forma debida la división y adjudicación de los bienes hereditarios, no procede la petición de herencia, y que la partición constituye un título traslativo de dominio a favor de los herederos, doctrina que ha venido a sancionar el vigente Código Civil, al disponer en su artículo 1.068 que la partición válidamente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le han sido adjudicados».

Ahora bien, de la lectura de los considerandos de estas sentencias entrevemos que las mismas no reconocen este carácter atributivo o traslativo a la *actio communi dividundo* del artículo 400, sino a la *actio familiae erciscundae* del artículo 1.051 del Código, y prueba de ello es que se amparan en el artículo 1.068 sobre los efectos de la división, aunque algunos podrían decir que es como consecuencia obligada de la remisión que hace el artículo 406. Pero no puede ser, por cuanto los efectos de la partición de la herencia son distintos de los de la división de la comunidad, como también lo son las relaciones jurídicas:

(5) *Comentarios al Código Civil*. Véase también ALBALADEJO en *Comentarios al Código Civil*.

(6) *Derechos reales restringidos*.

(7) «Naturaleza y desarrollo procesal de la *actio communni dividundo*», en *Revista de Derecho Privado*, 1920, pág. 210.

(8) Considerando que según declara la Ley 1.ª, tít. 15, Part. 6.ª, por la partición de los bienes que los omes han comunalmente por herencia, tiénese a cada uno por pagado con su parte, siendo juris...

existentes entre los comuneros y coherederos, por un lado, y entre los primeros y la comunidad y los segundos y la herencia, por el otro.

En la comunidad de bienes pura, el comunero es propietario —con la limitación que impone la copropiedad— exclusivo de una parte indeterminada material, pero rigurosamente cierta, de un bien —común— concreto y puede transigir y negociar sobre dicha parte. Por el contrario, en la comunidad hereditaria, y especialmente cuando la herencia la componen no una, sino varias cosas, el coheredero tiene derecho, como tal, a la herencia conceptuada como *universitas ius*, pero no a ningún bien concreto y especialmente determinado de la misma, porque desconoce el bien o bienes que en los lotes de la partición le van a corresponder y, por consiguiente, no puede negociar ni transigir contractualmente sobre ninguna parte indivisa de aquéllos, o sea, que no tiene ningún derecho de propiedad respecto a cada bien en singular, sino que su derecho lo es potencialmente o en «expectativa», y en la partición se le atribuirán uno o más bienes sobre los que con anterioridad a ella no tenía ningún derecho dominical, al revés de lo que ocurre en el condominio, donde, con la división, la parte indeterminada pero cierta de los comuneros se hace determinada en sentido material.

Con anterioridad a la división son propietarios ideales, pero, en definitiva, con plenos derechos dominicales (9); y con la división no hacen más que delimitar su derecho dominical, cosa que no ocurre en la partición de la herencia. En ésta se atribuye al heredero la propiedad, en la comunidad no, porque ya la tiene atribuida desde que entró a formar parte en ella; con la división no se hace más que reafirmar al comunero en su derecho de propiedad, es decir, declarar su propiedad concreta y tangible.

Prueba de lo expuesto es que en los países de «costumbre», como dice HÉCTOR LAFAILLE (10), surgió la doctrina que juzgaba a ese acto jurídico como declarativo de derechos, en el sentido de considerar a los copartícipes, desde el comienzo del condominio, únicos propietarios de los bienes que, en definitiva, recibían; ni más ni menos que si en la herencia se los hubiera transferido directamente el causante (11).

A pesar de que la naturaleza declarativa de la partición, por los motivos alegados, es más dudosa en la herencia, los autores franceses: POTHIER, LAURENT, COLIN y CAPITANT, etc., no han vacilado, siguiendo

(9) Exceptuando las limitaciones que por la relación de comunidad la Ley impone.

(10) *Derecho Civil. Tratado de Derechos Reales*, Buenos Aires, 1944, páginas 235 y ss.

(11) LÉFÈVRE: *L'ancien droit de successions*, pág. 339, 1.ª ed.

el contenido legal del artículo 883 del Código Civil francés, en atribuirle este carácter.

Los Códigos italiano (12) y argentino han proclamado en su articulado la naturaleza declarativa (13), y así dice el artículo 2.695 del último: «La división entre los copropietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condónimo debe ser considerado como que hubiera sido, desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido derecho de propiedad en lo que ha tocado a los otros condóminos».

La acción de división del condominio es declarativa de dominio, además de los razonamientos expuestos anteriormente, por lógica interpretación del artículo 450 del Código Civil: «Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión».

Dicho artículo, tanto si se interpreta en el sentido de que se entiende que ha poseído solamente, como si se quiere ver en el mismo la significación de que ha poseído con exclusividad, vienen a configurar la tesis declarativa de la división (14); y en este sentido dice VALVERDE (15) que al considerarse la posesión del comunero después de la división, no como una nueva posesión, sino como una continuación de la posesión indivisa, no cabe duda de que dicha división no hace más que declarar la propiedad, no trasladarla, pues la palabra del artículo 450 es clara y concreta... «la parte que al dividirse le cupiere»..., o sea, que parte del momento divisional, a diferencia de su semejante el artículo 440.

En segundo lugar, también se deduce del precepto del artículo 399 (16), según el que «el efecto de la enajenación o de la hipoteca estará limitado a la porción que se le adjudique en la división»; de aquí se deduce que (17), además de la parte concreta de la cosa que le vendrá a corresponder al copropietario en la división, no podría darse

(12) «Comunione e divisione», en *Riv. di Diritto Commerciale*, 1949, I, 486.

(13) Criterio que ha sido seguido por innumerables autores italianos: GIUSEPPE MIRABELLI, *ob. cit.*; CICÚ, en «La Natura Dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile», en *Riv. Trim. Diritto Proc. Civ.*, 1947, 7.

(14) BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, 1954, pág. 363.

(15) *Tratado de Derecho Civil español*, tomo I, pág. 261.

(16) Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte..., pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla... Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

(17) BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 364.

validez a aquella enajenación, si no hubiese dispuesto a título de propiedad, cosa esta que no puede ocurrir en la comunidad hereditaria.

En relación con el artículo 1.051

Si en nuestro Derecho, a pesar de las meritorias opiniones en contra, hay sobrados fundamentos legales para reconocer a la división de la comunidad de bienes naturaleza declarativa, respecto a la hereditaria, a nuestro entender —conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo citadas de 11 de junio de 1897 y 29 de enero de 1916— (18) se hace más dificultoso atribuirle el mismo carácter, como sostiene BELTRÁN DE HEREDIA, sin que el artículo 440, según el que «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción, y desde el momento de la muerte del causante en el caso de que llegue a adirse la herencia», pueda hacer creer lo contrario, toda vez que este artículo es de aplicación a la comunidad hereditaria antes de que se haga uso de la acción del artículo 1.051 y, por consiguiente, mal se puede presumir la naturaleza de una acción antes de que nazca o se ejercite tal acción; pero claro está que, lógicamente, los defensores de esta teoría entienden que la posesión queda transmitida a los herederos antes y después de la partición, pero, a nuestro criterio, para que se desvaneciesen las dudas, debería añadirse a este artículo: «... y si fueren varios, a cada uno de ellos individualmente respecto de los que le hubiesen correspondido en la partición», pues en este caso se asemejaría el contenido del citado precepto al del artículo 450, sin olvidar que se refiere aquél a la pérdida o término de la posesión del causante y la continuación de la misma por el heredero.

ROCA SASTRE (19), como BELTRÁN DE HEREDIA (20), coinciden en que los artículos 657, 661, 440, 784, 881 y 450 (21) del Código Civil hacen posible la tesis de que la partición —referida a la comunidad

(18) Quizá, como dice MARTÍN LÁZARO en «Caracteres y efectos de la partición de la herencia», en *Revista de Derecho Privado*, 1936, págs. 81 y ss., será más acertado dar la razón a una postura intermedia, pero no en el sentido de que la división no es traslativa ni declarativa, sino de conceptuarla como de naturaleza mixta, pues declara y traslada el dominio simultáneamente.

(19) «¿La partición es un acto traslativo o declarativo de propiedad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1929, págs. 743 y ss.

(20) *Ob. cit.*, pág. 362.

(21) Artículo 657: Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Artículo 661: Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

Artículo 784: El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque fuera antes que el fiduciario...

Artículo 881: El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos.

hereditaria— es en nuestro Derecho positivo un acto de efectos declarativos o determinativos; criterio que también justifica ROCA SASTRE con base en el artículo 2.º de la Ley de Derechos Reales de 28 de febrero de 1927 y en el artículo 5.º del Reglamento de 26 de marzo de 1927, y dice que la partición de la herencia, como tal, no es acto sujeto al impuesto, porque siendo éste un tributo sobre transmisiones de bienes, no hay transmisión alguna en el acto meramente particional, ya que ni en los artículos citados ni en la tarifa se comprende el concepto partición, sino que el párrafo 27 del artículo 19 del susodicho Reglamento la excluye del impuesto, no como exención, sino como un caso de no sujeción. En cambio, cuando no se trata de un acto verdaderamente particional, lo sujeta al impuesto.

Ahora bien, la legislación de derechos reales, a nuestro entender, si no hacía tributar a la partición en sí misma se debía a que al Fisco —muy previsora— no le interesaba sujetar al impuesto únicamente la partición, sino toda transmisión de bienes, acciones y derechos de toda clase a título de donación, herencia o legado, aun cuando no se hubieran formalizado los inventarios o particiones (22).

Dice también el referido autor, ROCA SASTRE, que, «faltando en esta clase de comunidad —hereditaria— la adjudicación de una cuota sobre cada cosa singular de la masa relicta, que es precisamente la base del sistema traslativo, es imposible el cambio, conmutación o traslación recíproca de partes indivisas entre los comuneros». Ahora bien, si, como dice este autor, la adjudicación de una cosa o, mejor dicho, de una cuota sobre cada cosa singular de la masa relicta es la base del sistema traslativo, debemos aclarar que dicha adjudicación sólo puede tener lugar mediante la acción de partición y, en su consecuencia, ésta es traslativa o atributiva de dominio y no declarativa.

CLASE DE ACCIÓN

Doctrina

Otro problema procesal en el que ha habido diversidad de criterios doctrinales es el que versa en qué clase o grupo de las acciones reales, personales o mixtas debe clasificarse o encuadrarse la *actio communi dividundo*.

En este tipo de acciones se ha creído ver un concurso del elemento

(22) Véanse Ley y Reglamentos Derechos Reales (BOE 29 abril 1958 y 7 a 17-II-1959), Decreto de 6 de abril de 1967 y Real Decreto de 29 de diciembre de 1981.

personal y del real que no permitía considerar al uno como necesario del otro, lo que ha tenido lugar en todas las acciones que tienen por objeto la división de la cosa común, y que son, en número de tres: La *actio finium regundorum* —para regular los deslindes—, la *actio familiae erciscundae* —del artículo 1.051 del Código Civil— y la *actio communi dividundo* —del artículo 400 de igual texto legal—.

Por razón de este concurso aparente de los dos elementos, JUSTINIANO da a estas acciones la calificación de mixtas (23) en la *Instituta* (24): *Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam. Qualis est «familia erciscundae actio»..., «item communi dividundo»..., item «minium regundorum»*, considerando que ocupan un sitio intermedio entre las personales y las reales.

El jurisconsulto ULPIANO también llama a estas acciones mixtas, pero bajo otro punto de vista, como sinónimas de *iudicia duplicia* o *iudicium duplex*, debido a que todos los que litigan en ellos son actores y demandados simultáneamente (25): *In tribus istis duplicibus iudiciis... quaeritur, quis actor intelligitur, quia causa omnium videtur? Sed magis placuit, eum videri actorem qui ad iudicium provocassit*.

Cuando bajo cierto ángulo se procura liquidar las relaciones entre los comuneros, que han sido equiparadas semejantemente a una sociedad, podría creerse que los trámites encaminados fueran de índole personal (26). De otro lado, la separación de los intereses, que la escuela clásica asimila al dominio pleno sobre cada parte indivisa, aparecería quizá como de carácter real.

Son muchos los que sostienen la tesis de la acción real, como TROP LONG (27), NAQUET (28), SALVAT (29) y PRIETO COBOS (30). Y no son menos los que dicen que es de carácter personal, entre ellos: MAYNZ (31), MOLITOR (32), JAPIOT (33), GAYOSO ARIAS (34), entre otros. Este último autor dice que no cree quepan acciones mixtas en el sentido tradicional de ser a la par reales y personales, porque la acción no es más

(23) PRIETO COBOS, en *Ejercicio de las acciones civiles*, Valladolid-Madrid, 1960, pág. 435, considera reales las tres acciones romanas citadas.

(24) Lib. 4, ley 6.ª, 20, «De actionibus».

(25) L. 14, tít. I, lib. 5, *Digesto*.

(26) LAFAILLE, *ob. cit.*

(27) *Traité de la vente*, tomo II.

(28) *Rev. Critique*, 1874, pág. 218.

(29) Citado por VALIENTE NOAILLE: *Derechos Reales*, Buenos Aires, 1958, página 340.

(30) *Ob. cit.*: *El ejercicio de las acciones civiles*, 1960.

(31) *Ob. cit.*

(32) Citado por LAFAILLE, *ob. cit.*, vol. II, pág. 244.

(33) No admite el carácter real de la acción.

(34) *Ob. cit.*, pág. 210.

que el derecho en cuanto puede hacerse valer ante autoridad, y no cabe que un derecho sea a la vez personal y real, que tenga por término personal pasivo, por sujeto de la correlativa obligación, a un hombre determinado, y que no lo tenga, sino a todos indefinidamente, que recaiga sobre una cosa individual, corporal directamente y que no recaiga más que a través de una persona obligada a darla, a lo sumo: *Quod-libet, aut est, aut non est*. Según él, la acción *communi dividundo* no es real, porque no siendo la división acto declarativo, la acción que la persigue no tiende a la declaración de un *ius in re* preexistente. El condominio es un derecho real, pero la acción ésta no se dirige sólo a hacerlo respetar, sino, al contrario, a hacerlo cesar para en adelante, contra lo que ocurre con todas las demás acciones reales. Si no es una de ellas esta acción, ha de ser personal forzosamente, en el criterio de GAYOSO ARIAS.

Como sea que las acciones reales tienen por objeto el reconocimiento o declaración de que al actor compete un *ius in re* y la condena al demandado de cesar en la lesión al mismo, restituyendo la cosa; y las personales, *ius in personam*, persiguen la condena del demandado a cumplir una obligación personal que le incumbe para con el demandante, esto es, una obligación correlativa a un derecho personal, o sea, al derecho de exigir al sujeto pasivo una prestación de dar, hacer o no hacer; es de ver la necesidad de otro grupo de acciones, o sea, de aquéllas que ni son puramente personales ni reales, y que si bien tienen su razón de ser en «la cosa», se ejercitan en méritos de un derecho rigurosamente personal, como es el ejercicio de la acción *communi dividundo*, que compete a toda persona comunera frente a las demás.

El reconocimiento de esta acción como mixta, siguiendo la concepción romana mencionada, ha tenido varios seguidores, entre ellos: BAUDRY LACANTINEIRE (35), PONCET (36), DEMOLOMBE, CADAFALCH y BURGUNÁ (37), que coinciden al afirmar que esta acción tiene el carácter de mixta, de real y personal.

Si bien es cierto que quizá hoy día hay una cierta tendencia doctrinal a hacer desaparecer las acciones mixtas (38), y a considerar la de «división» como acción personal, nosotros creemos todavía en la necesidad de la subsistencia de este grupo de acciones siguiendo el criterio romanista y de los glosadores, debido a que, de suprimirse, sería frecuente encontrarse frente a serios problemas de clasificación de acciones, dado que a muchas de ellas, por su naturaleza especial, no se sabría exacta-

(35) *Ob. cit.*

(36) Citados en *Prontuario de las acciones*, 1956.

(37) *Traité des actions*, núm. 132. Citado por LAFAILLE en *ob. cit.*, vol. 2.º, 244.

(38) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1943.

mente si conceptualizarlas como personales o reales, como ocurre con la *communi dividundo* objeto de nuestro estudio. Y, de esta manera, admitiendo la existencia de acciones mixtas, esta duda se desvanece; cuando, además, no hay por qué salirse de la órbita del Derecho romano sin obtener con ello ninguna ventaja jurídica.

Jurisprudencia

En nuestro Derecho positivo, el Tribunal Supremo —con mucha lógica—, en su extensa jurisprudencia, ha sentado, en amparo de nuestro criterio, el principio reiterado de que la acción *communi dividundo* es mixta (39), siguiendo las directrices romanas *tam in rem quam in personam*.

Admite la Ley de Enjuiciamiento Civil la existencia de este tipo de acciones en su artículo 62, regla 4.ª: «... en los juicios en que se ejerciten acciones mixtas, será Juez competente...» (40); sin que ello quede desvirtuado por las propias Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1932, 11 de diciembre de 1934, 26 de octubre de 1951 y 22 de diciembre de 1956, que llaman mixtas a aquellas acciones que se ejercitan siempre que en una misma demanda se formulen pedimentos de carácter personal y otros de naturaleza real; y las Sentencias de 7 de diciembre de 1940 y 2 de julio de 1941, que declaran que la acción mixta no es un ente procesal, sino el resultado de una acumulación de acciones que obliga a discernir, a efectos de competencia, cuál es la principal y cuál es la subordinada. Añadiendo la última resolución citada que el concepto de acción mixta es técnicamente artificiosa (41).

JUAN MUÑOZ XANCO
Profesor de la Universidad
de Barcelona

(39) Sentencias de 12 de agosto de 1901, 26 de febrero de 1908, 11 de agosto de 1919, 14 de agosto de 1919, 21 de noviembre de 1919, 19 de octubre de 1927, 25 de febrero de 1928, 21 de noviembre de 1929 y 9 de noviembre de 1931.

(40) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1905.

(41) JORGE CARRERAS JANSANA, Catedrático de Derecho Procesal del Estudio General de Navarra, en su lección magistral de Cátedra confirmó también la tesis de que la *actio communi dividundo* es mixta.