

En torno a la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias

The transformation of the community of heirs on the estate to co-ownership

por

ANTONIO GONZÁLEZ VALVERDE

Doctor en Derecho. Departamento de Derecho civil de la Universidad de Murcia

RESUMEN: Este trabajo aborda la extinción de la comunidad hereditaria que se produce mediante el acuerdo entre los coherederos de adjudicarse por vía de partición cuotas indivisas de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario sobre cada uno de los bienes integrantes de dicho caudal. Conocida generalmente como conversión o transformación de la comunidad hereditaria, implica como resultado la constitución, con arreglo a dichas cuotas, de comunidades ordinarias sobre cada uno de los bienes o derechos que integraban la masa, manteniéndose entre los copartícipes la situación de indivisión, pero con sujeción a distinto régimen jurídico.

La extinción de la comunidad hereditaria por esta vía no es, sin embargo, mera prolongación de la situación de indivisión bajo nuevas reglas, aunque esta sea su consecuencia más visible. Tampoco constituye una división puramente formal o provisional, aunque posteriormente sea preciso salir de la comunidad ordinaria constituida, sino que pone fin a la indivisión hereditaria por una vía que plantea cuestiones de interés, entre las que se

encuentran las de su naturaleza y fundamento, las formas a través de las que puede tener lugar, la afectación del objeto, el contenido y eficacia de la disposición o acuerdo extintivo y sus requisitos o condiciones. De igual modo, es preciso dilucidar los aspectos relativos a la posición jurídica de los copartícipes, los derechos de terceros sobre los bienes objeto del acuerdo de adjudicación o la relación, establecida jurisprudencialmente, de esta forma de división del patrimonio hereditario con los supuestos de desahucio por precario entre coherederos.

ABSTRACT: This work deals with the extinction of the community of heirs produced through the agreement between the heirs to award undivided quotas on the assets that are part of said state. Known as conversion or transformation of the community of heirs, implies as a result the constitution, according to said quotas, of co-ownership on each of the assets or rights that made up the estate, maintaining the situation of indivision between the partners, but subject to a different legal regime.

The extinction of the community of heirs in this way, is not, however, a mere continuation of the situation of indivision under new rules, although this is its main consequence. Nor does it constitute a purely formal or provisional division, although later it is necessary to leave the ordinary communities constituted, but it ends the hereditary indivision by a way that raises questions of interest, among which are those of its nature and foundation, forms through which it may take place, the object, the content and effectiveness of the disposition or termination agreement and the conditions to be met, the position of the co-participants and the content of their obligations and rights, the rights of third parties on the goods or their relationship to the eviction cases by precarious between heirs.

PALABRAS CLAVE: Herencia. Coherederos. Comunidad de herederos. Indivisión. Cuotas indivisas. Comunidad de bienes. Transformación de la comunidad hereditaria. Partición. Desahucio por precario.

KEY WORDS: *Inheritance. Heirs. Community of heirs. Undivision. Undivided quota. Co-ownership. Transformation of the community of heirs. Partition. Precarious between heirs.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA SIN DIVISIÓN MATERIAL DE LOS BIENES.—III. LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN COMUNIDAD (O COMUNIDADES) DE BIENES:

1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA COMO UNA FORMA DE PARTICIÓN CONVENCIONAL. 2. FINALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA MEDIANTE LA CONSTITUCIÓN DE UNA NUEVA COMUNIDAD: ¿DIVIDIR PARA CONTINUAR EN INDIVISIÓN? 3. LA CUESTIÓN DEL CARÁCTER ORDINARIO O EXCEPCIONAL DE LA EXTINCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. 4. VÍAS O FORMAS POR LAS QUE PUEDE TENER LUGAR LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. 5. EL ACUERDO DE LOS COHEREDEROS PARA LA ADJUDICACIÓN DE CUOTAS PRO INDIVISO: A) *Naturaleza del acuerdo de transformación. La autonomía divisoria de los coherederos, como fundamento del acuerdo y sus límites.* B) *La constitución voluntaria o convencional de la comunidad ordinaria a consecuencia de la transformación como figura autónoma.* C) *Posiciones doctrinales sobre la naturaleza de la transformación de la comunidad hereditaria.* D) *Utilidad de la figura.* 6. REQUISITOS PARA LA EXTINCIÓN NEGOCIAL DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA POR MEDIO DE LA ADJUDICACIÓN DE CUOTAS INDIVISAS SOBRE LOS BIENES: A) *Examen de los requisitos.* B) *Cuestión de si la previa liquidación de la sociedad de ganancias es un requisito para llevar a cabo la transformación de la comunidad hereditaria.* 7. ¿ES LA DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS UN PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*? 8. CONTEXTO EN EL QUE SE REFIERE LA JURISPRUDENCIA A LA POSIBILIDAD DE TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN ORDINARIA: A) *La transformación como forma válida de llevar a cabo la partición. Determinación de la acción divisoria.* B) *La transformación en relación con el carácter particional del acuerdo y sus efectos sobre las facultades de los coherederos. Aplicación al desahucio por precario entre coherederos.* C) *Cuestión de la legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio por precario.* 9. ACCESO REGISTRAL DE LA PARTICIÓN EN LA QUE LOS COHEREDEROS SE ADJUDICAN EN PRO INDIVISO LOS BIENES HEREDITARIOS. 10. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA CON CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD DE BIENES CUANDO EXISTEN CUOTAS HEREDITARIAS GRAVADAS.—IV. LA SALIDA DE LA COMUNIDAD ORDINARIA CONSTITUIDA POR TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los supuestos de extinción de la comunidad hereditaria sin división material de su objeto se encuentran los de transformación o conversión, por vía particional o por otra, en un conjunto de comunidades ordinarias o en otra figura no comunitaria que la sustituya, como una sociedad¹, civil o mercantil, a la que los coherederos aportan sus participaciones en la herencia. En el primer caso, el acuerdo de los copartícipes produce la extinción de la

comunidad por medio de la adjudicación a estos, no de un cuerpo de bienes cierto, entendido como atribución de titularidades exclusivas sobre bienes concretos, sino de cuotas indivisas en cada uno de los bienes que integran la masa, proporcionales a sus respectivas cuotas hereditarias, constituyéndose tantas comunidades como bienes integrara².

En consecuencia, entendemos por transformación o conversión de la comunidad hereditaria una forma de cesación de aquella que se produce normalmente por vía particional e implica la adjudicación pro indiviso de todos o parte de los bienes hereditarios remanentes a los herederos en proporción a su derecho, constituyéndose tantos condominios por cuotas como bienes hubiera en la masa y quedando dichas cuotas de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario.

La transformación de la comunidad hereditaria en uno o varios condominios ordinarios por convenio entre los coherederos hace desaparecer la unidad del caudal relicto, pero, aunque bajo distinto régimen jurídico, los bienes se mantienen en indivisión. Para este acuerdo, amparado en la amplia libertad particional reconocida a los coherederos en el Código civil, existen distintos motivos, entre ellos la necesidad de dar respuesta a situaciones que pueden venir dadas por la propia naturaleza del patrimonio hereditario, por la difícil o imposible división de todos o parte de los bienes hereditarios o, en ocasiones también, para cubrir ciertas necesidades de gestión durante la indivisión, como las de bienes profesionales o de explotaciones de carácter comercial o industrial que se desea mantener activas³, dada la ausencia en nuestro derecho sucesorio de soluciones flexibles específicamente pensadas para estos supuestos.

Como forma de mantener los bienes inmuebles en indivisión y con frecuencia en explotación conjunta, el derecho foral aragonés (arts. 373-376 del Código del Derecho Foral de Aragón [CDFA]) regula la figura del consorcio o fideicomiso foral, que responde al principio de troncalidad aragonés. El consorcio se entiende formado, salvo disposición en contrario (art. 373 CDFA) entre los varios hermanos o hijos de hermanos que heredan de un ascendiente común bienes inmuebles indivisos, o los adquieren en pro indiviso por legado o donación, quedando titulares los consortes de cuotas indivisas, que puede disolverse por división del inmueble y por acuerdo de todos los consortes. Los consortes pueden también separarse del mismo sin que se produzca su extinción, haciéndolo en escritura pública y comunicándolo fehacientemente a los demás consortes, pero mientras permanecen en él el efecto principal es que no pueden disponer libremente de su participación *inter vivos* ni *mortis causa* si no es a favor de sus descendientes, que adquieren la condición de consortes (art. 374,1.º CDFA).

La ausencia de regulación de la transformación de la comunidad hereditaria⁴ más allá de su encaje entre las modalidades de partición convencional

hace necesario delimitar la figura, lo que implica, entre otras cuestiones, fijar su noción, su alcance y sus efectos respecto de la división y adjudicación del patrimonio hereditario, determinar los requisitos o presupuestos bajo los que puede llevarse a cabo, estudiar las vías o formas susceptibles de producir la transformación y las consecuencias en la organización de la situación comunitaria y resolver cuestiones como la protección de los derechos de terceros sobre el patrimonio hereditario o sobre el de los coherederos en el momento de la transformación y la distribución de las cargas o gravámenes que pudieran afectar a los bienes una vez producida aquella.

Las cuestiones de si a través del acuerdo de transformación se ha procedido a la división y adjudicación de la cosa común, o si nos encontramos aún en el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria son también relevantes en relación con aspectos como el reconocimiento de la titularidad dominical de bienes determinados, las posibilidades de posesión exclusiva de los mismos o la legitimación y ejercicio de las acciones, sea para poner fin a la situación de indivisión, para ejercer el retracto o para hacer efectivo el desahucio.

Importan a nuestro estudio no tanto aquellas situaciones en las que en la partición del caudal hereditario alguno o algunos de los bienes son adjudicados a todos o algunos de los coherederos en pro indiviso⁵, generalmente por razón de su difícil o imposible división, sino, sobre todo, aquellas en las que la transformación o conversión alcanza a la totalidad de la herencia o, cuando menos, al bien o bienes que concentran su mayor valor económico, pues es en estos casos en los que se plantean los problemas de mayor interés.

II. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA SIN DIVISIÓN MATERIAL DE LOS BIENES

La única forma que el Código civil ha disciplinado para la terminación de la comunidad hereditaria es la partición, que, en términos generales, es un mecanismo dirigido específicamente a poner fin a dicha situación e implica la división de su objeto y la adjudicación a los coherederos de los bienes o derechos concretos que se corresponden con su derecho. La opción legislativa puede resultar coherente con la visión de la institución como una situación transitoria orientada a su rápida liquidación, pero resulta insuficiente para ofrecer solución a los problemas que el funcionamiento de la comunidad hereditaria puede plantear, tanto entre los copartícipes como en relación con terceros.

A pesar de esta limitación, la regulación del Código civil para la división de la herencia actúa como regulación general para la extinción de las situaciones comunitarias en nuestro Derecho, e incluso como una especie de

«teoría general de la división de derechos», o un régimen básico aplicable a cualquier situación de indivisión⁶, sin perjuicio de la fuerza expansiva y de atracción que la jurisprudencia reconoce a la regulación de la comunidad ordinaria en las cuestiones de organización y administración⁷.

La partición se dirige específicamente a poner fin a la comunidad hereditaria (STS de 26 de enero de 2012) mediante la división material de su objeto. De este modo, verifica como efecto propio una mutación jurídico real de carácter esencial, al extinguir la comunidad existente y modificar el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien⁸, como confirma el artículo 1068 del Código civil, que atribuye a la partición el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados. Lo normal es, pues, que su práctica ponga fin a la comunidad hereditaria, cuya disolución provoca al faltar el objeto común, y, en este sentido, puede decirse que en la partición coinciden normalmente la división del caudal y la cesación o extinción de la comunidad⁹.

El acto divisorio es, pues, un acto con efecto extintivo de la situación jurídica anterior, y, al mismo tiempo, con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes (STS de 25 de febrero de 2011). Sin embargo, como señala DIEZ SOTO, además de evitar o poner fin a la comunidad hereditaria, la partición cumple funciones adicionales y su régimen jurídico se encuentra condicionado por la necesidad de atender a exigencias e intereses que surgen del propio fenómeno sucesorio, entre las que pueden mencionarse la previa liquidación del régimen económico matrimonial del causante, la satisfacción de los gastos derivados de la misma sucesión o la protección de los intereses de legitimarios y terceros (principalmente acreedores y legatarios de cosa específica). Ni la función liquidatoria ni la conservativa de la herencia, aunque pueden encontrar un marco adecuado en la indivisión y en la partición, explican suficientemente —advierte el autor— la función de esta, que es esencialmente la de la distribución de los bienes que integran la herencia del causante en proporción a las cuotas de los partícipes¹⁰.

Aunque el Código civil atienda solo al régimen de la partición, la extinción de la comunidad hereditaria puede tener lugar por una pluralidad de causas¹¹: unas se corresponden con las causas generales de extinción de la propiedad o de los derechos reales, otras con las propias de las situaciones comunitarias y, finalmente, algunas son específicas de la comunidad hereditaria y están vinculadas a la ausencia sobrevenida de algunos de sus presupuestos, objetivos o subjetivos. Entre estas causas se incluyen, además de la partición de la herencia, la pérdida o desaparición de la cosa común o su reducción a la unidad; la reunión en una sola mano de todos los bienes que componen la herencia, a veces denominada «consolidación»¹², mediante la transmisión de cuotas entre los coherederos o en virtud de la prescripción

adquisitiva; la renuncia de todos los coherederos, o de todos menos uno, o de todos a favor de uno o el acuerdo unánime de los copartícipes dirigido específicamente a producir la extinción de la comunidad¹³.

Algunas de estas causas de extinción logran la individualización de los derechos de los coherederos sin llevar aparejada la división material de la masa del caudal hereditario (que puede también, en ocasiones, hallarse en estado de suspensión, o, directamente, no ser necesaria), sino solo su división jurídica¹⁴. Puede decirse entonces que la cesación de la comunidad hereditaria no agota, como se ha señalado, la función de la partición.

III. LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN COMUNIDAD (O COMUNIDADES) DE BIENES

1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA COMO UNA FORMA DE PARTICIÓN CONVENCIONAL

Cuando la comunidad hereditaria se extingue de manera que las participaciones globales en la masa se convierten en comunidades singulares sobre cada bien o derecho integrante de esta, transformando la comunidad hereditaria en una pluralidad de comunidades ordinarias, se aplicarán en adelante para cada una de ellas los pactos alcanzados entre los coherederos, y, por falta de estos las normas de los artículos 392 y siguientes.

Aún integrada por los mismos sujetos y recayente sobre los mismos bienes, la comunidad o comunidades así constituidas difieren de la originaria, pues se trata de comunidades por cuotas (SSTS de 24 de enero de 1963 y 17 de marzo de 1966), de modo que cuando la conversión o transformación de la comunidad hereditaria se produce, como ocurre normalmente, por vía de la partición, esta opera una transformación de la cuota abstracta que recae sobre el patrimonio en titularidades en pro indiviso sobre bienes concretos (STS de 28 de junio de 2001). Podemos entonces decir que, al tiempo que se verifica la transformación del derecho abstracto de cada heredero en un derecho individualizado sobre bienes determinados, este derecho se materializa sobre una parte o cuota de cada uno de aquellos, cuya naturaleza difiere, aunque resuelto también en una cotitularidad, de la cuota que se ostentaba antes de la disolución de la comunidad. Considerada la herencia como un bien único, puede decirse que la cuota única que correspondía a cada coheredero sobre dicho bien se transforma en una pluralidad de cuotas para cada copartícipe¹⁵.

La división de la cosa común debe ser contemplada —como recuerda la STS de 23 de mayo de 1998¹⁶— como la transformación del derecho de un comunero, reflejado en su cuota de condominio, en la propiedad exclusiva

sobre la parte de la cosa que la división hubiera individualizado. La división del patrimonio hereditario en común, en cambio, debe operar por medio de la partición la transformación del derecho de los coherederos en una titularidad concreta sobre bienes determinados, pero, siendo así, el resultado de la partición tiene un ámbito más amplio, pues la titularidad tanto puede atribuirse en propiedad exclusiva como en pro indiviso.

Surge así para cada uno de los copartícipes una cuota indivisa concreta e individualizada sobre cada uno de los bienes, lo que a menudo se expresa como un fenómeno de «transformación», aunque lo cierto es que, como se advierte, el acto provoca la extinción de la comunidad hereditaria y, como efecto automático, la constitución de distintas comunidades ordinarias sobre los bienes sin que, más allá de su origen hereditario y de la coincidencia de la base subjetiva y real —esta no siempre completa— exista entre una y otras comunidades una conexión que permita hablar propiamente de transformación de la comunidad. Ello al margen de que, como efecto propio de la partición, se transforme el derecho de cada coheredero y de que las cuotas que ostentan en las comunidades constituidas hayan de guardar la debida proporción con su derecho hereditario.

De hecho, ha señalado la jurisprudencia que el potencial de la división de la herencia para generar una nueva situación comunitaria pone de relieve la verdadera esencia de la partición —frente a la mera división de la cosa común—, cual es la de hacer concreto lo abstracto, convertir las cuotas abstractas sobre la *universitas* en otras concretas sobre los bienes, pero sin finalizar necesariamente la indivisión (STS de 25 de junio de 2008).

Aunque en general la doctrina y la jurisprudencia admiten, con algunos matices, que el acto verifica con plena eficacia una partición de carácter convencional, la opinión no es unánime, y se oponen a ella autores como DÍEZ-PICAZO¹⁷ o VALLET¹⁸, quien niega dicho carácter, entendiendo que por la voluntad de los herederos de transformarla en una comunidad de bienes o en una sociedad aportando cada cual su derecho hereditario y todos en conjunto el íntegro haber hereditario cesa la comunidad, pero sin mediar la partición.

Pero incluso entendiendo realizada por tal acto una partición, la situación de indivisión material subsecuente y el mantenimiento de la titularidad plural sobre los mismos han permitido discutir si de alguna forma subsiste la comunidad hereditaria original, es decir, si se trata de una partición definitiva, o si tiene una validez meramente provisional o aplazada, de manera que posteriormente será preciso repetir las operaciones divisorias para adjudicar a cada comunero titularidades plenas, exclusivas e independientes, esto es, proceder a la verdadera partición; e incluso si la voluntad de permanecer en la indivisión no implica un elemento de confianza mutua entre los contratantes que justificaría la gestión por cada uno de ellos en la misma forma que en la sociedad.

La cuestión se resolvió pronto por el Tribunal Supremo, para el que resulta indudable que esta forma de adjudicación pone fin a la comunidad mediante la individualización de los derechos de los coherederos. La primera decisión que afirma la imposibilidad de que la comunidad hereditaria subsista a ningún efecto después de la transformación (cuando afecta a la totalidad de caudal) fue la STS de 16 de abril de 1930, que afirmó:

«[...] si los bienes procedentes de una herencia se adjudican en común y pro indiviso, no por ello subsiste el conjunto o universalidad patrimonial, sino que al contrario, por el hecho de la adjudicación, se individualizaron en cuanto al dominio, sobre cada uno, y quedaron establecidas tantas comunidades como bienes distribuidos, siendo innegable que cada partícipe adquirió el derecho de continuar en la comunidad o romperla, según los artículos 1068 y 400 del Código civil, por lo que en este caso no se infringieron los artículos 406, 398 y 1062 del mismo Cuerpo legal».

En consecuencia, la adjudicación de los bienes hereditarios en común y pro indiviso impide la subsistencia de la herencia como un conjunto o universalidad patrimonial, puesto que la adjudicación¹⁹ produce en este caso la individualización en cuanto al dominio sobre cada uno de los bienes, quedando establecidas tantas comunidades como bienes distribuidos y adquiriendo en ese acto cada uno de los copartícipes el derecho de continuar la comunidad o romperla, conforme a los artículos 1068 y 400 del Código civil.

Al margen de la aplicación del régimen general previsto para la comunidad ordinaria en los artículos 392 y siguientes, la compatibilidad entre ambas situaciones comunitarias solo es posible cuando la adjudicación de cuotas indivisas ha alcanzado solamente a alguno o algunos de los bienes, pues, afectando a la totalidad del caudal, lo impide la esencia misma de la partición. Por lo demás, los dos tipos de comunidad mantienen diferencias relevantes en cuanto a la organización y a la forma de ejercicio de los derechos²⁰ y acciones, que se han cifrado, fundamentalmente, en el distinto carácter de la posesión que corresponde a los copartícipes durante la indivisión²¹ (SSTS de 25 de noviembre de 1961, y 21 de marzo de 1968, y 25 de junio de 2008, entre otras).

2. FINALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA MEDIANTE LA CONSTITUCIÓN DE UNA NUEVA COMUNIDAD: ¿DIVIDIR PARA CONTINUAR EN INDIVISIÓN?

El acuerdo de hacer cesar la comunidad hereditaria dando lugar a un conjunto de comunidades ordinarias deja indiferente, en cierto sentido, la

situación entre los herederos, que se mantienen en indivisión, igual que antes de la partición, aunque con modificación del contenido de su titularidad, de las relaciones con los demás copartícipes y del régimen jurídico aplicable, que será ahora el propio de la comunidad ordinaria.

La prolongación de la indivisión bajo otra situación comunitaria que obliga a una nueva división diferida en el tiempo, podría entenderse, como hemos señalado, simplemente como una forma de dilatar la cuestión. Este efecto, unido a la identidad subjetiva entre los partícipes de la comunidad hereditaria y los de la comunidad ordinaria y, a menudo, a la identidad del objeto, permite preguntarse si, de algún modo, se contradice por la vía de la transformación el fin normal y propio del proceso particional.

Para algunos autores este efecto de la transformación —dividir para seguir en la indivisión— fuerza el sentido mismo de la partición y está en contradicción con su objeto o lo desvirtúa, lo que, a pesar de la frecuencia de su uso en la práctica, aconsejaría reconocer la transformación de la comunidad hereditaria solo con carácter excepcional²² y no con carácter general, entre las posibilidades de dividir la herencia a disposición de los coherederos. De hecho, algunos de los problemas suscitados en torno a la transformación de la comunidad hereditaria remiten al estudio del objeto mismo de la partición y a la forma en que dicho objeto puede satisfacerse —en propiedad exclusiva o en pro indiviso— sin vulneración de su naturaleza ni de la libertad particional de los coherederos.

Como hemos señalado, la existencia de bienes que después de la partición se mantienen en proindivisión no permite entender que subsiste entre ellos la comunidad hereditaria hasta que resulten adjudicados en titularidades plenas y exclusivas a los copartícipes. Significa solo que los copartícipes han hecho uso de su libertad particional transformando tal comunidad universal en otra u otras singulares, según su conveniencia (SAP de La Coruña, secc. 6.ª, de 7 de septiembre de 2010)²³. Lo que el Tribunal Supremo viene afirmando es que, en tanto no se realice la partición por cualquiera de los medios admitidos en derecho, no adquieren los coherederos la propiedad exclusiva de ningún bien hereditario (sentencias de 28 de febrero de 2013, 17 de diciembre de 2007 y 3 de junio de 2004), pero no que la individualización de dicha propiedad, como efecto inmediato de la partición, no pueda realizarse de modo que se ostenten los bienes en pro indiviso o que queden limitados en tal caso sus efectos.

La cuestión es la de si las operaciones divisorias no requieren una «unidad de acción», y si el mantenimiento posterior de una situación semejante a la existente con anterioridad a la liquidación²⁴, que obliga a repetir tales operaciones para adjudicar a cada comunero titularidades plenas, exclusivas e independientes no constituye en realidad una operación más formal que real, contraría la naturaleza misma del procedimiento particional.

La posición restrictiva ha sido adoptada por la jurisprudencia en relación con los supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales para constituir una comunidad por cuotas indivisas entre los cónyuges. En estos casos, el Tribunal Supremo, a menudo realizando consideraciones generales sobre la liquidación de masas patrimoniales, se ha manifestado contrario a la perpetuación de la indivisión, defendiendo la unidad de acción de las operaciones liquidatorias para no desvirtuar la finalidad propia del proceso, dirigido a adjudicar la propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común.

Esta doctrina se fundamenta en la necesidad de no favorecer que la liquidación de los patrimonios conjuntos se resuelva en una comunidad ordinaria, obligando a una nueva división. Como ejemplo, la STS de 16 de diciembre de 1995, en un caso de disolución de la sociedad de gananciales en el que el bien consistía en la vivienda familiar, calificó la petición de atribuirla a ambos en pro indiviso, como una petición *contra natura*, con el doble argumento de que, por una parte, se contrariaría el procedimiento de liquidación, que pretende poner fin a la situación resultante de la sociedad de gananciales, lo que no puede pasar por crear otro tipo de comunidad si cualquiera de los cónyuges no está de acuerdo, sino por repartir el remanente; y, por otra, según el artículo 1062 del Código civil, al que remite el artículo 1410 del Código civil, tratándose de bienes indivisibles, la facultad que se atribuye al coheredero (cónyuge) consiste en pedir la adjudicación o solicitar su venta en pública subasta, pero no en postular la creación de una comunidad romana.

Es interesante en este punto el razonamiento del Auto de la AP de Madrid de 29 de marzo de 2012²⁵, en el que se apela al significado y finalidad propios de la partición y a la necesidad de evitar la perpetuación en una comunidad por cuotas, verificando una división más formal que real que obligaría posteriormente a una nueva litis, autónoma, de división de la cosa común. La resolución, referida también a la liquidación de la sociedad de gananciales con pacto de constitución de una comunidad ordinaria, afirma: «[...] la finalidad de la liquidación es la división y adjudicación del haber partible, si existiese, transformándose en real e individualizada la cuota de cada interesado, que antes era ideal o potencial. La efectiva partición requiere la formación de lotes que permitan la adjudicación independiente a cada cónyuge, y si ello no fuera posible [...], su adjudicación a uno de ellos con abono del precio o su mitad, al otro, si así lo convinieren, y en último término su venta y reparto del dinero obtenido».

Lo que evidencian estas decisiones es la paradoja que, al menos en apariencia, representa intentar poner fin a la situación de comunidad mediante la creación de otro tipo de comunidad, pero, sobre todo, que tal solución no puede ser impuesta, y que no es la deseada como solución general por

nuestro ordenamiento, en el que existen previsiones para evitar el mantenimiento de la situación de indivisión a través de la atribución del bien a uno de los copartícipes, a calidad de compensar con otros bienes o en metálico, o bien a través de su venta en pública subasta.

De hecho, la prolongación de la indivisión podría entenderse contraria al designio normativo que inspira nuestro ordenamiento, que parte de la naturaleza transitoria e incidental de las situaciones comunitarias y presupone un proceso particional cuya idea rectora es hacer a cada uno dueño exclusivo de los bienes que se le adjudiquen, como resulta del artículo 1068 del Código civil.

A esta misma idea responde la norma del artículo 786,1.º de la LEC al disponer que en la práctica de las operaciones divisorias el contador «procurará, en todo caso, evitar la indivisión», estableciendo (pfo. 2.º) que tales operaciones deben presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, acompañándose de un escrito firmado por el contador en el que, entre otros extremos, ha de expresarse: «la liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes», lo que presupone que las operaciones practicadas han de concluir, de forma preferente, con la división del caudal y su adjudicación a los copartícipes.

Para DÍEZ-PICAZO²⁶, que se ocupa especialmente del problema en los casos en que la situación se suscita debido a la indivisibilidad económica de los bienes y deriva en la adjudicación de acciones o participaciones societarias, es posible entender que no se produce división en los casos en que la comunidad ordinaria viene a sustituir a la hereditaria, ya que en estos supuestos, a su juicio, no se sale en absoluto de la indivisión, y lo único que hay es una transformación del tipo de comunidad existente con eventual perjuicio para los derechos hereditarios.

Aunque la situación fáctica sea en ambos casos de indivisión, ha de tenerse en cuenta que la que regía en relación con la comunidad hereditaria ha quedado extinguida y que la que ahora existe por voluntad común de los coherederos es distinta, y se sujeta a unas normas y a un régimen de organización propios que incluyen no solamente las normas de los artículos 392 y siguientes del Código civil, sino, en el amplio margen negocial que estos permiten, los pactos que se hayan querido establecer para regular la nueva situación.

Como situaciones netamente diferenciadas las considera la jurisprudencia, si bien, desde un punto de vista práctico, ha señalado RUBIO GARRIDO que, a pesar de su frecuencia, sobre todo en relación con la sucesión de actividades empresariales, la vía de la constitución de situaciones de proindivisión sobre los bienes de la herencia solo dilata la resolución de un problema que habrá que afrontar con la acción de división del pro indiviso ordinario, y que puede incluso generar otros problemas que obli-

guen a solicitar el nombramiento de un administrador judicial conforme al artículo 398 del Código civil²⁷. Téngase en cuenta que la constitución de la comunidad ordinaria como resultado de la transformación puede acompañarse, conforme al artículo 400,2.º del Código civil de pactos de indivisión que podrían derivar en situaciones de perpetuación de la indivisión o, al menos, posibilitar el uso de la figura como forma estable de gestión del patrimonio, lo que, llevado mas allá de un límite razonable, contravendría, en efecto, su configuración legal.

También desde un punto de vista eminentemente práctico se ha entendido por ESPEJO que según el caso de que se trate podrá entenderse realizada la partición con las adjudicaciones pro indiviso, o podrá entenderse la partición como meramente provisional. El problema que puede plantearse para este autor es si la eventual aparición de nuevos bienes obligaría a adicionar la partición, como es regla general, o, por el contrario, deberían aportarse a la comunidad o comunidades ordinarias creadas lo que, en suma, procederá solamente si así resulta de la interpretación de la voluntad de los copartícipes²⁸.

Para LACRUZ²⁹, el pacto de indivisión durante un tiempo prolongado alcanzado por los coherederos durante la comunidad hereditaria, sin intención expresa de transitar hacia otro ente dotado de personalidad jurídica propia, tiene, por sí mismo, la virtualidad de transformar su régimen jurídico, pues denota la voluntad de buscar un régimen distinto, que implicaría contar con un sistema legal de administración del patrimonio que reconozca a todos los copartícipes derechos y deberes sobre dicha administración. Desde esta perspectiva, incluso sin acuerdo explícito, el retraso en la práctica de las operaciones divisorias podría expresar una modificación en la situación comunitaria, y aconsejaría examinar las causas, para saber si a tal situación debe seguirse aplicando el régimen de la comunidad hereditaria u otro más orgánico, que tenga en cuenta la existencia de una empresa común (SSTS de 16 de abril de 1942 y 21 de diciembre de 1965).

A nuestro juicio, la salida de la comunidad hereditaria mediante la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios no contraviene la finalidad de la partición, sino que la efectúa, con plenos efectos por una vía que no implica la división material del caudal y respeta las necesidades de los coherederos de mantener temporalmente unido el patrimonio o una parte del mismo, conservando en la nueva comunidad constituida la proporción de sus derechos y sirviendo, en los casos de imposibilidad de división al principio de igualdad del artículo 1061 del Código civil, aunque no puede constituirse en regla general.

Son muchas las sentencias que, en relación con la partición por transformación recuerdan la admisibilidad de esta forma de poner fin a la comunidad hereditaria con base en la libertad individual reconocida a los

coherederos para, por acuerdo unánime de todos ellos («*nemine discrepante*»), partir la herencia del modo que tengan por conveniente³⁰. Es cierto, sin embargo, que, aunque hayan de verificarse todas las operaciones, la partición resulta en estos casos «menos visible» externamente, como señala RUBIO GARRIDO³¹, puesto que ha de suponerse que ya se han aplicado las normas sobre computación, colación, y, en su caso, reducción de donaciones, así como las de institución de heredero, legados y donaciones y las de liquidación y responsabilidad sucesoria.

3. LA CUESTIÓN DEL CARÁCTER ORDINARIO O EXCEPCIONAL DE LA EXTINCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Cabe plantearse si la que estudiamos debe considerarse una opción más a disposición de los coherederos para poner fin a la comunidad hereditaria, o si, por el contrario, la prolongación de la situación de indivisión determinada por el acuerdo de transformación de la comunidad hereditaria debe llevar a considerarla una forma excepcional³² respecto de la regla general de división del patrimonio con adjudicación de titularidades plenas y exclusivas sobre los bienes hereditarios, justificada como normal.

Este último es el criterio adoptado por la SAP de Vigo de 26 de octubre de 2017 que, a diferencia de resoluciones anteriores, entendió que la opción por esta forma de partición ha de estar justificada y no puede constituirse en la regla general, dado que en tal caso no cumpliría la partición su finalidad de salir de la indivisión, pudiendo motivar un nuevo pleito de extinción del condominio, lo que no deja de ser una postergación del problema a un proceso posterior, con infracción de los principios de economía procesal. En este sentido ha entendido también la SAP de Tarragona, secc. 1.^a de 14 de febrero de 2019 que la indivisión que resulta de la adjudicación de los bienes por cuotas indivisas a los herederos ha de estar justificada, «pues no ha de ser esta la regla general, y en el supuesto que se examina[...], la justificación se halla en la necesidad de mantener la igualdad entre los herederos».

Aunque negando que pueda tomarse por regla general para la división del patrimonio hereditario, lo que obviamente no es, lo cierto es que las mencionadas resoluciones no explicitan en qué modo habría de justificarse la opción de los coherederos por esta forma de practicar la división. Podríamos entender que la partición que da lugar a una o varias comunidades de cuotas en pro indiviso debería, para conservar su finalidad propia³³, restringirse a los supuestos en los que no es viable o resulta muy difícil otra forma de partición convencional, casos en los que encontraría justificación. No obstante, no resultan evidentes las razones para la imposición de una restricción a la libertad de dividir que como principio general reconoce el Código civil

a los coherederos y, de hecho, debe observarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo la viene admitiendo como una forma más de salir de la comunidad hereditaria, sin establecer diferencia con la partición que resulta en la adjudicación de titularidades exclusivas sobre bienes o derechos determinados. La prolongación de la situación de indivisión a través de otra figura comunitaria de la que habrá que salir en un momento posterior no implica postergación de un problema, —siempre que no se prevea como una situación indefinida—, sino, a menudo, la solución de uno.

4. VÍAS O FORMAS POR LAS QUE PUEDE PRODUCIRSE LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Aún cuando la transformación o conversión de la comunidad hereditaria en otra convencional tenga lugar las más de las veces a través de la partición voluntariamente acordada entre los coherederos, no es esta la única vía para alcanzarla, por lo que conviene examinar otras formas por las que puede tener lugar:

a) La disposición del testador, quien puede ordenarla en la partición por él verificada imponiendo la cotitularidad sobre alguno o algunos de los bienes, si bien en este caso los coherederos podrán modificar la disposición, a menos que expresamente lo hubiese prohibido, como es regla en la partición convencional. La STS de 17 de junio de 1980 se refiere a un supuesto de este tipo, en el que el testador dejó dispuesto en su testamento que los bienes inmuebles legados a sus hijos fueran administrados en comunidad de bienes, para lo que estos suscribieron y otorgaron un documento regulador de dicha comunidad en el que designaron administradores.

b) En el acto mismo de la aceptación de la herencia, y en el mismo documento, pues, aunque jurídicamente la aceptación y la transformación son actos distintos, en la práctica la comunidad hereditaria no llega a funcionar en estos casos, ya que los herederos aceptan la herencia, inventarían los bienes y, de común acuerdo, proceden en ese acto a su partición y división, adjudicándose partes indivisas de los bienes de la misma proporción a su derecho. La jurisprudencia ha interpretado que en estos casos la posición de comunero deriva «de una aceptación y adjudicación espiritual de unos bienes hereditarios» (STS de 8 de marzo de 1999).

c) A través del acuerdo unánime de los coherederos en un acto particional que del mismo modo que puede poner fin totalmente a las relaciones de comunidad entre los coherederos mediante la adjudicación de bienes y derechos concretos a cada uno de ellos, puede también transformar la comunidad hereditaria, en parte o totalmente, en otras tantas comunidades

indivisas sobre los bienes concretos que integraban aquella, sin perjuicio de los derechos de terceros. Así lo admite también VALLET³⁴, quien afirma que puede cesar la comunidad hereditaria sin mediar la partición, por voluntad de los herederos de transformarla en una comunidad de bienes o en una sociedad, aportando cada cual su derecho hereditario y todos, en conjunto, el íntegro haber hereditario, si bien, como hemos señalado, a nuestro juicio dichos actos verifican en realidad una partición.

d) Por medio de actos dispositivos realizados por los coherederos durante la vigencia de la comunidad. En efecto, la comunidad hereditaria se entiende también en cierto sentido transformada, siquiera conceptualmente, en una comunidad por cuotas pro indiviso cuando, durante su vigencia, los coherederos de común acuerdo realizan un acto de disposición sobre alguno o algunos de los bienes de la herencia, pues a diferencia de lo que ocurre cuando alguno de los coherederos pretende disponer de alguno de los bienes que integran la masa hereditaria, la actuación conjunta de todos ellos no precisa de la previa partición, sino que los bienes se entienden adjudicados a los mismos pro indiviso (STS de 13 de diciembre de 1986).

Este puede ser el caso de la venta de la empresa familiar a un tercero³⁵ que producirá la extinción de la comunidad cuando la contraprestación obtenida se distribuya entre los coherederos, pero no cuando el precio de la venta se mantiene en proindivisión, sustituyendo al objeto transmitido por subrogación real, porque entonces la finalidad de la venta no es extintiva. Subsiste, sin embargo, la cuestión de si la comunidad recayente sobre la contraprestación sigue siendo hereditaria o si, al haber sido constituida voluntariamente por los coherederos con la intención de tenerla en común, se puede entender verificada su transformación en una comunidad ordinaria. Es posible considerar que en ninguno de los dos supuestos se ha producido división propiamente dicha, sino que se han puesto en marcha mecanismos sustitutivos de la división, y que la diferencia estriba solamente en que en un caso existe extinción de la comunidad y en el otro no³⁶.

e) Por disposición judicial, como consecuencia de la solicitud de división del patrimonio, conforme al procedimiento establecido en la LEC cuando la división material no es posible, o no se ha solicitado. En el caso que resolvió la STS de 28 de junio de 2001 se había pedido la partición del inmueble en el que se hallaba ubicado un establecimiento mercantil donado a dos de los coherederos y, dado que no se solicitaba en la demanda la división material o económica de la cosa común, el Tribunal Supremo estableció la partición y adjudicación de cuotas partes sobre el inmueble, creándose una copropiedad ordinaria, sin que la partición implicase «ni partición del negocio, ni adjudicación de partes materiales o económicas de la finca [...]»³⁷.

f) De forma automática, cuando desaparece sobrevenidamente el presupuesto objetivo de la comunidad hereditaria, esto es, la pluralidad de bienes

y derechos, como ocurre en los casos de reducción de la pluralidad de bienes hereditarios a uno solo, por pérdida o transmisión del resto del patrimonio hereditario (SSTS de 20 de noviembre de 1995 y 13 de diciembre de 1986), porque, faltando la pluralidad de bienes, la comunidad ya no mantiene su fisonomía, y en tales casos se entiende constituida entre los coherederos una comunidad ordinaria sobre el único bien existente en la herencia.

La solución ha de ser distinta en las situaciones en las que, desde el primer momento, existe un solo heredero o un solo bien en la herencia, pues en estos supuestos puede entenderse que no llega a surgir la comunidad hereditaria por falta de sus presupuestos esenciales³⁸, de modo que la aceptación de la herencia por los coherederos los convierte automáticamente en condueños por cuotas indivisas del bien, en la proporción que les correspondía en la herencia y sin necesidad de concurrencia de otra voluntad que la de aceptación de la herencia. Tampoco llega a existir la comunidad hereditaria en el caso de herencia constituida inicialmente por un solo bien, sino copropiedad ordinaria desde la aceptación de la herencia, por imposibilidad de que la titularidad plural del bien único haga surgir la comunidad hereditaria³⁹.

g) Deducida de la voluntad de los copartícipes en la comunidad hereditaria, esto es, como un resultado querido por las partes a partir de la aplicación de las reglas interpretativas de las cláusulas contractuales, entendidas, como señala el artículo 1285 del Código civil, las unas por las otras y atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto, atendiendo para juzgar la intención de los contratantes, principalmente, a los actos de estos coetáneos o posteriores al contrato, conforme al artículo 1282 del Código civil, sin excluir los anteriores.

La jurisprudencia ha admitido la aplicación de las normas de interpretación de los contratos a los documentos negociales anteriores y posteriores a la partición cuando estos recogen la voluntad de los coherederos de continuar, después de practicadas las operaciones particionales sobre los bienes heredados, en la misma situación de hecho en la que se encontraban antes de la partición, conservando una comunidad de bienes, negocios y rentas, por ejemplo por estimar que así podrán más fácilmente hacer frente a sus deudas, caso en el cual habrá de considerarse creada una situación de hecho que encuentra amparo en el artículo 392 del Código civil (STS de 21 de abril de 1951).

5. EL ACUERDO DE LOS COHEREDEROS PARA LA ADJUDICACIÓN DE CUOTAS PRO INDIVISO

Antes de tratar de la transformación de la comunidad hereditaria por acuerdo unánime de los coherederos, como vía más frecuentemente em-

pleada para llevarla a efecto, es preciso plantearse sobre qué base cabe en nuestro derecho la actuación voluntaria de estos para, a través de un negocio de carácter particional, proceder a la extinción de la comunidad hereditaria por medio de la adjudicación de cuotas pro indiviso. La cuestión requiere, a su vez, el planteamiento de otras dos directamente vinculadas a su análisis: de un lado, si esta facultad queda amparada en el artículo 1058 del Código civil o si la norma acoge solamente un tipo de partición convencional, que conlleva la división material de los bienes; de otro, si cabe la constitución voluntaria o convencional de la comunidad de bienes, o si, como se ha afirmado, la figura carece de un ámbito propio y se reconduce en realidad al contrato de sociedad, puesto que de ordinario se ponen en común dinero, bienes o industria.

A) Naturaleza particional del acuerdo de transformación

La admisibilidad del pacto extintivo de la comunidad hereditaria y su conversión en otra figura encuentra su fundamento no solo en la libertad negocial que proclama el artículo 1255 del Código civil, que sin dificultad alcanza los pactos o cláusulas relativos al modo en que los coherederos realizan la partición de los bienes, sino, como se ha advertido, también en la libertad jurídica que, en particular, reconoce el artículo 1058 del Código civil⁴⁰ a estos herederos para dividir la comunidad como tengan por conveniente, incluyendo, si el bien es indivisible o desmerece mucho por la división, la opción legal de convenir que se adjudique a uno, indemnizando a los demás⁴¹ o para transformarla en otra comunidad de modo que les sea posible, para, por ejemplo, conservar temporalmente unido el patrimonio hereditario del que forma parte un negocio (STS de 20 de octubre de 1992).

En la interpretación del artículo 1058 del Código civil que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia, no es preciso que el testador no haya partido o encomendado partir para que los coherederos puedan distribuir la herencia a su arbitrio⁴² y realizar actos particionales más allá de los propios divisorios, sin necesidad de atenerse a las reglas de los artículos 1061 y 1062 del Código civil⁴³, si bien pueden quedar sujetos a reglas específicas, según su naturaleza⁴⁴. La naturaleza de este hecho —dar ejecución a la distribución del caudal hereditario—, es de relación contractual, (o de negocio jurídico plurilateral, según la STS de 20 de enero de 2012), al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código civil⁴⁵.

La libertad particional reconocida a los coherederos resulta prevalente⁴⁶ sobre la ordenada por el testador o por el contador-partidor salvo prohibición expresa, admitiéndose, tanto en el propio acto como previamente,

actos negociales que la modelen, como admitió la STS de 7 de noviembre de 1935, al declarar que «la voluntad del testador, si bien obliga a los coherederos, no les impide formalizar y suscribir con plena trascendencia jurídica los convenios que estimen convenientes a los efectos de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios y [...]». Esta autonomía autoriza, según el Tribunal, a prescindir del testamento y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarlas⁴⁷.

No hay, pues, razón para limitar el resultado de la partición que autoriza el artículo 1058 del Código civil, pues el efecto esencial de esta radica en la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, pero tales titularidades no han de consistir necesariamente en derechos de propiedad exclusiva, sino que pueden adjudicarse en proindivisión, posibilidad abonada, como hemos señalado, por el artículo 786,1.º de la LEC⁴⁸ que permite entender que el contador-partidor se encuentra legalmente facultado para adjudicar cuotas en proindiviso. Y si esta facultad corresponde al contador en la división judicial, con mayor razón deberá reconocerse a los propios coherederos.

Ha de pensarse que lo que los partícipes pretenden no es, estrictamente, constituir nuevas comunidades de naturaleza distinta a la que tenían, aunque ese efecto se derive necesariamente del acto que ejecutan, sino salir de la comunidad hereditaria sin dividir materialmente el patrimonio —al menos en ese momento— ni alterar la proporcionalidad de su derecho sobre los bienes, manteniendo al mismo tiempo la situación de indivisión bajo reglas de organización que pueden convenir a sus fines. Unos fines que, hay que suponer, no pueden o no quieren conseguir con la permanencia en la comunidad hereditaria, ni siquiera con la estabilidad que pueden proporcionarles los pactos de indivisión, sus prórrogas, y la libertad de establecer el régimen de administración y explotación de los bienes.

B) La constitución voluntaria o convencional de la comunidad ordinaria a consecuencia de la transformación como figura autónoma

La segunda cuestión es la de si cabe reconocer un ámbito propio a la constitución convencional de la comunidad ordinaria por los coherederos como consecuencia de la transformación o si, como se ha afirmado, toda comunidad de bienes convencional es, en realidad y en todo caso, un contrato de sociedad, por razón de los elementos que se ponen en común (art. 1665 CC)⁴⁹ y si, dado que el párrafo 2.º del artículo 392 del Código civil⁵⁰ establece que a falta de contratos o disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las disposiciones

de aquel título, la comunidad de bienes convencional excluiría la aplicación de dichas normas, que solo tiene lugar a falta de las disposiciones contractuales.

A diferencia de la comunidad hereditaria, que es una *communio incidens* nacida del hecho sucesorio, la constituida convencionalmente por los coherederos como forma o vía de ponerle fin resulta de un pacto o acuerdo voluntario que *a priori* parece admitir el propio artículo 392, 2.º del Código civil al declarar la aplicación de las normas de la comunidad de bienes solo «a falta de contratos o de disposiciones especiales». Sin embargo, como es sabido, la interpretación del artículo 392, 2.º del Código civil ha resultado controvertida en nuestra doctrina, y, frente a la posición que afirma el carácter supletorio y dispositivo de los preceptos del título III, cabe también entender que no expresa ese carácter, ni respecto de los contratos ni respecto de las disposiciones especiales que resultan de aplicación a otras situaciones comunitarias, o, en palabras de MIQUEL⁵¹ que si las normas del título de la comunidad se aplican a falta de contratos, esto significa que, existiendo contratos, no se aplican.

La cuestión de si puede hablarse en nuestro Derecho de una comunidad de bienes convencional como un contrato autónomo fuera del molde del contrato de sociedad —y particularmente de la sociedad civil irregular— ha sido planteada en el difícil terreno de la delimitación entre ambas figuras. El problema se ha centrado, sobre todo, en la determinación del régimen jurídico aplicable, debido a la remisión que realiza el artículo 1669 del Código civil al régimen de la comunidad de bienes⁵², al negar personalidad jurídica a aquellas sociedades «cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con terceros», lo que tendría el sentido de señalarles un régimen jurídico coherente con la negación de su personalidad jurídica, aunque sin alcanzar a equipararlas a estas ni a modificar su naturaleza asociativa.

Mas lo cierto es que la comunidad de bienes puede tener su origen en distintas formas o modos de adquisición de los derechos y entre ellas, desde luego, en el acuerdo extintivo de la comunidad hereditaria que la origina. Aunque la comunidad sea frecuentemente en la práctica el efecto o consecuencia jurídica que sigue a la cotitularidad pro indiviso de los bienes⁵³, un contrato o acuerdo de los coherederos titulares de bienes procedentes del patrimonio hereditario y dirigido a la constitución de una comunidad de bienes sobre los mismos tiene un ámbito propio y distinto del contrato de sociedad u otros análogos, a condición de que el objeto de dicho contrato no sea el de operar en el tráfico externo con el fin de obtener una ganancia o lucro común que pueda distribuirse entre ellos⁵⁴. Una comunidad tal no tendría por qué limitar sus actividades al mantenimiento, conservación y aprovechamiento de los bienes, conforme a un modo de organización estático, sino que podría desarrollar actividad económica, lo que no implica necesariamente una actividad dirigida a la obtención de un lucro o ganancia.

Por otra parte, la constitución voluntaria de comunidad es generalmente reconocida en la doctrina científica⁵⁵ como figura autónoma y suele admitirse en la jurisprudencia sobre la interpretación del propio artículo 392.2 del Código civil, admitiéndose, del mismo modo, que puede inferirse esta finalidad del acto, sin mas concreción, del cual se derive una adquisición pro indiviso entre los partícipes del mismo (STS de 17 de julio de 2012). Que la comunidad de bienes esté prevista en el Código civil como la consecuencia jurídica que se sigue a la cotitularidad de un derecho en pro indiviso no significa que no pueda configurarse voluntariamente por los sujetos, mientras concorra este presupuesto, sino solo que si la situación se produce sin su voluntad, no pueden evitarla, y ello, para nuestros efectos, tanto si expresan su intención de constituirla como si simplemente acuerdan adjudicarse en pro indiviso los bienes que integran la herencia, quedando entonces constituida como efecto legal de la cotitularidad surgida de dicho acuerdo.

La cuestión se encuentra vinculada al carácter de situación transitoria e indeseable por antieconómica y generadora de continuos conflictos (*mater discordorum*) atribuido a la propia comunidad hereditaria, que justificaría un principio de disfavor con distintas manifestaciones en el Código civil⁵⁶ aconsejando su extinción en un plazo preferentemente breve por razones de orden económico, jurídico e incluso social («para propiciar convivencias más armónicas», señala la STS de 19 de octubre de 1992).

Frente a esta concepción, una parte destacada de la doctrina y, menos ampliamente, de la jurisprudencia⁵⁷, hacen prevalecer la libertad individual y la eficiencia o ineficiencia económica de la comunidad hereditaria constituida como criterios determinantes en la decisión de los copartícipes⁵⁸. La división material del caudal, no es siempre la solución más eficiente, y los coherederos pueden preferir conservar temporalmente la indivisión hereditaria en lugar de hacer uso de los medios dispuestos por el legislador con el fin de facilitar la salida de la indivisión, que están al servicio de la autonomía privada, sin que pueda prejuzgarse una intención del ordenamiento jurídico contraria a cualquier comunidad. La RDGRN de 17 de septiembre de 2012 es expresiva de esta posición, al señalar que «este disfavor solo tiene lugar cuando aquella no es eficiente económicamente, pues hay supuestos de comunidades funcionales en que la explotación, uso o disfrute en común resulta más eficiente que si este se dividiese».

C) Posiciones doctrinales sobre la naturaleza de la transformación de la comunidad hereditaria

Examinadas las dos cuestiones señaladas, sobre el alcance y fundamento del pacto extintivo de la comunidad hereditaria por vía de su transformación

en una serie de comunidades ordinarias y sobre el encaje en nuestro Derecho de una comunidad de bienes convencional como contrato autónomo, al margen de la sociedad irregular, corresponde ahora referirse a algunas posiciones que han intentado explicar la transformación de la comunidad hereditaria por referencia a otras figuras.

a) *La transformación como un supuesto de novación extintiva.* La conversión de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria se ha planteado⁵⁹ como una novación extintiva de aquella situación que es sustituida, en virtud del acuerdo de los coherederos, por una nueva sujeta a diferente régimen jurídico. En este proceso surge la cuestión de si se trata simplemente de sustituir una comunidad por otra, de diferente naturaleza, o si se halla implicada, además, una modificación o transformación económica de los derechos de los copartícipes que pudiera alterar la proporción de sus respectivas participaciones.

En un concepto de la novación que trasciende del ámbito estricto de la relación obligatoria, la figura podría resultar de aplicación al fenómeno que estudiamos, entendida como un fenómeno universal en virtud del cual se produce la extinción de cualquier cosa existente, bien mediante su transformación, bien a través de su sustitución con una nueva entidad coligada a la precedente⁶⁰. La jurisprudencia aplica el concepto habitualmente a los contratos⁶¹, dando prioridad en la producción del efecto novatorio propio a la presencia en el nuevo convenio del *animus novandi* y a la necesidad de que sea expresado inequívocamente por las partes⁶².

La cuestión tiene trascendencia, entre otros aspectos, en relación con la existencia de un riesgo de lesión patrimonial para los derechos de los menores representados en la partición por su padre o madre y por la eventual incidencia de un conflicto de intereses que obligase a designar un defensor conforme al artículo 163 del Código civil.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la Dirección General de los Registros y del Notariado han señalado que la figura que estudiamos supone, simplemente, la transformación de una comunidad de naturaleza germánica en otra de tipo romano, pero no implica trascendencia económica. La doctrina está formulada con el fin de resolver las cuestiones planteadas en torno a la existencia o no de riesgo de lesión para el patrimonio del menor en el momento de la partición y al hilo de la admisibilidad o no de su representación por el padre o madre superviviente. En este sentido, la RDGRN de 27 de enero de 1987 estableció la tesis (confirmada por las de 10 de enero de 1994⁶³, 6 de febrero de 1995, y 11 de marzo de 2003) de que la adjudicación pro indiviso, conforme a las cuotas legales o testamentarias es una operación sin trascendencia económica que supone jurídicamente la transformación de la comunidad germánica sobre el patrimonio hereditario (o ganancial) en comunidad romana o por cuotas indivisas, transformación que, en sí misma, no envuelve peligro alguno de lesión o perjuicio.

b) *La transformación como subrogación o sustitución de cuotas.* La transformación de la comunidad hereditaria puede explicarse como una forma de «subrogación» o «sustitución» de las cuotas indivisas que los coherederos ostentaban sobre el conjunto del caudal hereditario por otras también indivisas, pero concretadas sobre cada uno de los bienes y derechos que lo componen; una subrogación que pone fin a la comunidad hereditaria con naturaleza y eficacia determinativa. No obstante, las cuotas sobre los bienes que forman parte de la comunidad o comunidades de bienes resultantes, aunque han de guardar proporción con las que se ostentaban en la comunidad hereditaria, son el resultado del acto de adjudicación acordado por unanimidad de aquellos, y no de una voluntad de subrogación de la cuota.

c) *La transformación como negocio jurídico de carácter particional.* Para algunos autores, conviene hablar en estos casos de un propio «negocio de transformación» al que se reconoce naturaleza particional a través de la atribución a los herederos de una cuota sobre los concretos bienes, que se mantienen indivisos. Así, señala ROCA GUILLAMÓN⁶⁴ al hilo de las adjudicaciones de bienes a favor de los hijos comunes no matrimoniales, que solo la que se realiza globalmente a favor de los mismos puede permitir una posterior distribución por el progenitor sobreviviente, lo que resulta posible porque «nada impide que la partición concluya con una adjudicación por la que se cree una comunidad ordinaria, sobre la que, a su vez, podrá proyectar el progenitor sobreviviente las facultades de distribución de los concretos bienes de la herencia que, respecto de los hijos comunes, le fueron conferidas».

En realidad, cuando el acuerdo se realiza a través de un negocio dirigido específicamente a la adjudicación en pro indiviso de los bienes hereditarios a favor de los copartícipes de la comunidad hereditaria al que no se atribuye carácter particional de forma expresa por los coherederos, entendemos que esta inevitablemente se extingue en dicho acto, no pudiendo hablarse de continuidad de la misma, siquiera transformada, ni de un acto provisional, precisado de un acto posterior, pues la división que en su momento se produzca lo será de una comunidad distinta, y conforme a sus reglas.

La transformación que este pacto verifica es la propia de la partición, y el acto tiene atribuida naturaleza particional, sin diferencia con respecto a la partición en la que se adjudica a los coherederos la plena y exclusiva titularidad de los bienes hereditarios. En este sentido, la DGRN ha considerado verdadero acto particional aquel en que se disuelve la comunidad hereditaria mediante adjudicaciones en pro indiviso a los mismos herederos a efectos, por ejemplo, de exigir la aprobación judicial del acto cuando intervenga un tutor *ex* artículo 272 Código civil (RDGRN 6 de noviembre de 2002).

En el ámbito general de la partición convencional, ESPEJO⁶⁵ ha atribuido al acuerdo particional «sustantividad causal propia», en tanto que

negocio dirigido a distribuir y adjudicar el activo hereditario entre los coherederos, entendiendo que esta finalidad permite, conforme al artículo 1277 del Código civil, atribuir a todas las operaciones que integra dicha partición una presunción de causa aunque en la práctica estas puedan a obedecer a diferentes causas, no siempre particionales, como la atribución de ganancia-lidad o privacidad a los bienes o la transacción sobre el valor de los bienes. Ocurrirá entonces que la causa específica de estos negocios, cualquiera que sea su naturaleza, deberá explicitarse y ser probada para no quedar incluida en el régimen particional.

D) Utilidad de la figura

La vía más frecuente de transformación de la comunidad hereditaria en ordinaria tiene carácter negocial y se produce por medio de un acto realizado por los coherederos en el que estos concretan sus pactos, bien a través de la adjudicación de bienes o derechos⁶⁶ en pro indiviso como resultado de la partición, o bien evitando esta —o al menos sin mencionar de forma expresa que se realiza— a través de un acuerdo extintivo de la comunidad, tampoco siempre explícito, al que se reconoce carácter particional.

Como hemos señalado, la finalidad perseguida por los coherederos al dividir la herencia de este modo no es en todos los casos la misma, pero, en general, está guiada por la conveniencia de mantener unido el patrimonio para su mejor administración o explotación, evitando una partición que implique su disgregación material y conservando la proporcionalidad de su derecho hereditario, lo que, al margen de los supuestos de difícil o imposible división de los bienes, se produce con frecuencia en los supuestos de sucesión de inmuebles o de una actividad empresarial que no tiene forma societaria. Entonces la decisión de adjudicar las cuotas en pro indiviso puede dar lugar a una sociedad irregular, civil o mercantil, incluyendo o no pactos de indivisión que pueden venir incentivados por la propia normativa del Impuesto de Sucesiones relativa a las reducciones por adquisición de empresa individual⁶⁷.

No obstante, no es infrecuente en la práctica jurídica que los coherederos se adjudiquen las cuotas indivisas sobre los bienes sin más, esto es, sin expresar que realizan un acto particional y quizás sin ser del todo conscientes de estarlo realizando, en la idea de que esta —y no la propia de la comunidad hereditaria— es la forma «normal» de tenencia del patrimonio tras el fallecimiento del causante. Esta puede resultar también la manera mas sencilla de concretar su derecho sin incurrir en mayores gastos y evitar la consiguiente negociación entre los coherederos, potencialmente conflictiva, que resulta, además, de escasa utilidad cuando, por ejemplo, se está a la espera de que un tercero adquiera los bienes que integran el patrimonio hereditario o de

que lo haga uno de los propios coherederos. Estos supuestos denominados en la práctica como de «venta directa» se dan a menudo cuando los bienes incluidos en la herencia son fincas.

Puede ser igualmente la forma particional de elección de los coherederos que, simplemente, consideren la proindivisión ordinaria como una forma más eficiente, al menos temporalmente, de gestionar el patrimonio de origen hereditario, preservando la unidad de algunos o de todos sus bienes, de manera más conforme a su naturaleza o a su destino actual o, directamente, evitando una división económicamente ineficiente en función de los elementos que componen el patrimonio.

Cuando el interés preferente de los coherederos es el de gestionar y explotar un conjunto de bienes o una actividad negocial⁶⁸, puede interesar acompañar los pactos de constitución del régimen de copropiedad y de indivisión de los bienes de otros directamente relacionados con ese interés, como las previsiones para el caso de abandono de la comunidad antes de transcurrido el plazo de indivisión, la atribución a alguno o algunos de ellos de la dirección, administración y explotación de los negocios y de los demás bienes que pertenecían a la herencia, el establecimiento de un salario a quienes han de encargarse de estas funciones o el acuerdo sobre la forma de distribuir las ganancias⁶⁹.

Aunque sin corresponderse necesariamente con el supuesto de transformación de la comunidad hereditaria la figura puede también ofrecer utilidad como alternativa a la venta de los bienes de aquella que resultan indivisibles (como una vivienda) con reparto del precio obtenido cuando la adquisición del bien no interesa a ninguno de los coherederos o el interesado o interesados no disponen de medios económicos para abonar a los demás su parte en el mismo⁷⁰.

En la práctica judicial, el acuerdo de transformación permite evitar tanto la indivisión como la excesiva división de las fincas (art. 786. 1 LEC), y está en función de la cuota que corresponde a cada heredero, de modo que, cuando a alguno de ellos corresponde una muy superior a la de los demás, lo habitual es autorizar la adjudicación del bien al heredero de cuota mayoritaria, con las atribuciones en metálico correspondientes a los demás coherederos (SAP de Burgos, secc. 2.^a, de 18 de noviembre de 2011).

El criterio de la adjudicación de bienes en pro indiviso se ha aplicado también al problema de la distribución del haber ganancial contenida en el cuaderno particional como remedio subsidiario, ante la imposibilidad de adjudicación a cada uno de los excónyuges de los bienes que han correspondido en su lote en titularidad exclusiva, que es considerada como la solución «ideal» (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 de marzo de 2012).

Es frecuente que en la partición se adjudiquen titularidades exclusivas sobre ciertos bienes y en pro indiviso sobre otros, especialmente por resultar

de más difícil o imposible división o por permitirse así cuadrar los lotes y evitar excesos de adjudicación. La jurisprudencia menor más reciente (SAP de Jaén, secc. 1, de 19 de diciembre de 2018, SAP de Tarragona, secc. 1.^a, de 14 de febrero de 2019, SAP de León, secc. 2.^a, de 8 de marzo de 2019⁷¹) ha justificado la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios en los supuestos en que las fincas existentes sean indivisibles, como la solución más justa o equitativa cuando no ha podido evitarse la indivisión, pues tales adjudicaciones no solo no producen desequilibrio alguno de los lotes sino que permiten atender de mejor modo al principio de «igualdad cualitativa» y de «estricta equidad» de los artículos 1061 y 1062 del Código civil. La solución, sin embargo se justifica en estas sentencias sobre los mencionados principios por entenderse que no puede ser la regla general.

6. REQUISITOS PARA LA EXTINCIÓN NEGOCIAL DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA POR MEDIO DE LA ADJUDICACIÓN DE CUOTAS INDIVISAS SOBRE LOS BIENES

A) Examen de los requisitos

Para que tenga lugar la extinción de la comunidad hereditaria por transformación son necesarios una serie de requisitos o condiciones básicas, algunos de ellos comunes a las formas de partición convencional y otros específicos de esta forma de poner fin a la comunidad hereditaria:

a) Como en cualquier modalidad de la partición convencional, la transformación requiere que el testador no haya efectuado la partición con exclusión de la que pudieran efectuar los herederos, carácter que en el Código civil solo puede evitarse expresamente mediante una cláusula que delimite la intervención de los contadores-partidores⁷².

Sin embargo, la supletoriedad de la partición convencional no se da cuando los coherederos con capacidad dispositiva deciden distribuir los bienes actuando de forma unánime, pues entonces pueden practicar la partición a su conveniencia, incluso si el testador la ha realizado el mismo o la ha encomendado, siempre que no lo haya prohibido expresamente⁷³.

Realizan entonces los coherederos un negocio que la jurisprudencia admite pero cuya naturaleza no define suficientemente, si bien parece inclinarse por atribuirle carácter dispositivo, más que propiamente particional (SSTS de 4 de febrero de 1994 y 19 de junio de 1997). Como ha observado CARBALLO FIDALGO⁷⁴, la partición convencional realizada desatendiendo las disposiciones del causante o del contador-partidor testamentario necesariamente desplaza su normativa rectora y, puesto que encierra una doble voluntad negocial, de aceptación de la herencia y de redistribución

del caudal, a esta última deberá aplicarse la normativa de los negocios jurídicos inter vivos.

b) Es preciso también que no se haya impuesto por el testador, o convenido por los coherederos la indivisión del patrimonio⁷⁵ o que haya transcurrido el plazo establecido, si bien la cuestión no es tan clara como lo sería en la partición convencional con adjudicación de bienes o derechos en titularidad exclusiva. La razón reside en que en el supuesto que estudiamos el acuerdo produce la prolongación de la indivisión⁷⁶, aunque la comunidad ordinaria surgida del acuerdo puede extinguirse en cualquier tiempo, conforme a sus propias normas.

Cuando la indivisión se hubiera impuesto por el causante es imperativo el respeto a la intangibilidad de la legítima, pero, fuera de esta, y siempre que se trate de una verdadera partición, y no de meras normas o disposiciones para partir, carece de otras restricciones. A no concurrir causa que lo invalide, por la remisión del artículo 1051.2.º del Código civil a las causas de extinción de la sociedad (art. 1700 CC) los coherederos habrán de respetar el plazo establecido, quedando en suspenso temporalmente la facultad de realizar la división de los bienes, bien entendido que aunque se interprete⁷⁷ que no existe límite temporal a la prohibición del testador, esta no puede tener carácter indefinido.

Precisamente en atención a su carácter extraordinario, esta facultad del causante ha de hallarse fundada en una causa justa —un *justo motivo*— que ha de persistir durante el tiempo de la indivisión ordenada⁷⁸, ya que constituye para los coherederos un gravamen impuesto unilateralmente, cuya naturaleza se asimila a la de una prohibición de disponer sujeta al régimen general del artículo 26 de la Ley Hipotecaria y a sus requisitos de validez⁷⁹.

Tratándose de una indivisión previa pactada por los coherederos, no parece que el nuevo acuerdo (de transformación) pueda resultar contrario a aquel pacto, ni que este pueda impedir su celebración, pudiendo incluso entenderse tácitamente revocado por el nuevo acuerdo suscrito por todos ellos si no ha transcurrido el periodo de indivisión pactado. El acuerdo de adjudicación de cuotas indivisas que pone fin a la comunidad hereditaria tiene naturaleza particional y, por lo tanto, pondría fin al acuerdo de indivisión temporal en el caso de estar vigente, aunque, *de facto*, prolongue la situación de indivisión.

Nada impide que, constituida la comunidad ordinaria sobre los bienes hereditarios, los comuneros pacten la indivisión por un periodo de tiempo que no podrá exceder del periodo inicial de diez años previsto en el artículo 400.2.º del Código civil, susceptible de prorrogarse por nuevo pacto, pero debe advertirse que el Código civil no exige que el acuerdo de indivisión vincule a la totalidad de los coherederos —ahora comuneros— por lo que quienes no fueran parte del mismo conservarán la acción para pedir la

extinción de la comunidad. En opinión de DIEZ PICAZO, la división en este caso ha de ser de la cosa entera, y no solamente de la parte del que la solicita sin haber tomado parte en el pacto⁸⁰.

c) Un acto específicamente dirigido a extinguir la comunidad hereditaria por medio de su conversión o transformación en una serie de comunidades ordinarias, que tiene carácter particional (RDGRN de 28 de junio de 2019), aún cuando pueda adoptar la forma de un acuerdo específico, como un contrato, que reglamente la nueva situación o un acuerdo sobre la forma de realizar la partición mediante la adjudicación de cuotas en pro indiviso, o que los coherederos, simplemente declaren que se adjudican los bienes de esta forma.

Como forma de llevar a cabo la partición convencional, el acuerdo de los coherederos de dividir la herencia mediante la adjudicación de cuotas indivisas está sometido a las reglas del artículo 1058 del Código civil y surte los efectos que le atribuye el artículo 1068 del Código civil (STS de 19 de junio de 1997). Es más, como hemos señalado, el Tribunal Supremo atribuye a la partición convencional naturaleza contractual y, en consecuencia, la entiende perfeccionada por la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código civil⁸¹, siendo de aplicación los preceptos sustantivos que determinan la existencia, validez y eficacia de los negocios jurídicos, y, consiguientemente, de los referentes a su inexistencia, nulidad y rescisión⁸², por las causas legalmente previstas⁸³.

d) Concurrencia de todos los coherederos para la transformación. El acuerdo de transformación de la comunidad hereditaria, sea en el acto de la partición o mediante un acto que de facto se halle dirigido a hacer efectiva dicha extinción, aunque no especifique su carácter particional, ha de ser adoptado unánimemente por los coherederos con capacidad de obrar, puesto que se trata de un acto dispositivo; un acto de alteración⁸⁴ que actúa la libertad formal y material para la distribución de la herencia (art. 1058 CC) y afecta a la totalidad del patrimonio hereditario⁸⁵.

Por lo tanto, el requisito de la concurrencia y consentimiento unánime de los coherederos a la partición no se excepciona por el hecho de que esta tenga lugar a través de la determinación de participaciones indivisas sobre los bienes que integran el caudal hereditario, sino que adquiere plena significación, pues ha de tenerse en cuenta que la libertad particional reconocida a los coherederos no autoriza a ninguno de ellos a imponer a otros una forma determinada de llevarla a cabo y, por lo tanto, tampoco autoriza a exigir a los demás la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (arts. 1059, 1061 y 1062 CC). En consecuencia, si el acuerdo no es unánime, cualquiera de los coherederos disconformes puede ejercer la acción divisoria, pues no puede ser obligado a un modo determinado de partir, y menos cuando este supone continuar en la indivisión de los bienes.

El acuerdo ha de estar dirigido a la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes y derechos que integran el caudal hereditario, aunque no parece necesario que recoja expresamente la voluntad de extinguir con este acto la comunidad hereditaria, ni siquiera la de estar realizando la partición de los bienes, pues por su propio objeto, sin necesidad de que observe una forma específica, se le atribuye naturaleza particional y virtualidad de extinguir la comunidad hereditaria.

La concurrencia de todos los herederos en la partición y su consentimiento a la misma es precisa aunque el acto particional consista, como en el caso de la RDGRN de 13 de julio de 2015, en la concreción sobre las participaciones indivisas fijadas de forma abstracta por el testador en su testamento, sin que ese consentimiento pueda entenderse prestado por la aceptación de la herencia. La DGRN rechazó que el acto realizado consistiese en una mera adjudicación, sin partición, del caudal hereditario conforme a las previsiones del testador y mantuvo el carácter particional del acto realizado por los coherederos, no solo porque se había llevado a cabo la formación de inventario y la concreción sobre bienes determinados de los derechos sucesorios, sino porque, además, se había realizado previamente la liquidación de la sociedad de gananciales, quedando fijados los derechos del cónyuge supérstite y los que habrían de corresponder al caudal relicto y, en consecuencia, exigió para su validez, el consentimiento de todos ellos.

En estos casos frecuentes de liquidación de los gananciales previa a la partición por transformación de la comunidad nos encontraremos a menudo ante una situación en la que el cónyuge supérstite conserva el usufructo, en tanto que la cotitularidad de los coherederos recae solo sobre la nuda propiedad, y sobre esta se adjudicarán las cuotas indivisas. Lo habitual es adjudicar a la viuda la mitad indivisa de cada uno de los bienes, por su mitad de gananciales, y el usufructo de la otra mitad, conforme a lo establecido en el testamento, y por iguales partes, a los hijos, la nuda propiedad de esta última mitad indivisa. La comunidad o comunidades resultantes tendrán entonces origen, de un lado, en la liquidación de gananciales, y, de otro, en la partición misma realizada por los coherederos. En RDGRN de 6 de noviembre de 2002 declaró el Centro Directivo que cuando en estas operaciones interviene como tutor de los hijos incapaces uno de los coherederos, hermano de estos, el cual actúa, además, en su propio nombre, no es preciso el nombramiento de defensor judicial al no existir entre el tutor y los incapaces intereses contrapuestos, pero sí que será precisa la aprobación judicial (art. 272 del CC).

El criterio que sostiene el carácter particional del acto resulta, por otra parte, conforme con el de la STS de 1 de abril de 2009 que, al negar que el objeto de la acción de división pueda ser el de crear nuevas situaciones de comunidad sin el acuerdo de todos los interesados, permitió entender, *sensu*

contrario, que, existiendo acuerdo unánime de los comuneros, nada impide la división de la cosa común creándose nuevas situaciones de comunidad sobre las partes resultantes de la división⁸⁶.

También el acceso registral de las cuotas indivisas adjudicadas requiere la unanimidad de los coherederos, conforme a los artículos 14 LH y 80.1 de su Reglamento «para obtener la inscripción de adjudicación de bienes hereditarios o cuotas indivisas de los mismos».

e) Señalamiento expreso de las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos sobre cada uno de los bienes en el acto de la partición, pues, en caso contrario no podríamos hablar de individualización del derecho abstracto sobre los bienes concretos, y la partición no cumpliría su función esencial. La referida STS de 20 de octubre de 1992 lo exige como presupuesto de esta forma de extinguir la comunidad hereditaria, que ha de llevarse a cabo «con expresión de las cuotas pro indiviso que en los mismos correspondan a cada heredero [...]», criterio adoptado también por la STS de 28 de junio de 2001.

f) Proporcionalidad de las cuotas asignadas. La expresión de las cuotas atribuidas a los coherederos en pro indiviso no es requisito suficiente. Estas han de ser, además, proporcionales a sus cuotas hereditarias, a fin de mantener el equilibrio entre las «cuotas de participación» en la herencia y las «cuotas de partición». La formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta, sin que el pago de lotes correspondientes a las cuotas mediante la adjudicación de bienes de distinta naturaleza, calidad o especie suponga quebranto de aquella igualdad, pudiendo incluirse bienes distintos en unos lotes respecto de otros, siempre que resulten iguales en la suma que corresponde a cada uno (STS de 17 de junio de 1998).

g) La inclusión de todos o parte de los bienes que integran la masa en el acuerdo de transformación de la comunidad hereditaria. El acuerdo de transformación ha de alcanzar a todos los sujetos, pero no necesariamente a la totalidad del patrimonio, pues puede proyectarse solamente sobre alguno o algunos bienes o derechos, por ejemplo, por existir bienes de más fácil división respecto de otros, por la conveniencia de la explotación de parte de los bienes bajo un régimen de proindivisión, por la necesidad económica de alguno o algunos de los copartícipes de recibir bienes o metálico e incluso para afrontar el pago de impuestos derivados de la sucesión.

En estos casos, quedará subsistente la comunidad hereditaria respecto de los bienes restantes (salvo que reste uno solo), pudiendo mantener los coherederos en su caso esta condición respecto de tales bienes, a la espera de llevar a cabo en su momento una nueva división que tendrá en cuenta la parcial precedente, y sin que la adjudicación parcial impida el acceso al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 14 LH y 80 RH (STS de 19 de junio de 1997)⁸⁷. En el caso de que como consecuencia de las sucesivas

particiones parciales subsista finalmente un solo bien —o incluso varios si existe uno cuya valoración económica lo convierta claramente en el bien principal— puede entenderse automáticamente constituida una comunidad ordinaria entre los coherederos.

Es igualmente posible que los coherederos convengan que, en virtud de la partición, unos bienes sean adjudicados a alguno o algunos coherederos en proindivisión y otros en titularidad exclusiva⁸⁸ pero, en todo caso, y en aplicación del artículo 1068 del Código civil, será necesaria una verdadera adjudicación, sin que baste la mera atribución testamentaria (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004, 3 de junio de 2004, 12 de febrero de 2007, entre otras).

Dado que la comunidad surgida del acuerdo de transformación se integra por la suma de las cuotas que correspondían a los coherederos pero no ha de abarcar necesariamente la totalidad la masa, entre ambas comunidades existirá plena identidad de sujetos pero no siempre de objeto. Si la transformación no alcanzase a la totalidad de los bienes, provocará la extinción parcial de la comunidad hereditaria y, puesto que la siguiente o sucesivas particiones no han de hacerse forzosamente del mismo modo, es posible solicitar después judicialmente la división del resto de los bienes o de parte de ellos⁸⁹.

B) Cuestión de si la previa liquidación de la sociedad de gananciales es un requisito para llevar a cabo la transformación de la comunidad hereditaria

Cuando el causante había regido su matrimonio por el régimen de gananciales, debe procederse a la división y liquidación de dos comunidades: la creada por dicho régimen, para poder establecer a los efectos del artículo 659 del Código civil cual es el objeto de la herencia, y la de la propia comunidad hereditaria. Pero en el supuesto de extinción de la comunidad hereditaria y adjudicación de cuotas *pro indiviso* sobre los bienes puede surgir la duda de si la de la comunidad de gananciales ha de realizarse necesariamente con carácter previo.

Al respecto ha declarado la jurisprudencia que cuando se produce el supuesto que determina la disolución de la sociedad, esta se transforma en una comunidad por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes gananciales si bien, faltando una partición parcial previa, la solicitada de la autoridad judicial ha de ser una partición de la totalidad del caudal como afirma RUBIO GARRIDO, sin que quepa la reserva de acción en relación con parte del mismo⁹⁰ y por ello, serán dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto, a pesar de que no se haya procedido a la liquidación de los gananciales.

Sin embargo esta regla general no es imperativa, de modo que la falta de liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto, pues, a efectos de la partición se cumple con atribuir el derecho que tiene el difunto en los bienes gananciales, porque esto es lo que tiene en su patrimonio y porque ninguna disposición en el Código civil exige la previa liquidación de los gananciales.

Es posible, pues, sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 806 a 811 de la LEC, la acumulación de la liquidación de la sociedad de gananciales a la división de la herencia de los padres, por ejemplo, y las de estos sucesivamente, de la que aquella es previa; lo que, sin embargo, no resulta admisible es la confusión de los distintos patrimonios hereditarios en una masa común y la formación de un único inventario, en lugar de practicar tantos cuantas liquidaciones o divisiones de herencias se acumulen, pues ello supondría saltarse las transmisiones a que da lugar la herencia de cada uno de los causantes y del último a los herederos⁹¹, aunque después puedan efectuarse las adjudicaciones que resulten procedentes con arreglo a la cuota o haber total que corresponda a cada heredero (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero, 18 de julio y 18 de octubre de 2012).

Para el caso de la partición hecha en el testamento, la RDGRN de 26 de octubre de 2016 consideró la liquidación de los gananciales como una operación previa, independiente y distinta de la partición de la herencia del cónyuge fallecido, que requiere el consentimiento del cónyuge sobreviviente y el de los herederos del fallecido, quienes han de intervenir en las operaciones liquidatorias, de modo que solo después de tal liquidación se puede determinar el caudal hereditario partible y hacer inventario.

7. ¿ES LA DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS UN PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*?

El acuerdo de adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios extingue la comunidad hereditaria, dando paso, en reiterada expresión de la jurisprudencia, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana, de la que puede salirse mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*⁹². La cuestión es si resulta necesario para poder ejercitar esta acción que previamente se haya extinguido la comunidad hereditaria o si, por el contrario, sería posible su ejercicio respecto de un bien concreto que forma parte del patrimonio hereditario sin que se haya practicado, tras la aceptación de la herencia, la partición de aquella, de modo que el bien podría en su momento adjudicarse a todos, a varios o a uno solo de los coherederos.

El problema se plantea cuando una vez constituida la comunidad ordinaria se ejercita la división de la cosa común sobre bienes del patrimonio hereditario sobre los que no consta que se haya realizado partición ni, por lo tanto, adjudicación del bien cuya división se pretende. Teniendo en cuenta que el bien forma aún parte de un patrimonio hereditario sin dividir y que, realizada la partición, podría suceder que el bien no se adjudicara a quienes ejercitan la acción, habría que entender, *a priori*, que la partición es presupuesto material imprescindible para la viabilidad de la acción de división.

La posibilidad y el momento de ejercicio de la acción divisoria vienen determinadas por la titularidad que se ostenta, de modo que si los bienes pertenecen a los copartícipes de forma conjunta, por no haber tenido lugar una partición del patrimonio hereditario de resultados de la cual se les podría adjudicar, o no, el bien en cuestión, carecerán de un derecho de propiedad o copropiedad sobre el que poder fundamentar su petición de división. Este criterio adoptó, por ejemplo, la STS de 30 de julio de 1999, entendiendo que cuando la situación de comunidad ordinaria se refiere a bienes que fueron objeto de la herencia y que se mantienen en pro indiviso puede entenderse que, vigente aquella, la acción típica para ponerle fin será la *actio familiae erciscundae*, en tanto que, una vez constituida la comunidad ordinaria, la acción a ejercitar será la *actio communi dividundo*.

Para el Tribunal Supremo, la concepción prevalente sobre la posición de los coherederos sigue la del Derecho romano y parece desarrollarse en dos etapas sucesivas. Los herederos aceptantes: «adquieren un derecho abstracto sobre el *universum ius* que conforma el caudal relicto, derecho que la partición convertirá en concreto, ya exclusivo ya en pro indivisión sobre bienes determinados. La comunidad general, en cuyo seno se contiene, en potencia, la comunidad hereditaria, dará paso, si ha lugar, a una comunidad ordinaria. Desde esta perspectiva conceptual, solo entonces será posible la acción de división».

La disolución de la comunidad hereditaria constituiría, pues, un presupuesto previo para el ejercicio de la acción divisoria común, lo que convierte a esta, como ha declarado la jurisprudencia, en una fórmula inadecuada para provocar la extinción de aquella. Análogamente, constituida por efecto de la partición una comunidad ordinaria, la acción para ponerle fin es la acción de división del artículo 400 del Código civil, y en ningún caso la *actio familiae erciscundae*, que requiere que los bienes hereditarios sigan indivisos.

No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido el ejercicio de la *actio communi dividundo* para poner fin a la comunidad hereditaria sin previa partición, considerando que el esquema expuesto no carece de excepciones, resultando inaplicable cuando concurren intereses que imponen, por razones de justicia, un tratamiento y una solución distintas. Es el caso de las Sentencias de 28 de mayo de 2004 y 25 de junio de 2008⁹³, la última

de las cuales planteó la posibilidad de que los coherederos ejercitasen la *actio communi dividundo* frente a otro coheredero para lograr la división de un bien hereditario, evitando la partición convencional y el ejercicio de la acción divisoria hereditaria⁹⁴.

Utilizando como ejemplos la venta común de un bien perteneciente a la herencia y la venta de un bien único⁹⁵, la STS de 25 de junio de 2008 admite el ejercicio de la acción de división, a pesar de que la herencia no había sido dividida, por ser el bien que se trataba de dividir el bien principal de una herencia que *de facto*, salvo bienes de menor importancia, ya había sido distribuida, y, dado que el bien era ocupado por el coheredero demandado, la indivisión prolongaría una situación que perjudicaba claramente a los demás coherederos. Se aduce además un argumento de economía procesal: no era necesario seguir un proceso de división para llegar a un resultado «que ha de ser muy próximo al que se presenta ya en autos, en vista de la composición del caudal».

Para salvar el obstáculo del artículo 1068 del Código civil interpretó el Tribunal Supremo que, si bien la norma dispone que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados, ello no permite entender que si falta la partición los herederos no tienen la propiedad, o al menos no en todos los casos, pues no sucede así en los casos de heredero único ni en los de existencia de un solo bien en el caudal, además —se afirma— de que cabe una actuación de todos los coherederos respecto del bien, luego, en cierto modo, se les reconoce el poder de disposición propio de un derecho concreto.

En la diferenciación entre las dos acciones divisorias la STS de 25 de junio de 2008⁹⁶, otorga relevancia, además de a su distinto origen y objeto y a su legitimación y condiciones de ejercicio, a un elemento de mayor interés: la posibilidad de que, como efecto de su ejercicio, la *actio familiae erciscundae* resulte en la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios por medio de la partición y, por ende, en la constitución de una comunidad ordinaria que prolonga la situación de indivisión sobre el patrimonio, posibilidad que no se produce en el ejercicio de la *actio communi dividundo* ya que «mientras que la de división da por finalizado el condominio; la de partición puede, precisamente, generarlo transformando la comunidad hereditaria en una comunidad ordinaria, atribuyendo a los coherederos la copropiedad sobre los bienes hereditarios».

Como hemos señalado, en el caso resuelto por la STS de 25 de junio de 2008 se habían llevado a cabo *de facto* distintas particiones parciales, lo que, unido a las necesidades de justicia derivadas de la necesidad de poner fin a la ocupación del inmueble por un solo coheredero, resultó determinante en la decisión. Es interesante señalar que la existencia en la herencia de un bien de valor económico muy superior a los demás se asimila al supuesto

en el que, desde un inicio, existe un solo bien en la herencia, caso en el que cabe entender que falta el presupuesto objetivo —la pluralidad de bienes y derechos— para la existencia de la comunidad hereditaria, considerándose constituida automáticamente por la aceptación expresa o tácita de la herencia una comunidad ordinaria sobre dicho bien⁹⁷.

En consecuencia, no se trataría tanto de si el ejercicio de la acción de división hereditaria debe o no preceder a la divisoria común como de distinguir con claridad las situaciones. Siendo la doctrina general la de que en los casos de comunidad hereditaria no dividida faltan los presupuestos (arts. 1068 y 392 CC) para el ejercicio de la *actio communi dividundo*, en los casos en que existe un solo bien en la herencia (o uno principal) quedaría directamente constituida por la aceptación una comunidad ordinaria sobre el bien único de la herencia (o transformada automáticamente por la propia aceptación la comunidad hereditaria en ordinaria) que puede entonces dividirse mediante el ejercicio de la acción divisoria común, o, de resultar indivisible, por la vía del 404 del Código civil⁹⁸.

La situación puede apreciarse también sobrevenidamente. Cuando existió inicialmente una comunidad hereditaria que, en virtud de distintas adjudicaciones parciales convenidas entre los coherederos ha quedado reducida a un solo bien puede entenderse automáticamente extinguida y transformada en una comunidad ordinaria sobre ese único bien por disposición de la propia ley, por no poder subsistir la comunidad hereditaria cuando falta la pluralidad de bienes, pudiendo los coherederos ejercitar para salir de esta situación la *actio communi dividundo*. De hecho, en la STS de 21 de julio de 2008, enfrentado de nuevo al problema pero en un supuesto en el que permanecían en la herencia una pluralidad de bienes, el Tribunal Supremo denegó el ejercicio de la acción de división, por no mediar partición y adjudicación de los mismos⁹⁹.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha abordado también la cuestión, siguiendo este último criterio. La SAP de León (secc. 1.ª) de 22 de febrero de 2017 (con cita de la SAP de Cáceres de 27 de febrero de 2014) entiende que, en un discurso lógico, la *actio familiae erciscundae* habría de ser un presupuesto necesario de la *actio communi dividundo*, y la aplicación del artículo 1062 del Código civil a los supuestos de división no sería automática, pues entre ambas acciones median diferencias, razón por la que algunas sentencias declaran la improcedencia de la *actio communi dividundo* cuando no existe un condominio, sino una comunidad hereditaria¹⁰⁰.

La consecuencia es que, no habiéndose distribuido la herencia y adjudicado bienes concretos a los coherederos, no se produce el efecto de atribución dominical del artículo 1068 del Código civil¹⁰¹, y tampoco concurre el presupuesto del artículo 392 del Código civil, puesto que los comuneros carecen del derecho de propiedad sobre el bien que pretenden dividir, lo

que impide extinguir la comunidad mediante el ejercicio de la acción de división de la cosa común.

8. CONTEXTO EN EL QUE SE REFIERE LA JURISPRUDENCIA A LA POSIBILIDAD DE TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN ORDINARIA

El reconocimiento por la jurisprudencia de la posibilidad de salir de la comunidad hereditaria por vía de su transformación en una comunidad ordinaria ha tenido tradicionalmente por objeto el de declararla como una de las formas válidas de llevar a cabo la partición y aclarar las dudas sobre su eficacia para poner fin a la situación de comunidad hereditaria. La consecuencia jurídica es el reconocimiento a cada uno de los partícipes en la nueva comunidad de la facultad de disfrutar y administrar los bienes, ejercer los derechos de la comunidad en provecho de los demás condueños (STS de 21 de octubre de 1951) y ejercitar las acciones que a todos ellos correspondan (SSTS de 4 de abril de 1921 y 18 de diciembre de 1933), entre las que figuran, por ejemplo, la de retracto y la de división de la cosa común.

Sin embargo, en la jurisprudencia reciente en la que se hace referencia a la partición por transformación es frecuente que esta posibilidad no constituya en realidad un elemento esencial del razonamiento para la resolución del caso planteado. Al contrario, a menudo se alude a ella solo con el fin de afirmar la doctrina de la Sala Primera acerca del significado y función propias de la partición y de sus efectos, sobre todo de los posesorios, y no en relación directa con la transformación de la comunidad hereditaria.

Interesa, por lo tanto, plantearse en qué contexto se refiere la jurisprudencia a la posibilidad de pasar de la comunidad hereditaria, por vía de la partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, romana o por cuotas y qué uso se hace de la figura, lo que reclama el análisis detenido de los pronunciamientos.

A) La transformación como forma válida de llevar a cabo la partición. Determinación de la acción divisoria

Existen resoluciones del Tribunal Supremo —las más antiguas— en las que el tema discutido es, precisamente, el de la admisibilidad del acuerdo de los coherederos para la adjudicación de cuotas pro indiviso sobre los bienes hereditarios a través de la partición. En estos casos, se trata de determinar si puede atribuirse carácter particional a tal acuerdo y, en consecuencia, darse por extinguida la comunidad hereditaria en virtud del mismo, siendo la indivisión en la que los bienes se encuentran tras la adjudicación la propia

de una comunidad ordinaria y rigiéndose por sus reglas, lo que, a su vez, permite a esta jurisprudencia dilucidar las cuestiones sobre la viabilidad del ejercicio de derechos y acciones por los copartícipes y la apreciación del interés o beneficio de la comunidad.

En todos los supuestos planteados, el Tribunal Supremo confirma invariablemente la admisibilidad del acuerdo, al que atribuye carácter particional, y su eficacia para salir de la indivisión hereditaria constituyendo una comunidad ordinaria entre los sujetos sobre todos o alguno de los bienes, aclarando que en tales supuestos no subsiste en modo alguno la comunidad hereditaria, aunque se mantenga la situación de indivisión, sino que ha quedado extinguida por una partición que cabe dentro del ámbito de la libertad negocial de los coherederos con los efectos correspondientes en cuanto al régimen regulador de la situación, lo que principalmente se utiliza para determinar la acción divisoria a ejercitar.

Entre las primeras decisiones que se enfrentan a la cuestión figura la STS de 16 de abril de 1930. Su interés principal radica en la afirmación de que el acto de transformación supone la individualización de los derechos de los coherederos, quedando extinguida la comunidad entre los mismos y constituidas tantas comunidades ordinarias como bienes distribuidos, con la consecuencia jurídica de que cualquiera de los comuneros puede a partir de ese momento decidir mantenerse en la comunidad o instar la división¹⁰². El Tribunal Supremo entendió que, aunque los bienes tenían procedencia hereditaria y fueron adjudicados en común y pro indiviso «no por ello subsistió el conjunto o universalidad patrimonial, sino que, al contrario, por el hecho de la adjudicación se individualizaron los derechos en cuanto al dominio sobre cada uno y quedaron establecidas tantas comunidades como bienes distribuidos, siendo innegable que cada copartícipe adquirió el derecho de continuar en la comunidad o de romperla en cualquiera de los bienes». De entender otra cosa se desconocería lo que preceptúa el artículo 1068 del Código civil, al atribuir a cada heredero la propiedad exclusiva de las cosas que les hayan sido adjudicadas, así como el 400 del mismo cuerpo legal.

La STS de 21 de abril de 1951 concede relevancia a la finalidad de los copartícipes que, tras las operaciones particionales, decidieron conservar entre ellos una comunidad de bienes, negocios y rentas para hacer frente con mayor facilidad a sus deudas. El Tribunal Supremo acudió a las normas de interpretación de los contratos (arts. 1282 y 1285 CC) para fijar la intención y alcance de los actos realizados por los coherederos, entendiendo de los términos utilizados que: «[...] los herederos decidieron continuar respecto a los bienes heredados en la misma situación de hecho en que se hallaban antes de la partición, por estimar que poniendo en común los bienes y rentas de todos, podrían reunir más fácilmente los fondos precisos para hacer

frente a sus deudas, situación de hecho que en nada pugna con las normas legales vigentes, y que, al ser reconocida en la sentencia no puede significar una aplicación indebida del artículo 392 del Código civil».

La cuestión de si las adjudicaciones de cuotas indivisas sobre los bienes que integran el haber hereditario implican o no concreción de sus derechos indeterminados en titularidades específicas se plantea de nuevo en la STS de 20 de febrero de 1984. El Tribunal Supremo entendió que la escritura pública de partición contenía una concreta atribución de los bienes de la herencia a favor de los herederos, sin que pudiera sostenerse que por haberse llevado a cabo la partición mediante la adjudicación de bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, aquella no había tenido lugar. La cual se recogió también en la STS de 6 de octubre de 1997¹⁰³.

Una de las decisiones con mayor influencia en la jurisprudencia posterior es la STS de 20 de octubre de 1992. Siguiendo criterios anteriores (entre otros los de la STS de 20 de febrero de 1984), la sentencia reitera la autonomía negocial que corresponde a los herederos para, por acuerdo unánime de todos ellos, partir la herencia del modo que tengan por conveniente. Esta libertad se extiende a la elección de la forma de salir de la indivisión de la comunidad mediante la partición, y alcanza a la posibilidad de hacerlo mediante la creación de una nueva situación comunitaria a la que es también propia la indivisión de los bienes¹⁰⁴: «la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero [...]».

En el supuesto resuelto, la constitución de la comunidad ordinaria por los coherederos trataba de mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia, y, especialmente, del negocio incluido en la misma, cuya explotación, dirección y administración se atribuyó a algunos de los hermanos. La comunidad ordinaria se orientaba en este caso a obtener de los negocios y de los demás bienes ganancias partibles, incluyéndose en los acuerdos entre los coherederos previsiones sobre su distribución¹⁰⁵.

En otras ocasiones, el objeto principal de la *liits* ha sido el de determinar qué acción corresponde ejercitar para la división del patrimonio tras el acuerdo de los herederos de adjudicarse los bienes en pro indiviso lo que, *de facto*, nos devuelve a la cuestión de si dicho acto supone una verdadera partición, apta para poner fin a la comunidad hereditaria. Se afirma entonces que, extinguida la comunidad hereditaria por aquel acuerdo, lo que ahora existe es un conjunto de comunidades ordinarias y, por lo tanto, la *actio communi dividundo* (y no la *actio familiae erciscundae*) es como hemos visto la vía general adecuada para salir de la indivisión (STS de 8 de marzo de 1999 y 5 de junio de 1998)¹⁰⁶.

B) La transformación en relación con el carácter particional del acuerdo y sus efectos sobre las facultades de los coherederos. Aplicación al desahucio por precario entre coherederos

Entre las más recientes, prácticamente todas las resoluciones tanto de las Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo se refieren a esta forma de extinción de la comunidad hereditaria en relación con el contenido del artículo 1068 del Código civil, y al hilo de supuestos en los que lo que en realidad se discute es un conflicto posesorio entre coherederos que lleva a plantear la viabilidad del desahucio por precario entre estos mientras la herencia permanece en situación de indivisión. La jurisprudencia reproduce —tomándola de la jurisprudencia anterior— una argumentación en la que la cuestión que nos ocupa no se presenta en relación directa con la principalmente planteada, sino como parte de un discurso jurídico en el que lo que se afirma es la virtualidad exclusiva de la partición para transformar las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas y las posibilidades de actuación jurídica que ello implica.

Es en este contexto en el que se emplea la afirmación de que es posible salir de la indivisión hereditaria por medio de la adjudicación de cuotas, integrada en un argumento sobre los efectos de la partición que se toma un tanto inercialmente de algunas resoluciones en las que formaba parte del supuesto a debate, y que se utiliza para diferenciar, a efectos posesorios, la fase anterior y la posterior a la partición y las facultades que corresponden a los copartícipes en una y otra.

En estos casos, la referencia a la adjudicación de cuotas en pro indiviso sobre los bienes hereditarios por parte de los coherederos se realiza solo con el fin de recordar su virtualidad como forma de salir de la indivisión hereditaria e individualizar los derechos de los coherederos, situándola en el mismo plano que la adjudicación de titularidades exclusivas sobre bienes concretos, pero sin que sea esa la cuestión planteada. Lo que importa constatar, a los efectos de la cuestión central de la viabilidad de la acción de desahucio contra el coheredero que posee en exclusiva alguno de los bienes comunes, es que la atribución de titularidades dominicales sobre bienes específicos —sea en exclusiva o en pro indiviso— solo tiene lugar, conforme al artículo 1068 del Código civil, como efecto de la partición y que solo a partir de la misma puede admitirse el uso exclusivo y excluyente de los bienes de los que se resulta titular pues, hasta entonces, la indivisión hereditaria solo autoriza su posesión colectiva sobre la base de un derecho abstracto e indeterminado proyectado sobre el patrimonio, y solo cabe reclamar a beneficio de la comunidad.

Entre las recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 28 de febrero y 29 de julio de 2013, 14 de febrero de 2014 y 14

de septiembre de 2016, hacen uso de la doctrina anterior sobre el efecto de atribución de titularidad dominical de la partición con el objeto particular de resolver un conflicto posesorio entre coherederos. El razonamiento se dirige, como hemos avanzado:

a) De un lado, a distinguir la situación posesoria y las facultades dominicales que corresponden a los coherederos en los momentos anterior y posterior a la individualización de su derechos a través de la partición, que es lo que interesa a los efectos del desahucio, asumiéndose una consolidada doctrina sobre esta materia consistente en el reconocimiento a los coherederos de la posibilidad de hacerlo mediante la adjudicación de cuotas indivisas, con lo que, a nuestro juicio, se quiere ilustrar mejor las opciones a disposición de los coherederos para salir de la indivisión;

b) De otro, al reconocimiento expreso del carácter particional a ese negocio a todos los efectos, aclarando, además, que esa forma de practicar la división constituye automáticamente una comunidad ordinaria regida por las normas de los artículos 392 y siguientes del Código civil. Entre esos efectos se cuenta la necesidad de aprobación judicial de la partición así realizada cuando ha intervenido el tutor, pues, como señala la RDGRN de 6 de noviembre de 2002, «no puede decirse que en realidad no existe partición al hacerse las adjudicaciones en partes *proindiviso*, pues tal adjudicación trae consigo consecuencias civiles, fiscales y de todo orden, que requieren, en un sistema como el nuestro de tutela de autoridad, la aprobación de la autoridad judicial».

La cuestión material debatida en las resoluciones a las que sirve esta doctrina es, en todos los casos recientes, la necesidad de procurar la protección posesoria de las cosas comunes durante la indivisión que conlleva la situación de comunidad hereditaria ante una situación de lesión o perjuicio derivado de la posesión exclusiva de un bien hereditario por parte de un coheredero.

El ejercicio de la acción de desahucio por precario ha encontrado el obstáculo, derivado de su noción misma, de que la posición del coheredero que usa de la cosa común en exclusiva y sin autorización difícilmente puede asimilarse inmediatamente a la de un precarista, porque, como se ha señalado, la cosa para él no es ajena (STS de 30 de marzo de 1968), o no lo es enteramente. Esta circunstancia unida a la frecuencia con que se presenta en la práctica el supuesto que planteamos había motivado una diversidad de criterios jurisprudenciales, sobre todo entre las Audiencias Provinciales, en cuanto a la viabilidad de la acción cuando se ejercita entre coherederos.

En particular, se sostenía en algunas resoluciones, como las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008 y 26 de febrero de 2008, que el heredero que posee con carácter exclusivo bienes de la herencia no se

encuentra en una situación posesoria de ausencia de título, sino ante un posible abuso en el ejercicio de tal derecho, un exceso que necesariamente comporta el implícito derecho a poseer la cosa en cuestión, ostentando un título legitimador de su posesión considerado incompatible con el éxito de una acción de desahucio por precario (Sentencias de la Audiencia Provincial de Tenerife de 19 y 26 de febrero de 2001 y de 13 de junio de 2001).

La cuestión se resolvió inicialmente por la STS de 16 de septiembre de 2010. Tras analizar las soluciones ofrecidas por las Audiencias Provinciales¹⁰⁷, el Tribunal declara la viabilidad del desahucio por precario instado por los coherederos mayoritarios frente al minoritario cuando la herencia permanece indivisa y afirma, sobre el artículo 1068 del Código civil, que la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, «bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (art. 392 CC), (SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008)».

En consecuencia, el elemento esencial es la consolidada doctrina de la Sala de que hasta que tenga lugar la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho —lo que incluye la adjudicación de cuotas en pro indiviso como modalidad o forma de practicarla—, los herederos no adquieren la propiedad exclusiva de ninguno de los bienes hereditarios (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007), sino que los poseen en común. No obstante, debe observarse que la de la posesión en común es una norma de carácter supletorio. Los coherederos pueden convenir o el testador haber dispuesto, las reglas dirigidas a ordenar la situación posesoria de los bienes indivisos, incluidas asignaciones de posesión exclusiva de alguno o algunos de los bienes comprendidos en la herencia a uno o más de los coherederos, y en este contexto es preciso entender el artículo 450.1 del Código civil.

La sentencia señaló el camino para decisiones posteriores. Como un efecto normal de la partición, o como un modo de satisfacer su objeto calificó la situación la STS de 28 de febrero de 2013¹⁰⁸, admitiendo la partición realizada con la finalidad de adjudicar titularidades en pro indiviso, que deja sujeta la comunidad resultante a las normas de la comunidad ordinaria, de nuevo ligadas al objeto y efectos propios de la partición. Se reiteran, como harán decisiones posteriores, dos afirmaciones centrales: de un lado, que el objeto de la partición no es otro que la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, y, de otro, que estas titularidades concretas pueden serlo bien en propiedad exclusiva, bien en pro

indiviso, reiterando la afirmación, de que «efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (art. 392 CC)».

El argumento de fondo sigue remitiendo a la función propia de la partición y a sus efectos: mientras la partición no se produzca, los herederos no adquieren la propiedad exclusiva de ningún bien hereditario (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007), ya que solo la partición puede atribuir el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia, a condición de que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1989 y 5 de marzo de 1991). En consecuencia, debe rechazarse durante el estado de indivisión hereditaria el uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado o particular coheredero. Lo importante a los efectos de la transformación de la comunidad hereditaria es que la partición resulte en la atribución a los coherederos de titularidades concretas sobre bienes determinados de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario y que correspondan a su participación abstracta en la masa hereditaria, esto es, que quede dividida jurídicamente, y lo accesorio si dichas titularidades se adjudican en exclusiva o en pro indiviso.

Debe observarse que el reconocimiento que las SSTS de 16 de septiembre de 2010 y 28 de febrero de 2013 realizaron de la viabilidad del precario entre coherederos tuvo lugar bajo ciertas condiciones: la acción debía ejercitarse por los coherederos que representaban la participación mayoritaria en la comunidad frente al coheredero minoritario; debía ejercitarse, no para sí, sino en beneficio de la comunidad hereditaria y se acudía a la doctrina del abuso del derecho como *ratio* última de la viabilidad del desahucio. Ambas sentencias dejaron intacto el problema del beneficio que la posesión exclusiva y sin pago de renta había reportado a quien la disfrutó indebidamente, y de la forma de liquidación del estado posesorio y restitución a los demás copartícipes de aquella ventaja o provecho.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2014 y 14 de septiembre de 2016 reiteraron esta doctrina legal. En particular, la segunda decisión aborda de nuevo la cuestión del enfrentamiento entre posesiones en litigio, ponderando, de un lado, la protección posesoria de los bienes comunes de la herencia indivisa y, de otro, la protección específica del coheredero poseedor:

«En primer término, el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de la protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el periodo de indivisión de la misma (arts. 445 y 450 CC), de forma que aunque se admite la coposesión, y su tutela, ello no

autoriza a ningún coheredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece *pro indiviso* a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación objetiva del derecho de posesión del coheredero y como tal un perjuicio o despojo injustificado para el resto de los coherederos. En segundo término [...], el recurso práctico hacia la viabilidad en estos supuestos del controvertido desahucio por precario no debe entorpecer la aplicación paulatina de la protección específica de la posesión [...] pues el coheredero poseedor no tiene la posición de un mero precarista (sin título alguno, salvo la simple tolerancia)».

Entre la jurisprudencia menor¹⁰⁹ es común aplicar a la viabilidad de la acción de desahucio entre los coherederos y a otras situaciones en las que se discute principalmente el ejercicio de la acción divisoria la doctrina contenida en la STS de 16 de septiembre de 2010 y reiterada después en las decisiones del Tribunal Supremo examinadas de que el objeto de la partición hereditaria no es otro que la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, ya se atribuyan en propiedad exclusiva o en pro indiviso. La argumentación remite, en definitiva, a la naturaleza propia de la comunidad hereditaria, y sirve de nuevo a la distinción entre las facultades posesorias y dominicales de los coherederos en los momentos anterior y posterior a la partición. Se trata, pues, ante todo, de una aplicación del artículo 1068 del Código civil, a través de la cual se recoge una reiterada jurisprudencia que caracteriza el periodo de indivisión previo a la partición hereditaria.

En este estado de indivisión, la posesión exclusiva de un bien por uno de los coherederos no puede ampararse, pues la partición tiene atribuido el carácter de operación complementaria para la transmisión de los bienes conforme al artículo 1068 del Código civil, resultando indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes determinados de la herencia (SSTS de 3 de junio de 2004, 17 de diciembre de 2007, 16 de septiembre de 2010), de modo que, de un lado, no cabe admitir un uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado coheredero, por considerarse un ejercicio abusivo y una extralimitación objetiva del derecho que implica la coposesión y, de otro, y, por la misma razón, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria (STS de 25 de junio de 1995). Esta última afirmación permite concluir que el Tribunal Supremo aplica el desahucio por precario no solo a la carencia de título legitimador, sino a la carencia de título suficiente para el uso del derecho siempre que se reclame por quien o quienes ostenten la mayoría de los intereses de la comunidad hereditaria [SAP de Las Palmas (secc. 5.ª) de 15 de junio de 2017].

La viabilidad del desahucio por precario resulta así un remedio práctico y ventajoso para los coherederos, que se concede con el objeto de revertir una situación de hecho, esto es, para retornar la posesión del bien común a la totalidad de los coherederos a quienes corresponde colectivamente mientras la partición no tenga lugar¹¹⁰. Y porque conceptualmente su derecho, aislado de la situación posesoria, es cualitativamente idéntico al de los demás coherederos, la acción se concede como un beneficio que solo prosperará cuando se ejercite por los coherederos que representen la mayoría de intereses en la comunidad hereditaria y actúen en beneficio de esta.

C) Cuestión de la legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio por precario

El criterio que a menudo determina la solución de los casos planteados no es otro que el de si existe o no legitimación para el ejercicio de la acción, vinculado a la cuestión de si realmente se ha producido o no la partición por medio de la transformación.

Es claro que en el periodo de indivisión que precede a la partición ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria. Ahora bien, el estudio de estos pronunciamientos revela la trascendencia de la cuota que se representa: aunque no se incluya en la fundamentación, prácticamente en la totalidad de los casos la jurisprudencia, reconociendo a los coherederos del carácter de poseedores reales¹¹¹, acuerda el desahucio cuando la acción se ejercita por los coherederos mayoritarios contra el que, poseyendo en exclusiva alguno de los bienes, representa una cuota ideal minoritaria¹¹². En cambio, cuando la acción se ejercita por uno solo de los coherederos, o por el conjunto de los que representan intereses minoritarios en la comunidad, se admite sin restricción cuando entabla frente a terceros, que no forman parte de la comunidad hereditaria, pero plantea más dudas, aunque se litigue en nombre de la comunidad, cuando quien posee en exclusiva es uno o varios coherederos mayoritarios durante el periodo de indivisión¹¹³, resolviéndose a menudo mediante la remisión al ejercicio de la acción por el procedimiento ordinario por razón de la cuantía.

El criterio se aplica de forma subliminal, como observa la SAP de A Coruña (Secc. 6.^a) de 10 de marzo de 2006: «subliminalmente se tiene en cuenta la cuota ideal del derecho a poseer que tiene cada una de las partes en el conflicto, y cuando en una de ellas coincide la doble condición de copartícipe minoritario y poseedor en exceso, se decreta el desahucio, teniéndose muchos más problemas cuando al tiempo se es el titular de la cuota hereditaria mayoritaria y, si bien aparece como referente necesario la comunidad como ente a favor del cual se ejercitan las acciones frente

a los coherederos, este planteamiento resulta menos convincente cuando bajo aquella cobertura accionan varios coherederos frente al mayoritario».

En esta doctrina, pues, es la forma de atribución de la titularidad como efecto de la partición lo que permite acudir a la transformación de la comunidad hereditaria en ordinaria, con el objeto de recordar de nuevo que tal acto constituye igualmente partición. La transformación de las facultades de los coherederos que señala el momento de la partición se produce en este caso, a los efectos, entre otros, del desahucio, tanto si esta tiene lugar mediante la atribución de titularidades exclusivas sobre bienes concretos como si se atribuyen en proindivisión, puesto que se trata en ambos casos de medios admitidos en Derecho para realizar la partición.

Lo que realmente hace a la cuestión debatida no es tanto la mención de las formas de salir de la comunidad hereditaria por vía de la partición, sino la afirmación de que solo esta es capaz de obrar la transformación o individualización del derecho de cada coheredero en una titularidad dominical exclusiva, sea sobre un bien o sobre una cuota del mismo, pues ambas consiguen materializar el derecho y satisfacen el objeto propio de la partición.

9. ACCESO REGISTRAL DE LA PARTICIÓN EN LA QUE LOS COHEREDEROS SE ADJUDICAN EN PRO INDIVISO LOS BIENES HEREDITARIOS

Para que la partición en la que los coherederos acuerdan adjudicarse en pro indiviso los bienes de la herencia pueda tener acceso al Registro de la Propiedad es precisa, como hemos señalado, la unanimidad, por lo que deben concurrir a la misma quienes tienen derechos sobre la herencia, es decir los coherederos y los legitimarios, los legatarios de parte alicuota y el cónyuge, si lo hubiere, por su cuota legal en la herencia.

Es a los efectos del título sucesorio para la inscripción registral donde encontramos reconocimiento normativo explícito de las adjudicaciones de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios, equiparadas en su tratamiento al de las inscripciones de los propios bienes. Lo hace el artículo 14, 2.º LH al tratar del título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro, estableciendo que «Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero[...]», exceptuando de la regla general solamente el caso de heredero único, para el que, no habiendo legitimarios, ni comisario o persona autorizada para administrar la herencia, se admite la inscripción directa a su favor de los bienes y derechos de los que era titular registral el causante. La porción ideal de cada uno de los condueños de las partes indivisas de la

finca o derecho ha de fijarse, de conformidad con el principio de determinación, «con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente» (art. 54,1.º RH).

La norma hipotecaria establece, pues, tanto para la inscripción derivada de la partición que se verifica mediante la adjudicación de bienes o derechos concretos en titularidad exclusiva como para aquella en la que, en todo o en parte, se adjudican cuotas indivisas sobre los mismos, y tanto para la que se verifica convencionalmente como para la que tiene lugar con intervención judicial, una exigencia común: la determinación de los bienes o cuotas adjudicadas a cada heredero. La determinación ideal de las cuotas, imprescindible en aras de la necesaria claridad que precisa el cumplimiento del principio de determinación registral (RDGRN de 13 de abril de 2000) habrá de constar necesariamente en alguno de los dos títulos que se expresan, escritura pública o sentencia firme, en función de la forma de partición, convencional o judicial, empleada.

La ausencia de determinación en la atribución de bienes, cuotas o partes indivisas de cada condueño, en cambio, solo autoriza la práctica de la anotación preventiva del derecho hereditario «in abstracto», conforme al artículo 46 LH. A estos efectos, la exigencia del artículo 54,1.º RH impone la necesaria fijación o extensión de la porción ideal de cada partícipe, sin que pueda sustituirse por la presunción de igualdad de las cuotas conforme al artículo 393 del Código civil ni por referencia a cálculos numéricos basados en datos ajenos al propio Registro. La presunción de igualdad contenida en el precepto del artículo 393 del Código civil dado su carácter en modo alguno define la verdadera extensión del derecho inscribible como exige el principio de especialidad (RRDGRN de 6 de noviembre de 1966, 2 de junio de 2010, 8 de octubre de 2012), lo que se predica igualmente de otras presunciones de igualdad de las cuotas, como la del artículo 1138 del Código civil respecto de los créditos o deudas mancomunadas. Esta doctrina contiene también la RDGRN de 25 de octubre de 2018, para la que la determinación alcanza a la claridad sobre las titularidades en pro indiviso que se tienen en nuda propiedad, en pleno dominio o en usufructo vitalicio, pues la naturaleza y extensión del derecho objeto de inscripción son circunstancias esenciales de la inscripción, conforme al artículo 51,6.º RH.

La nueva redacción dada al artículo 14,1.º LH, primero por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y posteriormente por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, ha determinado una ampliación del título sucesorio a efectos del Registro, que incluye actualmente, además del testamento o el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, la declaración administrativa de heredero abintestato realizada a favor del Estado o, en su caso, de la comunidad autónoma y el certificado sucesorio

européo previsto en el RCSE 650/2012. No obstante ha de tenerse en cuenta, como ha señalado DOMÍNGUEZ LUELMO, que los títulos enumerados no deben equipararse, pues tienen para el Registro distinto significado, función y efectos¹¹⁴.

El artículo 80 RH admite explícitamente una vía común para el acceso registral «de bienes hereditarios o cuotas indivisas de los mismos». La inscripción requerirá la presentación, en el caso de ser varios herederos y referirse a la totalidad de los bienes de la «escritura de partición, escritura o, en su caso, acta de protocolización de operaciones particionales formalizadas con arreglo a las Leyes, o resolución judicial firme en la que se determinen las adjudicaciones a cada interesado» (art. 80, 1, a.), pero si la adjudicación se refiere solamente a una parte del caudal, bastará la presentación de la escritura pública «a la que hayan prestado su consentimiento todos los interesados» (art. 80,1,c.).

10. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA CON CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD DE BIENES CUANDO EXISTEN CUOTAS HEREDITARIAS GRAVADAS

La disolución de la comunidad hereditaria por vía de la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes que la integran plantea la cuestión de qué ocurrirá con los derechos de los acreedores y, en su caso, con los bienes o cuotas hereditarias que se encontrasen gravadas al tiempo de la extinción. Téngase en cuenta que la transformación de la comunidad afecta a la responsabilidad de los coherederos y, por ende, a la garantía de sus créditos, especialmente si se entiende que en virtud de la misma desaparece la responsabilidad solidaria por las deudas de la herencia que alcanza a los coherederos. Se hace preciso, pues, buscar un equilibrio entre el ejercicio de la facultad divisoria que corresponde a los coherederos y la protección y garantía de los créditos.

Para el Tribunal Supremo, el eventual conflicto entre los cotitulares dominicales y el derecho de los acreedores se resuelve primando la extinción de la situación de condominio (STS de 28 de enero de 2011), pero, al mismo tiempo, salvaguardando los derechos de terceros, lo que implica que los acreedores podrán solicitar la adopción de medidas cautelares, pero no impedir la división, sin perjuicio de que, si existe oposición expresa de un acreedor, quedará abierta la vía de la acción de impugnación. Los derechos individuales de los acreedores se concretarán en la parte adjudicada sin perjuicio de ese derecho de impugnación (Sentencia de 28 de febrero de 1991).

Cuando la partición tiene lugar por medio de la transformación de las cuotas hereditarias en cuotas de una comunidad ordinaria o mediante la

aportación de aquellas a una sociedad, los acreedores hereditarios pueden, como en cualquier partición, oponerse a la misma (arts. 1082 CC y 782,4.º LEC), o, más exactamente, a su culminación mediante las adjudicaciones de cuotas, facultad concedida como medida de protección de la unidad e integridad del patrimonio, hasta tanto no se satisfagan o afiancen sus créditos. El artículo 782.3 de la LEC protege, no obstante, el desenvolvimiento de las operaciones previas de la división, al permitirles ejercitar en cualquier momento las acciones que les correspondan para reclamar sus créditos contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, a través del juicio declarativo que corresponda, pero sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia.

La norma procesal permite entender que la facultad reconocida a los acreedores de la herencia —una «facultad de inspección» para el Tribunal Supremo— podría ejercitarse incluso después de verificada la partición, pues el artículo 782, 4 LEC sitúa el límite temporal de dicho ejercicio en cualquier momento anterior a la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero. En el supuesto de transformación de la comunidad hereditaria, sin embargo, no hay adjudicación —ni entrega, claro está— de bienes concretos a los coherederos, por lo que entendemos que dicho límite temporal habrá de quedar señalado en el acto particional por el que tiene lugar la adjudicación de las cuotas indivisas, pues a partir de ese momento los coherederos transforman su derecho sobre el patrimonio indiviso de la herencia en uno concreto que se hace efectivo sobre una parte indivisa de cada uno de los bienes que la integran, de la que se hacen titulares definitivos, sin necesidad de acto alguno posterior.

Además de oponerse a la partición, los acreedores reconocidos pueden también ejercer el derecho a pedir la intervención del caudal hereditario (art. 792.2 de la LEC), si bien, si se hubieran opuesto a la partición, no se acordará la cesación de la intervención hasta que se produzca el pago o afianzamiento (art. 796.3 LEC). Les corresponde así mismo, si la herencia no está aceptada pura y simplemente, la legitimación para solicitar la declaración de concurso, en los términos del artículo 3.4 de la Ley 22/2003 y, por lo tanto, para solicitar las medidas cautelares previas a la declaración del artículo 17 de la Ley.

Producida la extinción de la comunidad hereditaria mediante la adjudicación de cuotas indivisas sin haber atendido las deudas, los acreedores tienen a su disposición la facultad de exigir el pago de las mismas conforme al artículo 1084 del Código civil y podrán ejercitar su derecho sobre las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos en la nueva comunidad, con el alcance del precepto en cuanto a su responsabilidad. La transformación en el derecho de los coherederos no puede afectar al de los acreedores, de modo que las cargas que pesaban sobre los bienes hereditarios resultaran

distribuidas en la partición entre las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos en proporción a su derecho, y pasarán a gravar a los condóminos en la comunidad ordinaria que surge de dicha partición.

Hasta tanto se verifique la partición, los acreedores de los herederos, sin perjuicio de los derechos reconocidos en relación con la partición, solo podrán ejercitar sus derechos sobre el patrimonio privativo del coheredero deudor y, por lo tanto, sobre su derecho hereditario *in abstracto*, que puede ser anotado preventivamente, lo que ya supone a través de la publicidad registral protección para el acreedor frente a eventuales transmisiones o situaciones de embargo y ejecución sobre los bienes (art. 46 LH). Pueden también intervenir en ella para prevenir que se realice en fraude o perjuicio de sus derechos, en los términos del artículo 1083 del Código civil y 782. 5 de la LEC y, en su caso, impugnarla.

Concretado el derecho hereditario de los coherederos en una cuota o una pluralidad de cuotas en pro indiviso sobre los bienes en la comunidad constituida, los acreedores podrán hacer efectivos sus créditos sobre esta. Registralmente se encuentran legitimados para practicar la anotación preventiva de derecho hereditario (art. 46 LH), si bien, al no poder hacerlo por simple solicitud, parece que sería precisa la providencia judicial¹¹⁵.

La cuestión de si sobre el derecho hereditario anotado preventivamente a favor del heredero puede practicarse después anotación preventiva de embargo debe contestarse afirmativamente, si bien según la RDGRN de 1 de febrero de 2014, el acreedor que la pretenda deberá acreditar que tiene derecho a instarla, bien por solicitud, si se trata de un acreedor de los previstos en el artículo 146. 4 RH, o bien acudiendo en otro caso al procedimiento especial regulado en el artículo 57 LH. Por otra parte, esta condición no le exime de acreditar los extremos requeridos para practicar la anotación preventiva, es decir, el fallecimiento del titular registral y la condición de heredero —cuando quien solicita la anotación preventiva del derecho hereditario es el heredero del titular registral—, que se exigen aquí con mayor razón, debiendo además acreditar que el deudor es heredero del titular registral y la porción hereditaria que le corresponde.

Para practicar el embargo del derecho hereditario *in abstracto* contra el heredero o legatario del titular por deudas de este, el artículo 166.1, 2.º RH determina que « [...] se harán constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad y de defunción del causante. La anotación se practicará sobre los inmuebles que especifique el mandamiento judicial en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor». La norma fundamentó la tesis de la RDGRN de 11 de septiembre de 2017 de que para anotar preventivamente un embargo sobre derechos hereditarios hace falta aportar el certificado de últimas voluntades y el título sucesorio.

La anotación de embargo podrá practicarse únicamente en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor, sin afectar a las porciones hereditarias de otros herederos, y su titular deberá ser notificado con carácter previo a la extinción del condominio, dado que el titular de las anotaciones preventivas es un titular registral, aunque ciertamente no equiparable en su posición al titular del dominio o de un derecho real.

Ahora bien, puede plantearse qué ocurre con la carga cuando estando gravada una cuota indivisa se procede por los condóminos a la extinción de la comunidad con adjudicación a cada uno de los copropietarios de una porción determinada de finca o cuando, estando gravado el derecho hereditario, se produce la extinción de la comunidad hereditaria mediante la adjudicación de cuotas indivisas a los coherederos.

La norma es que la existencia de gravámenes como el embargo o la hipoteca no afecta a las facultades de disposición de los copartícipes que pueden, sin perjuicio de los que corresponden a los titulares de las cargas, disponer de su derecho, e incluso instar judicialmente al acreedor a la ejecución de la cuota gravada cuando se difiere en el tiempo con perjuicio de terceros no deudores. Las RRDGRN de 20 de enero de 2015 y 16 de marzo de 2016 declararon que el titular de la cuota no precisa del consentimiento del acreedor para llevar a cabo la división de la comunidad, sin perjuicio de la salvaguarda del derecho de este en los términos previstos en el artículo 123 LH cuando la carga afecta a toda la finca (resoluciones de 4 de junio de 2003 y 11 de septiembre de 2017). Esta última resolución no deja lugar a dudas en cuanto al destino de la carga hipotecaria: tanto si recae sobre la totalidad de una finca como si lo hace sobre una cuota indivisa, la posición del acreedor hipotecario se encuentra plenamente garantizada, de modo que quien adquiera la finca la recibirá gravada con la correspondiente hipoteca, pues el proceso de disolución de condominio no puede, cualquiera que sea el procedimiento por el que se lleve a efecto, conllevar ningún efecto de purga de las cargas existentes sobre la finca.

Como hemos señalado, lo que trata de hallarse con estas soluciones es un adecuado equilibrio entre los intereses de las distintas partes que respete tanto la facultad de división que corresponde a los copartícipes como la posición jurídica de los acreedores, de modo que quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el embargo de la cuota no sufra un perjuicio como consecuencia de la disolución de la comunidad.

Los acreedores con cuotas hereditarias gravadas podrán, tras la partición por transformación, pedir el embargo de la cuota indivisa que corresponda al deudor en la comunidad resultante. Si se trata de un embargo administrativo, por deudas tributarias o con la Seguridad Social, los demás comuneros deberán intervenir en el procedimiento y en todo caso, «el embargo, en caso

de cuotas de participación de bienes que se posean pro indiviso, se limitará a la cuota de participación del obligado al pago y se notificará a los condóminos» (art. 76, 3, 3.º del Real Decreto 939/2005, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación del Estado). La misma solución acoge Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social en el artículo 93, 2.º: «La diligencia de embargo en caso de cuotas de participación de bienes poseídos pro indiviso se limitará a la cuota de participación del deudor y se notificará a los condóminos».

V. LA SALIDA DE LA COMUNIDAD ORDINARIA CONSTITUIDA POR TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

La comunidad ordinaria con origen hereditario prolonga la situación de indivisión del patrimonio y aboca a la necesidad de proceder, en algún momento posterior, a su extinción. Aunque transformadas las cuotas sobre el conjunto de los bienes hereditarios, la comunidad sigue haciendo a los cotitulares dueños por partes de cada uno de los bienes, y esa situación tiende a resolverse en aquella otra que nuestro ordenamiento considera normal y hacia la que tiende: la propiedad individual sobre los bienes, mediante la adjudicación de titularidades únicas, plenas y exclusivas sobre los mismos una vez que la comunidad haya cumplido su función económica o cuando los comuneros conjuntamente, o cualquiera de ellos individualmente, entiendan que resulta más beneficioso a sus intereses ponerle fin.

Con independencia del origen hereditario de los bienes, la salida de la comunidad ordinaria deberá realizarse por los medios admitidos en nuestro ordenamiento, con aplicación de las reglas de la división de la herencia y bajo el mismo régimen y condiciones que si se hubiera constituido inicialmente como tal, pudiendo instarse en cualquier momento por cualquiera de los antiguos coherederos, pues ni el origen de los bienes hereditario ni la cualidad original de los copartícipes introducen diferencias en esta facultad una vez constituida. El copartícipe puede exigir en el momento de la división que aquella se convierta en una parte real y física de cada uno de los bienes de los que es condueño, si son divisibles, sin poder ser obligado a recibir el pleno dominio de uno de los bienes y ser privado de toda participación real o material en el otro, ni siquiera cuando los bienes (o alguno de ellos) sean indivisibles pues para este supuesto la única solución es la de los artículos 404 y 1062 del Código civil.

La práctica de las operaciones divisorias no diferirá tampoco de las que habrían de llevarse a cabo en el caso de haberse mantenido la comunidad como hereditaria, con la peculiaridad de que en caso de persistir respecto

de algunos de los bienes la comunidad hereditaria por no haber alcanzado la transformación a la totalidad del patrimonio, resulta posible, mediante un solo acto, disolver las comunidades entre los mismos partícipes, aunque sean de distinta naturaleza (como la hereditaria y la ordinaria), sin necesidad de acudir al expediente de formalizar una masa común de bienes o a la previa adjudicación en pro indiviso los bienes que integrasen la comunidad hereditaria, sin perjuicio de las posibles consecuencias fiscales que pueda tener la disolución de comunidades de bienes de distinto origen (RDGRN de 24 de septiembre de 2003).

La comunidad ordinaria puede extinguirse por división dando paso a una nueva comunidad de la misma naturaleza constituida sobre parte de los bienes y con parte de los comuneros. El resultado de la división será entonces la materialización o individualización del derecho mediante la adjudicación de bienes específicos solamente respecto de alguno o algunos de ellos, prolongándose en cuanto al resto la situación de indivisión mediante la constitución de una nueva comunidad de igual naturaleza que la extinguida. La STS de 27 de mayo de 1988 admite esta forma de extinción de la comunidad ordinaria en un supuesto en que, instada la división de la cosa común por un comunero, la cosa se divide de manera que su parte se materializa o individualiza, extinguiendo la comunidad como efecto natural del acto divisorio¹¹⁶, constituyéndose una nueva comunidad sobre el resto de la que son copartícipes los demás comuneros.

No obstante, para GETE-ALONSO¹¹⁷ la conversión de la comunidad ordinaria en otra comunidad es una causa de extinción privativa de esta figura, que, como resultado de un acto voluntario o de la ley afecta a la organización de los derechos y deberes jurídicos de los comuneros, pero no implica, al menos desde el punto de vista material, alteración física del objeto sobre el que recae ni modificación del carácter plural de la titularidad.

VI. CONCLUSIONES

I. La transformación de la comunidad hereditaria en comunidades ordinarias mediante la adjudicación a los coherederos de cuotas indivisas sobre los bienes concretos que integran el patrimonio hereditario en proporción a sus derechos y haciéndose titulares exclusivos de las mismas es una forma de salir de la indivisión hereditaria mediante una partición convencional que tanto puede tener como resultado la adjudicación de bienes en propiedad exclusiva como en pro indiviso, dando paso en este último caso a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria (art. 392 CC).

II. Aunque existen opiniones contrarias, la transformación de la comunidad hereditaria implica el cese de esta, con los efectos particionales

que le son propios, sin que pueda entenderse que no se ha producido una verdadera división y adjudicación de los bienes, que la partición tiene una validez provisional o aplazada o que es meramente formal y no real, de manera que posteriormente será preciso repetir las operaciones divisorias para adjudicar a cada comunero titularidades plenas. De hecho, el potencial de la división de la herencia para generar una nueva situación comunitaria pone de relieve la verdadera esencia de la partición, la de hacer concreto lo abstracto, convertir las cuotas abstractas sobre la *universitas* en otras concretas sobre los bienes, pero sin finalizar necesariamente la indivisión (STS de 25 de junio de 2008).

III. La jurisprudencia ha reconocido la eficacia de esta forma de dividir para poner fin a la situación de comunidad hereditaria. La consecuencia jurídica es el reconocimiento a cada uno de los partícipes en la nueva situación comunitaria constituida de la facultad de disfrutar y administrar los bienes, ejercer los derechos de la comunidad en provecho de los demás condueños y ejercitar las acciones que a todos ellos correspondan, como las de retracto y división de la cosa común. La fórmula reiterada para este reconocimiento es la de que de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana.

IV. La transformación de la comunidad hereditaria, frecuente sobre todo en supuestos de sucesión de inmuebles y en la sucesión en una actividad empresarial, permite mantener temporalmente unido un patrimonio, o una parte sustancial del mismo, para su mejor administración o explotación, evitando una partición económicamente ineficiente que implique su disgregación material y conservando, al tiempo, la proporcionalidad de los derechos sobre la herencia bajo reglas de organización que, al margen de los preceptos considerados imperativos en la regulación de la comunidad ordinaria, pueden convenir a sus fines y permiten incluir los pactos que necesite dicha gestión.

V. La transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias requiere como presupuestos: que el testador no haya efectuado la partición con exclusión de la que pudieran efectuar los herederos, que no se haya impuesto por el testador o convenido por los coherederos la indivisión del patrimonio, que se realice un acto específicamente dirigido a extinguir la comunidad hereditaria por medio de su conversión o transformación en una serie de comunidades ordinarias, que exista consentimiento unánime de todos los coherederos para, que se señalen expresamente las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos sobre cada uno de los bienes en el acto de la partición y que se guarde la proporcionalidad de las cuotas asignadas a sus cuotas hereditarias y, finalmente, que se incluyan todos o parte de los bienes que integran la masa en el acuerdo

de transformación de la comunidad hereditaria. Para algunos autores y la jurisprudencia menor reciente se requiere, además, un motivo que justifique esta forma de partir, que no podría admitirse como regla general, sino solo excepcionalmente, dado que obliga posteriormente a una nueva *litis* autónoma de división de la cosa común.

VI. La transformación de la comunidad hereditaria ha servido para apoyar la interpretación del Tribunal Supremo sobre el significado, función y efectos propios de la partición, la posición y facultades de los coherederos durante la indivisión hereditaria y, la protección posesoria de las cosas comunes en situaciones de lesión o perjuicio derivado de la posesión exclusiva de un bien hereditario por parte de un coheredero durante ese periodo, a efectos de la legitimación en el ejercicio de la acción por desahucio por precario entre los coherederos. La adjudicación de cuotas en proindivisión como forma de salir de la comunidad hereditaria por medio de la partición se sitúa en términos de posibilidad en el mismo plano que la adjudicación de titularidades exclusivas sobre bienes concretos, a los efectos del artículo 1068 del Código civil y, al tiempo, permite afirmar el objeto de dicha partición y diferenciarlo de la situación anterior, la de indivisión hereditaria, en la que el patrimonio del causante se posee colectivamente y ningún coheredero puede poseer con exclusión de los demás ni reclamar para sí.

VII. En los supuestos en que la transformación se refiere a la totalidad de la herencia o a su elemento o elementos más valiosos, expresa la libertad particional de estos para constituir comunidades funcionales. Cuando la adjudicación de cuotas indivisas se produce sobre bienes hereditarios específicos de difícil o imposible división, la jurisprudencia menor, se apoya en la doctrina sobre la transformación de la comunidad hereditaria para afirmar que esta forma de dividir no solo no produce desequilibrio alguno de los lotes respectivos sino que atiende de mejor modo al principio de «igualdad cualitativa» y de «estricta equidad» (arts. 1061 y 1062 CC), si bien es preciso que dicha solución se justifique precisamente en la necesidad de mantener la igualdad entre los herederos en estos supuestos, pues no constituye la regla general para partir.

VIII. El eventual conflicto entre los cotitulares dominicales y el derecho de los acreedores en el momento de la disolución de la comunidad hereditaria por transformación se resuelve primando la extinción de la situación de condominio, pero, al mismo tiempo, salvaguardando los derechos de terceros. La anotación de embargo podrá practicarse únicamente en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor, sin que pueda afectar a las porciones hereditarias de otros herederos, y su titular deberá ser notificado con carácter previo a la extinción del condominio.

Como norma, quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el

embargo de la cuota no debe perjudicarse como consecuencia de la disolución de la comunidad. Los gravámenes como el embargo o la hipoteca no afectan a las facultades de disposición de los copartícipes que pueden, sin perjuicio de los que corresponden a los titulares de las cargas, disponer de su derecho y no precisan del consentimiento del acreedor para llevar a cabo la división de la comunidad (Resoluciones de DGRN de 20 de enero de 2015 y 16 de marzo de 2016), sin perjuicio de la salvaguarda del derecho de este (art. 123 LH) cuando la carga afecta a toda la finca (Resoluciones de 4 de junio de 2003 y 11 de septiembre de 2017).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 12 de febrero de 1904
- STS de 21 de enero de 1907
- STS de 4 de abril de 1921
- STS de 16 de abril de 1930
- STS de 18 de diciembre de 1933
- STS de 2 de marzo de 1934
- STS de 6 de noviembre de 1934
- STS de 7 de noviembre de 1935
- STS de 16 de abril de 1942
- STS de 30 de abril de 1944
- STS de 7 de enero de 1949
- STS de 9 de marzo de 1951
- STS de 21 de abril de 1951
- STS de 21 de octubre de 1951
- STS de 3 de mayo de 1956
- STS de 2 de noviembre de 1957
- STS de 27 de diciembre de 1957
- STS de 21 de octubre de 1958
- STS de 12 de diciembre de 1958
- STS de 25 de noviembre de 1961
- STS de 3 de enero de 1962
- STS de 24 de enero de 1963
- STS de 28 de enero de 1964
- STS de 2 de mayo de 1964
- STS de 21 de diciembre de 1965
- STS de 8 febrero de 1996
- STS de 25 de febrero de 1966

- STS de 17 de marzo de 1966
- STS de 21 de mayo de 1966
- STS de 18 de febrero 1967
- STS de 21 de marzo de 1968
- STS de 30 de marzo de 1968
- STS de 17 de junio de 1980
- STS de 26 de mayo de 1981
- STS de 20 de febrero de 1984
- STS de 13 de diciembre de 1986
- STS de 21 de noviembre de 1987
- STS de 19 de junio de 1988
- STS de 8 de marzo de 1989
- STS de 3 de junio de 1989
- STS de 27 de noviembre de 1990
- STS de 28 de febrero de 1991
- STS de 9 de enero de 1992
- STS de 17 de febrero de 1992
- STS de 19 de octubre de 1992
- STS de 20 de octubre de 1992
- STS de 22 de diciembre de 1992
- STS de 2 de febrero de 1993
- STS de 29 de marzo de 1993
- STS de 4 de febrero de 1994
- STS de 25 de abril de 1994
- STS de 14 de julio de 1994
- STS de 25 de junio de 1995
- STS de 16 de diciembre de 1995
- STS de 8 de febrero de 1996
- STS de 15 de febrero de 1996
- STS de 18 de febrero de 1996
- STS de 12 de noviembre de 1996
- STS de 19 de junio de 1997
- STS de 6 de octubre de 1997
- STS de 5 de junio de 1998
- STS de 27 de mayo de 1988
- STS de 17 de junio de 1998
- STS de 2 de octubre de 1998
- STS de 8 de marzo de 1999
- STS de 30 de julio de 1999
- STS de 18 de noviembre de 2000
- STS de 21 de diciembre de 2000
- STS de 5 de marzo de 2001

- STS de 23 de marzo de 2001
- STS de 28 de junio de 2001
- STS de 10 de abril de 2003
- STS de 28 de mayo de 2004
- STS de 3 de junio de 2004
- STS de 10 de junio de 2004
- STS de 25 de noviembre de 2004
- STS de 2 de noviembre de 2005
- STS de 14 de diciembre de 2005
- STS de 7 de noviembre de 2006
- STS de 18 de diciembre de 2006
- STS de 12 de febrero de 2007
- STS de 17 de diciembre de 2007
- STS de 8 de mayo de 2008
- STS de 25 de junio de 2008
- STS de 28 de junio de 2008
- STS de 21 de julio de 2008
- STS de 1 de abril de 2009
- STS de 16 de septiembre de 2010
- STS de 28 de enero de 2011
- STS de 25 de febrero de 2011
- STS de 4 de abril de 2011
- STS de 19 de enero de 2012
- STS de 20 enero de 2012
- STS de 26 de enero de 2012
- STS de 15 de junio de 2012
- STS de 17 de julio de 2012
- STS de 18 de julio de 2012
- STS de 17 de septiembre de 2012
- STS de 13 de diciembre de 2012
- STS de 18 de octubre de 2012
- STS de 18 de diciembre de 2012
- STS de 19 de febrero de 2013
- STS de 28 de febrero de 2013
- STS de 29 de julio de 2013
- STS de 14 de febrero de 2014
- STS de 19 de febrero de 2014
- STS de 27 de febrero de 2014
- STS de 28 de mayo de 2015
- STS de 6 de junio de 2016
- STS de 14 de septiembre de 2016

II. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 6 de noviembre de 1966
- RDGRN de 27 de noviembre de 1986
- RDGRN de 27 de enero de 1987
- RDGRN de 10 de enero de 1994
- RDGRN de 6 de febrero de 1995
- RDGRN de 13 de abril de 2000
- RDGRN de 6 de noviembre de 2002
- RDGRN de 11 de marzo de 2003
- RDGRN de 4 de junio de 2003
- RDGRN de 24 de septiembre de 2003
- RDGRN de 2 de junio de 2010
- RDGRN de 9 de diciembre de 2011
- RDGRN de 11 de noviembre de 2011
- RDGRN de 24 de febrero de 2012
- RDGRN de 17 de septiembre de 2012
- RDGRN de 8 de octubre de 2012
- RDGRN de 13 de junio de 2013
- RDGRN de 1 de febrero de 2014
- RDGRN de 16 de diciembre de 2014
- RDGRN de 20 de enero de 2015
- RDGRN de 13 de julio de 2015
- RDGRN de 25 de febrero de 2016
- RDGRN de 16 de marzo de 2016
- RDGRN de 4 de abril de 2016
- RDGRN de 11 de mayo de 2016.
- RDGRN de 1 de julio de 2016
- RDGRN de 26 de octubre de 2016
- RDGRN de 11 de septiembre de 2017
- RDGRN de 25 de octubre de 2018
- RDGRN de 28 de junio de 2019

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, T. V. Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2009). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 79, 333-350.
- BELTRÁN DE HEREDIA, J. (1954). *La comunidad de bienes en el derecho español*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

- CALATAYUD SIERRA, A. (2010). Cuestiones prácticas sobre consorcio foral. *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 16, 215-226.
- CANDAU PÉREZ, A. (2014). Sucesión por causa de muerte y Registro de la Propiedad. En Lledó Yagüe, F; Ferrer Vanrell, M. P y Torres Lana, J. A (Dirs.); Monje Balsameda, O (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Consejo General del Notariado. Madrid: Dykinson, 169-203.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2016). Artículo 1058 del Código civil. En Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), De Pablo Contreras, P. (coord.). *Código civil Comentado*. Vol. II, 2.^a edición. Cizur Menor: Aranzadi, 1671-1676.
- CODACCI PISANELLI, G. (1950). *Ampiezza del concetto di novazione*, Giuffrè. Milano.
- COLINA GAREA, R. (2002). Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 6, 237-262.
- CORBAL FERNÁNDEZ, J. (2000). Artículos 1051 a 1055 del Código civil. En Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentarios al Código civil*. Tomo V. Barcelona: Bosch, 509-537.
- COSTAS RODAL, L. (2005). *La ineficacia de la partición de herencia*. Madrid: Dykinson.
- DE LA CÁMARA, F. (1926). El derecho hereditario in abstracto. *RCDI*, núm. 19, 490-507.
- DE RUGGIERO, R. (1929), *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Madrid: Reus.
- DEL POZO CARRASCOSA, P. (2012). La partición de la herencia. En GETE ALONSO Y CALERA, M. C., DEL POZO CARRASCOSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E. Y SOLÉ RESINA, J., *División de la comunidad de bienes*. Barcelona: Atelier, 169-240.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2009). El derecho de no permanecer en la indivisión. *Diario La Ley*, núm. 7247 (23 de septiembre de 2009), Año XXX, 1-5.
- DÍEZ SOTO, C. M. (2016). Artículo 1051 del Código civil. En Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), De Pablo Contreras, P. (coord.), *Código civil Comentado*. Vol. II. 2.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi, 1692-1707.
- DOMENECH, A. M. (1935). *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XIX. Barcelona: Seix.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. 2.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). La partición realizada por los coherederos: sus elementos, en *Estudios de Derecho Civil*. En CUENA CASAS, M, Anguita Villanueva, L. A y Ortega Doménech, J. (coords.), *Homenaje al Profesor José Joaquín Rams Albesa*. Madrid: Dykinson, 1721-1744.
- (2019). *La partición convencional*. Buenos Aires: Olejnik.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. (1999). *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA GARCIA, J. M. (2014). *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Pamplona: Civitas.

- (2019). *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*. Pamplona: Aranzadi.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2013). *Tratado de Contratos*. Vol. III. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GETE ALONSO Y CALERA, M. C (dir.) (2016). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Vol. II. Madrid: Civitas.
- GETE ALONSO Y CALERA, M. C. (2012). Extinción de la comunidad ordinaria. La división. En GETE ALONSO Y CALERA, M. C., DEL POZO CARRAS-COSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E., y SOLÉ RESINA, J., *División de la comunidad de bienes*. Barcelona: Atelier, 79-108.
- GONZÁLEZ VALVERDE, A. (2015). La viabilidad del desahucio por precario entre coherederos. *Revista Doctrinal Aranzadi civil-Mercantil*, núm. 3, 27-65.
- LACAL, P. (1931). La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo, en *RCDI*, núm. 80, 577-581.
- LECIÑENA IBARRA, A. (2014). Diferencias entre sociedad y comunidad. En Reyes López, M. J (coord.), *Comunidad de Bienes*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 59-84.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1898). *Comentarios al Código civil español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- (1943). *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, Sexta edición revisada por Fco. BONET RAMÓN. Madrid: Reus.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2011). Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa. *Anales de la Facultad de Derecho de la URJC*, 9-24.
- (2008). *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil*, Madrid; Dyckinson.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1991). Artículo 392 del Código civil. En *Comentario del Código civil*. Tomo I. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, 1066-1072.
- Artículo 400 del Código civil. En *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.). t. V, vol. 2.º. Madrid: Edersa.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965). *El Anteproyecto del Código civil Español (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado. Secc. Cuarta*. Vol. I. Madrid: Reus.
- PÉREZ DE CASTRO, N. (1994). Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1994. Defensor judicial en partición hereditaria con menores. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 36. 829-834.
- PÉREZ CONESA, C. (2013). Comentario del artículo 392 del Código civil. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*. Tomo III. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- REQUEIXO SOUTO, M. (2016). El nuevo artículo 14, ap. 1.º de la Ley Hipotecaria tras las reformas de 2015. *Revista de Derecho Civil*. Vol. III, núm. 2, 107-125.
- REYES LÓPEZ, M. J. (coord.), (2014). *Comunidad de Bienes*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ROCA GUILLAMÓN, J. (2004). Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al art. 831 CC, Ley 41/2003). En González Porras, J. M. y Méndez González, F. P (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*

- García, Vol. 2. Murcia: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 4279-4302.
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G. (2012). La extinción parcial de la comunidad de bienes. *RCDI*, núm. 734, 3538-3546.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2014). El principio de comunidad. En DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Pamplona: Aranzadi, 2785-2811.
- RUBIO GARRIDO, T. (2017). *La partición de la herencia*. Cizur Menor: Aranzadi.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1889). *Estudios de Derecho Civil*, t. VI.
- SERRANO CHAMORRO, M. E. (2015). Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar. *RCDI*, núm. 747, 95-148.
- SANCHO REBULLIDA, F. (1964), *La novación de las obligaciones*. Barcelona: Nauta.
- SANZ ACOSTA, L. (2013). Posibilidad de desahucio por precario entre coherederos: análisis de la STS de 28 de febrero de 2013. *Actualidad Civil*, 6.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (2011), *Panorama de Derecho*, vol. II. Barcelona: Bosch.
- (1981) *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XIV, vol. 2. Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (Dir.) Madrid: Revista de Derecho Privado.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2010). División de la cosa común para crear una nueva situación de condominio. Comentario a la STS de 1 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 4133). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 313-318.
- BONOMI, A et WAUTELET, P. (2013). *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement núm. 650/2012 du 4 juillet 2012*. Bruselas: Bruylant.

NOTAS

¹ Caso este último en el que, como observa DÍEZ SOTO, la situación podría justificar la aplicación de un régimen más adecuado a la existencia de una empresa común, incluso en el caso de que no haya existido un acto formal de constitución, sino solo la continuidad de hecho en una actividad empresarial preexistente, en la que, a efectos de la determinación del régimen aplicable, se distingue, de un lado, la titularidad de los bienes o infraestructura patrimonial, a la que correspondería la regulación de la comunidad de bienes, y, de otro, el aspecto organizativo, al que serán de aplicación los pactos que medien entre los interesados y, en su defecto, las normas del contrato de sociedad. V. DÍEZ SOTO, C. M. (2016). Artículo 1051 del Código civil. En Cañizares Laso, Ana, De Pablo Contreras, Pedro, Orduña Moreno, Javier, Valpuesta Fernández, Rosario (Dir.), *Código civil Comentado*. Vol. II. 2.ª edición. Cizur Menor: Aranzadi, 1630-1631.

² Adquiere entonces interés la distinción entre los conceptos de división y disolución de la comunidad hereditaria. De hecho, estos supuestos fueron en ocasiones incluidos en esta última categoría. Cfr. DOMENECH, A. M., (1935). *Nueva Enciclopedia Jurídica*. [Voz «Partición de herencia»]. Tomo XIX. Barcelona, Seix Editor, 16. MARTÍN BRICEÑO ha analizado en la doctrina y en el *Codice* italiano la distinción entre la disolución (*scioglimento*) y la división (*divisione*). Cfr. MARTÍN BRICEÑO, R. (2008), *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil*. Madrid: Dyckinson, 205.

³ Como el mandatario *post mortem* (arts. 812 y sigs.) para la administración y gestión de todo o parte del patrimonio hereditario y las normas que flexibilizan la exigencia del acuerdo unánime de los coherederos durante la indivisión (arts. 815 y sigs.) introducidas en el *Code* con la ley 728/2006 del 23 de junio de 2006.

⁴ El CCCat, en cambio, incluye en el artículo 552-9, d) como causa de extinción de la comunidad «la conversión en una comunidad especial», entre las que se regula la conversión de la comunidad indivisa en comunidad especial por turnos (arts. 554-1 y 554-5 CCCat.).

⁵ Entonces, aun cuando tenga derecho solo a una parte de la cosa, cada uno tiene realmente un derecho abstracto a que, en su día, se le adjudique aquella en su totalidad, dada su naturaleza de indivisible, con la obligación de compensar a los demás en metálico.

⁶ Véase DEL POZO CARRASCOSA, P. (2012), La partición de la herencia. En GETE ALONSO Y CALERA, M. C., DEL POZO CARRASCOSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E. y SOLÉ RESINA, J., *División de la comunidad de bienes*. Barcelona: Atelier, 174.

⁷ La jurisprudencia ha atribuido a esta regulación una fuerza expansiva y sistemática (STS de 6 de junio de 2016). En la diferenciación de figuras conceptualmente próximas, como la sociedad, el criterio pro-communio actúa como criterio de cierre en los supuestos dudosos. (STS de 17 de julio de 2012).

⁸ La RDGRN de 1 de julio de 2016 que admite la existencia de dicha mutación jurídico-real de carácter esencial con independencia de que la disolución sea considerada o no como un acto traslativo, reconociéndola como título inmatriculador a los efectos del artículo 205 LH.

⁹ Para el Tribunal Supremo, la partición de herencia es sinónimo de la división de la misma (STS de 18 de diciembre de 2006, con cita de la STS de 28 de mayo de 2004).

¹⁰ DÍEZ SOTO, C. M. Artículo 1051 del Código civil, *ob. cit.*, 1624.

¹¹ Como señala ALBALADEJO, la extinguirán cualesquiera hechos o actos que pongan fin a alguno de los presupuestos esenciales de la comunidad, esto es, a los bienes comunes o a la pluralidad de sus titulares. ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, T. V. Madrid: Edisofer, 123.

¹² En opinión de GETE ALONSO, técnicamente, tampoco puede entenderse que la reunión en uno solo de los comuneros de la totalidad de los derechos (cuotas) de los cotitulares sea consolidación, puesto que, al tratarse de derechos iguales y del mismo rango, es la concurrencia de todos los derechos de los cotitulares en uno solo lo que hace desaparecer una comunidad, debiendo considerarse el supuesto como una causa propia de extinción. Véase GETE ALONSO, M. C. Extinción de la comunidad ordinaria. La división. En *División de la comunidad de bienes*, *ob. cit.*, 83.

¹³ Señala GETE ALONSO que dicho acuerdo no comporta necesariamente la división de la cosa, sea o no posible esta, pues a diferencia del acuerdo divisorio no ha de afectar necesariamente al objeto, y puede consistir en extinguir la comunidad y que uno de los copartícipes adquiera los derechos de los demás. GETE ALONSO, M. C. Extinción de la comunidad ordinaria. La división, *ob. cit.*, 86-88.

¹⁴ Afirma VALLET, con apoyo en la distinción que establece el artículo 46 de la LH, que la partición no provoca la cesación de la comunidad, ni hace a cada uno de los coherederos dueño exclusivo de bienes, sino que da lugar a su transformación en una comunidad indivisa sobre la totalidad o parte de los bienes hereditarios. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XIV. Vol. 2. *ob. cit.*, 445.

¹⁵ Así, COLINA GAREA, R. (2002). Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 6, 261.

¹⁶ Doctrina reiterada en la STS de 14 de marzo de 2019 (Sala de lo Contencioso, secc. 2.^a).

¹⁷ Para el autor, el artículo 1051 del Código civil se funda en una idea individualista de la explotación de los bienes que entiende preferible que las decisiones sobre dicha explotación se adopten por uno y se refieran a bienes individualizados. Véase DÍEZ-PICAZO, L. (2009). El derecho de no permanecer en la indivisión. *Diario La Ley*, núm. 7247. Año XXX, La Ley, 1-5.

¹⁸ V. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1984). *Panorama del Derecho de Sucesiones*. Vol. II. Madrid: Civitas, 835-836 y 846.

¹⁹ La sentencia señala (Motivo 2.º) que se trataba en el caso de la división de un conjunto de bienes procedentes de la herencia dividida formalmente en la escritura, pero no en la realidad, ya que subsistió la indivisión entre los bienes por la adjudicación de partes pro indivisas.

²⁰ La RDGRN de 13 de junio de 2013, por ejemplo, hace uso de la diferente naturaleza de la comunidad hereditaria y de la ordinaria para decidir sobre la forma de ejercicio de los derechos en un caso de cotitularidad sobre participaciones en una sociedad limitada.

²¹ Este es el criterio acogido por la STS de 25 de junio de 2008.

²² A favor de este carácter excepcional se ha manifestado RUBIO GARRIDO. Véase RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*. *ob. cit.*, 60-61.

²³ En el caso resuelto se dejó una finca fuera de la partición por no ser jurídicamente posible la división material. No puede sostenerse que si el bien continúa indiviso, sigue perteneciendo a la comunidad hereditaria, pues « el hecho de que en la partición una o varias o incluso todas las fincas de la herencia se dejen proindiviso, no significa que la comunidad hereditaria continúe; simplemente que los interesados han querido transformar tal comunidad universal en otra u otras singulares, según su conveniencia ».

²⁴ Posición de las SS.AA.PP de Pontevedra, de 29 de julio de 2005 y Madrid, de 4 de junio de 2010.

²⁵ Con cita de la doctrina de las SSTs de 22 de diciembre de 1992 y 14 de julio de 1994. También en este sentido se expresó la SAP de Pontevedra de 29 de julio de 2005.

²⁶ Para el autor, la indivisión económica produce, tras la apertura de la sucesión, «una especie de entrecruzamiento de un ente societario y, por consiguiente, de normas del Derecho de sociedades, con los bienes hereditarios y con las normas de Derecho de sucesiones», situación en la que entiende que los herederos «se encuentran encerrados y prisioneros dentro de una red de la que no les resulta fácil salir y en la cual sus derechos hereditarios pueden quedar mermados o disminuidos». Véase DÍEZ-PICAZO, L. El derecho de no permanecer en la indivisión, *ob. cit.*, 1-5.

²⁷ Para el autor, la evitación de estas situaciones de constitución de varios *pro indiviso* ordinarios se encuentra entre las razones para la configuración misma de la comunidad hereditaria como una comunidad especial. Véase RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*. *ob. cit.*, 60-61.

²⁸ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2019). *La partición convencional*. Buenos Aires: Olejnik, 33-34.

²⁹ LACRUZ ha defendido la aplicación analógica a la situación nacida de este convenio del artículo 1695 del Código civil, reconociendo en el acuerdo permanecer en la indivisión un elemento de confianza mutua.

³⁰ Por ejemplo, por la STS de 20 de octubre de 1992, que cita en este extremo las de 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949, 28 de enero de 1964 y 25 de febrero de 1966).

³¹ RUBIO GARRIDO, T., *loc. cit.*

³² A favor del carácter excepcional de esta forma de extinción de la comunidad se ha manifestado RUBIO GARRIDO. Véase RUBIO GARRIDO, T. *Ibid.*

³³ La indivisión se había impuesto sobre los inmuebles a pesar de la división practicada por el contador-partidor y, a juicio de la Audiencia, dejando *de facto* sin efecto las operaciones particionales acordadas, en contra de los artículos 218 y 786. 1.º LEC y soslayando la finalidad de la acción de división judicial de la herencia.

³⁴ Véase VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, ob. cit., 835, 836, 846.

³⁵ Véase FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., *Problemas de la transmisión de la herencia familiar*, ob. cit., 220 y sigs.

³⁶ Véase BELTRÁN DE HEREDIA, J. (1954). *La comunidad de bienes en el derecho español*. Ed. Revista de Derecho Privado, 328.

³⁷ El Tribunal Supremo, estima ambas cosas: partición y adjudicación, sin entrar en el tema de la empresa ni en el de división de cosa.

³⁸ Entre otros, DE LA CÁMARA, F., *El derecho hereditario in abstracto*, ob. cit., 501 y sigs.

³⁹ La STS de 13 de diciembre de 1986 entendió que la aceptación pura y simple de los herederos que reciben la herencia en común y pro indiviso transforma la comunidad hereditaria en otra ordinaria de bienes sobre el inmueble único.

⁴⁰ El precepto toma elementos del artículo 4041 del Código mexicano y del artículo 942 del Anteproyecto belga de Laurent, pero, aunque estos contienen la regla de que ningún heredero puede ser obligado a mantenerse la indivisión de la herencia, ni siquiera por prohibirlo el testador, ninguno de ellos incluye una remisión a las causas de extinción de la sociedad o de la comunidad, introducida por los redactores del Anteproyecto. En la versión definitiva del Código civil desapareció la referencia a las causas de disolución de la comunidad y quedaron solamente las de la sociedad.

⁴¹ Sin que el pago en metálico suponga una desvirtuación causal del negocio de división y extinción con superposición de otro ajeno al mismo, sino una operación específicamente divisoria (RDGRN de 17 de septiembre de 2012).

⁴² La partición convencional requiere del consentimiento de cada uno de los copartícipes bajo sanción de nulidad, aunque este pueda ser tácito e inferirse de sus actos (sentencias del Tribunal Supremo de 8 febrero 1996 y 19 junio 1997), y, en todo caso, les obliga a aceptar y cumplir lo pactado (STS de 19 de febrero de 2014).

⁴³ Para la partición convencional, especialmente con referencia a su tratamiento jurisprudencial, puede consultarse, además de su reciente monografía (2019), ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). *La partición realizada por los coherederos: sus elementos*. En Cuena Casas, M, Anguita Villanueva L. A y Ortega Doménech, J. (coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José Joaquín Rams Albesa*. Madrid: Dykinson, 1721-1744. La heterogeneidad de los lotes no altera la naturaleza particional del acto, pero la DGRN entiende que conviene evitarla, y que cuando no responda a razones objetivas, «la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable y, en especial, y por lo que al supuesto debatido se refiere, en materia de capacidad y representación». (RDGRN de 27 de noviembre de 1986). El Tribunal Supremo sujeta las labores particionales a razones no solo cuantitativas sino también cualitativas, (SSTS de 25 de noviembre de 2004, 2 de noviembre y 14 de diciembre de 2005 y SAP de Granada de 23 de octubre de 2015, entre otras).

⁴⁴ El criterio es que la falta de equidad en la formación de los lotes puede considerarse como motivo de nulidad de la partición si se prueba que la desigualdad tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición (STS de 7 de noviembre de 2006).

⁴⁵ SSTS de 3 de enero de 1962, 25 de febrero y 21 de mayo de 1966, 18 de febrero 1967, y 8 de febrero y 12 de noviembre de 1996 y 28 de mayo de 2015.

⁴⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1934, 7 de noviembre de 1935, 30 de abril de 1944, 21 de octubre de 1958.

⁴⁷ Aunque, una vez consentida y autorizada la situación que se crea por medio del convenio particional, ello «les impide [a los coherederos] obtener, sin contradecir sus propios actos, el reconocimiento de un estado de derecho que anule y desvirtúe el que ellos, libre y conscientemente, crearon».

⁴⁸ En los mismos términos en que se expresaba el antiguo artículo 1048 LEC.

⁴⁹ DE RUGGIERO, quien distinguía los supuestos de comunidad forzosa o incidental, como la surgida de la sucesión hereditaria «de la comunidad fundada en el contrato de sociedad». Véase DE RUGGIERO, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Barcelona: Reus, 568 y 569. El autor no refiere una forma de comunidad de bienes voluntaria que no esté basada en las reglas de la sociedad.

⁵⁰ Obsérvese que el precepto del artículo 392 del Código civil no afirma el carácter dispositivo de las normas del Tit. III, y, de hecho, las contenidas en los artículos 398, 2.º, 400, 403 y 405 del Código civil se consideran generalmente como imperativas, sin que puedan quedar derogadas por virtud de pactos o disposiciones especiales.

⁵¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1991). Artículo 392 del Código civil. En *Comentario del Código civil, ob. cit.*, 1067. Para el autor la posibilidad de que de un contrato se adquirieran derechos en común se limita al caso del cumplimiento de un contrato que obligue a adquirir derechos de este modo pero tal contrato «o es un contrato de sociedad ...o se asemeja mucho a un contrato de sociedad», y se rige por sus normas.

⁵² Como ha observado LECIÑENA IBARRA, la remisión «carece de la virtualidad normativa para monopolizar en las normas de la comunidad el régimen jurídico del fenómeno asociativo al que el precepto se refiere, como para lograr que la naturaleza societaria de este mude estado». Véase LECIÑENA IBARRA, A. (2014). Diferencias entre sociedad y comunidad. En Reyes López, M. J. (coord.), *Comunidad de Bienes*. Valencia: Tirant Lo Blanch., 60.

⁵³ Afirma MIQUEL que la norma del artículo 392, 1.º del Código civil establece la comunidad como un efecto jurídico automático, que se produce con independencia de la voluntad de los sujetos, que no pueden eludir esta situación, ni tampoco adoptarla entre ellos sin el presupuesto de ser cotitulares de un mismo derecho. Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., Artículo 392 del Código civil, *ob. cit.*, 1067.

⁵⁴ El Tribunal Supremo ha negado valor determinante por sí sola a la doctrina que busca el hecho diferencial en la noción de «explotación económica» (STS de 17 de septiembre de 2012).

⁵⁵ Así, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2013). Tratado de Contratos. Vol. III. Valencia, Tirant lo Blanch, 3299 y sigs., que lo incluye entre los contratos asociativos. Para las distintas posiciones sobre esta cuestión, Véase PÉREZ CONESA, C. (2013). Artículo 392 del Código civil. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Comentarios al Código civil. Tomo III. Valencia: Tirant Lo Blanch, 3240 y sigs.

⁵⁶ Esta posición tradicional sostiene también la RDGRN de 11 de noviembre de 2011 (reiterada, entre otras, en las de 24 de febrero de 2012, 4 de abril y 11 de mayo de 2016).

⁵⁷ RODRÍGUEZ TAPIA destaca resoluciones, como las SSTs de 25 de junio de 2008, 15 de junio y 17 de julio de 2012, que explican el ejercicio de la acción divisoria sobre el principio de la libertad individual de cada copartícipe, que se conserva en la situación de indivisión. Véase RODRÍGUEZ TAPIA, J. M (2014). El principio de comunidad. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. L. Díez-Picazo. (coord.). Cizur Menor: Aranzadi, 2785 y sigs.

⁵⁸ Entre ellos, MIQUEL, Véase MIQUEL GONZÁLEZ, J. M (1985). Artículo 400 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, (dirs.) t. V, vol. 2.º. Madrid: Edersa, 442-444. A la superación de ese prejuicio han contribuido también, entre otros, LASARTE, GETE-ALONSO Y RODRÍGUEZ TAPIA.

⁵⁹ Por ejemplo, la STS de 25 de junio de 2008.

⁶⁰ A partir de los trabajos de CODACCI PISANELLI. V. CODACCI PISANELLI, G. (1950). *Ampiezza del concetto di novazione*. Milano:Giuffrè. SANCHEZ REBULLIDA, en cambio, entiende que, aunque el concepto de novación es referible a toda obligación en sentido técnico no lo parece, en cambio, al concepto de contrato ni de negocio jurídico pues la novación no es un negocio jurídico sino el efecto de un negocio jurídico.

Véase SANCHO REBULLIDA, F. (1964), *La novación de las obligaciones*. Barcelona: Nauta, 330.

⁶¹ Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2011, 13 de diciembre de 2012, 18 de diciembre de 2012, y 19 de febrero de 2013.

⁶² SS. de 3 de mayo de 1956, 26 de mayo de 1981, 27 de noviembre de 1990, 9 de enero de 1992, 2 de febrero de 1993, 29 de marzo de 1993, 2 de octubre de 1998 y 23 de marzo de 2001, entre otras.

⁶³ Pueden existir en este caso, señala PÉREZ DE CASTRO, intereses concurrentes o paralelos, pero, ostentando las partes una misma posición jurídica, ello no implica necesariamente un perjuicio o lesión para el interés del menor. Véase PÉREZ DE CASTRO, N. (1994). Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1994. Defensor judicial en partición hereditaria con menores. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 36, 832.

⁶⁴ ROCA GUILLAMÓN, J. (2004). Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar. En González Porras, J. M y Méndez González, F. P (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Vol. 1. Murcia: Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 4298 y 4299.

⁶⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2019). *La partición convencional*. Buenos Aires: Olejnik, 25-26.

⁶⁶ Los derechos de crédito incluidos en el haber hereditario contra alguno o algunos de los coherederos pueden también adjudicarse en pro indiviso en la partición. V. SAP de Jaén (Secc. 1.ª) de 29 de abril de 2015.

⁶⁷ La Ley 29/1987 prevé en su artículo 20, 2, c) una reducción del 95% en la base liquidable del impuesto por la adquisición *mortis causa* de una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en entidades, si bien es necesario que a tales bienes les sea de aplicación la reducción del artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio y que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo. Al tratarse de un impuesto cedido, en algunas del Código civil. AA el plazo de diez años resulta reducido por la normativa propia.

⁶⁸ Para ALBALADEJO, la continuidad de los bienes o negocios en común después de la partición convierte la comunidad hereditaria en societaria (sentencia de 16 de abril de 1942) y la eventual aplicación de las normas de la sociedad civil. V., ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil*. T. V., *ob. cit.*, 123.

⁶⁹ En el caso planteado en la STS de 20 de octubre de 1992, una vez refundido el prelegado en la herencia para posteriormente repartirlos por partes iguales, se convino por los coherederos el reparto igualitario de las ganancias o productos de los negocios que, de haber sido intención de los coherederos mantener la subsistencia del prelegado, habrían correspondiendo exclusivamente a los tres legatarios (art. 882 CC).

⁷⁰ SS.AA.PP de Madrid, secc. 8.ª, de 30 de marzo de 2012 y de Badajoz, secc. 2.ª, de 18 de octubre de 2006.

⁷¹ En este último caso se impugnaba la partición efectuada por el contador partidor por contrariar mediante adjudicaciones proindiviso de varios bienes de la herencia los artículos 1061 del Código civil y 786 LEC. La Audiencia entendió, en cambio, que no era posible hacer lotes, por lo que los inmuebles debían adjudicarse proindiviso a los herederos, no solo por atenderse así de mejor modo al principio de «igualdad cualitativa» y de «estricta equidad» (arts. 1061 y 1062 CC), sino «porque, además, la partición no excluye que pueda llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio por cuotas proindivisas de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario[...].»

⁷² No así en los Derechos civiles catalán y navarro. Véase VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (2011), *Panorama de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 925.

⁷³ Este es también el criterio legislativo del CCCat, en su artículo 464-6. 1.º y 2.º y de la ley 354. 1.º CDF Nav.

⁷⁴ Véase CARBALLO FIDALGO, M. (2016), Artículo 1058 del Código civil. En Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), *Código civil Comentado*. Vol. II. 2.^a edición. Cizur Menor: Aranzadi, 1671-1676. COSTAS RODAL señala que, aunque los herederos puedan, una vez partido el caudal relicto, celebrar entre ellos cualesquiera negocios jurídicos, han de sujetarse a las cuotas fijadas en el testamento. Cfr. COSTAS RODAL, L. (2005). *La ineficacia de la partición de herencia*. Madrid: Dyckinson, 61.

⁷⁵ Esta forma de indivisión no puede, en ningún caso, imponerse a los herederos forzosos, por lo que suele preverse bajo la forma de una *cautela socini*. Véase Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1958 y 8 de marzo de 1989. Para MARTÍN BRICEÑO el testador puede supeditar la división no solamente a la vida de una persona, sino también a la muerte sucesiva de varias, con los límites del artículo 781 del Código civil para las sustituciones fideicomisarias. Véase MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2011). Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos*, núm. 28, 18.

⁷⁶ En el caso de la STS de 20 de octubre de 1992, habían convenido en documento privado mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia por periodo de diez años, sucesivamente prorrogable.

⁷⁷ Entre otras, en la STS de 21 de diciembre de 2000, en la que se prohibía la división de una finca hasta que no se produjera «el fatal hecho de la muerte de su esposa». La validez de este tipo de cláusula había sido aceptada ya por la STS de 12 de diciembre de 1958, bajo sanción de privación de la mejora a quien reclamase la legítima. Para LACAL, esa voluntad de continuidad indefinida del patrimonio indiviso «presentaba evidentes ventajas de índole familiar y de carácter económico». Cfr. LACAL, P. (1931). La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo. *RCDI*, núm. 80, 577 y sigs.

⁷⁸ V. CORBAL FERNÁNDEZ, J. (2000). Comentarios a los artículos 1051 a 1055 del Código civil, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.) *Comentarios al Código civil*, Tomo V. Barcelona: Bosch. En el Derecho civil de Cataluña, el artículo 463-2. 4 CCat se refiere de forma expresa a la facultad judicial de apreciar una justa causa que deje sin efecto la prohibición de dividir.

⁷⁹ Posibilidad prevista en la ley 374, 2 del FNN, en el artículo 462, 4.º CCat y en el artículo 365, pfo. 3.º del CDFN, si bien los dos últimos preceptos la circunscriben a una justa causa «sobrevvenida».

⁸⁰ Véase Díez-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II, *ob. cit.*, 776. La unanimidad de los coherederos para el pacto de indivisión se exige en cambio en el artículo 365 del Código de Derecho Foral de Aragón y en el artículo 463. 2.º del Código civil de Cataluña.

⁸¹ Sentencias de 3 de enero de 1962, 25 de febrero de 1966, 21 de mayo de 1966, 18 de febrero de 1967, 8 de febrero de 1996 y 12 de noviembre de 1996.

⁸² Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1966, con cita de la de 9 de marzo de 1951.

⁸³ Por aplicación, a falta de una regulación general de la nulidad de las particiones, de las normas sobre invalidez de los negocios jurídicos, en lo relativo a la ausencia o ilicitud de la causa (sentencias de 6 de noviembre de 1934 y 2 de noviembre de 1957) y en lo referente a existencia y validez de la partición conforme a los artículos 1300 a 1314 del Código civil (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 15 de febrero de 1996).

⁸⁴ Diferente, tanto en sus requisitos como en sus efectos del acto individual de enajenación del derecho de cuota perteneciente a uno de los copartícipes (RDGRN de 16 de diciembre de 2014).

⁸⁵ El Proyecto de 1851, bajo la influencia del artículo 950 del *Avant-Projet* belga de Laurent de 1882, no exigía la unanimidad del acuerdo (art. 892). El Anteproyecto de 1882-1888 (art. 1075) no exigía expresamente unanimidad ni mayoría, disponiendo que, a falta de partición testamentaria, «[...] si los herederos fueren mayores de edad

no se observará forma determinada para su validez, sino que podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965). *Anteproyecto de Código civil Español (1882-1888)*. Vol. I. Madrid: Reus, 332-333.

⁸⁶ Véase ZUMAQUERO GIL, L. (2010). División de la comunidad para crear una nueva situación de condominio: comentario a la STS de 1 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 4133). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 25, 313-318.

⁸⁷ La RDGRN de 25 de febrero de 2016 debatió la posibilidad de la inscripción de una partición parcial consistente en la adjudicación de una finca privativa del causante a una sola de las coherederas con el consentimiento unánime de todos los demás herederos y del cónyuge viudo, pero sin la liquidación previa de la sociedad de gananciales, que, a juicio del registrador, era necesaria para completar el proceso particional. Con apoyo en el artículo 1079 del Código civil, se consideró que la liquidación no era necesaria para la determinación del caudal partible y, siendo un acto unánime, se entendió ajustado al artículo 1062 del Código civil.

⁸⁸ SAP de León, Secc. 2, de 19 de enero de 2017 (Rc. 394/2016).

⁸⁹ Véase RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia. ob. cit.*, 62.

⁹⁰ SSTs de 21 de noviembre 1987 19 de junio de 1988, 17 de febrero de 1992, de 10 de junio de 2004 y 18 de julio de 2012, entre otras.

⁹¹ Quedaría entonces interrumpido el tracto sucesivo de los bienes y derechos adjudicados, imposibilitando su ulterior acceso al Registro de la Propiedad o a otros organismos. Véase SAP de Granada de 23 de octubre de 2015, que declara admisible que se realicen las adjudicaciones correspondientes al derecho cada heredero siempre que se respeten y se reseñen en el cuaderno particional las transmisiones hereditarias producidas.

⁹² El artículo 782, 1.º de la LEC sobre solicitud de división judicial de patrimonios reconoce esta facultad a «cualquier coheredero o legatario de parte alicuota», pero solo si no hay persona designada o elegida especialmente para distribuir la herencia, como sucede con el comisario o contador-partidor.

⁹³ Véase ÁLVAREZ LATA, N. (2009). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 79, 333-350.

⁹⁴ Se discutía tanto la inadecuación de la acción como, consecuentemente, el procedimiento, dado que la acción de división de la herencia se ejercita en juicio declarativo y no por el procedimiento especial de división de herencia de los artículos 782 y sigs. LEC.

⁹⁵ Lo que fundamenta la aplicación del artículo 394 del Código civil y la conclusión, en el caso, de que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes es ilegítima e impide la aplicación del artículo 398 del Código civil.

⁹⁶ Parte la sentencia de la diferenciación de las situaciones de comunidad, que se residencia, como hemos señalado, en la forma y contenido del disfrute posesorio de los copartícipes durante la indivisión.

⁹⁷ La solución no es nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque lo sea el criterio de asimilación de las situaciones. La STS de 27 de diciembre de 1957, sobre el precedente de la de 12 de febrero de 1904, en un supuesto de existencia de un único bien en la masa hereditaria, entendió que han de ser considerados condueños del mismo todos y cada uno de los herederos, aún antes de la partición.

⁹⁸ Véase, para el caso de que el bien único sea una empresa, FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. *Problemas de la transmisión de la empresa familiar, ob. cit.*, 152.

⁹⁹ De la jurisprudencia extrae ÁLVAREZ LATA la necesidad de que concurren ciertos presupuestos para la viabilidad de la acción de división en caso de preexistente comunidad hereditaria. Véase ÁLVAREZ LATA, N. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008, *ob. cit.*, 348-349.

¹⁰⁰ Algunas de ellas señaladas ya por la STS de 2 de mayo de 1964.

¹⁰¹ Como declara la STS de 28 de mayo de 2004, los comuneros carecen del derecho de copropiedad sobre la finca cuya división pretenden.

¹⁰² En el caso resuelto, habiéndose adjudicado los bienes de la herencia en común y *proindiviso* y siendo unos divisibles y otros no, se solicitaba por una de las herederas la división material de los primeros, conforme al artículo 406 del Código civil y que los segundos se sacasen a pública subasta.

¹⁰³ Se sostenía la afirmación de que ningún comunero o coheredero puede vender bien alguno mientras no se le adjudique en la partición, y, caso de hacerlo, la venta es nula por falta de poder de disposición.

¹⁰⁴ En el caso resuelto se hubiese acomodado mejor a la finalidad perseguida, al menos respecto del negocio, la sustitución de la comunidad hereditaria por una figura societaria. Todos los hermanos habían acordado en documento privado atribuirse el condominio ordinario por partes iguales e indivisas de todos los bienes hereditarios, pactando la indivisión durante diez años, sucesivamente prorrogable.

Observa DÍEZ-PICAZO que lo que se discute es solamente si al adjudicarse en condominio ordinario las séptimas partes de todos los bienes habían extinguido un prelegado ordenado a favor de dos de ellos, si bien, «es indudable que la resolución admite, de lleno y sin paliativos, la posibilidad de poner fin a la indivisión hereditaria mediante una transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario atribuyéndole los coherederos los concretos bienes de la herencia con expresión de las cuotas *proindiviso* a las mismas que pertenezcan a cada uno». Véase DÍEZ-PICAZO, L. El derecho de no permanecer en la indivisión, *ob. cit.*, 2.

¹⁰⁵ Lo que no se excluye en la comunidad ordinaria, ni es exclusivo del contrato de sociedad.

¹⁰⁶ En el caso resuelto las fincas eran indivisibles.

¹⁰⁷ La STS de 16 de septiembre de 2010 recuerda la doctrina de las SSAP de Tenerife (Sección 1.ª) de 19 y 26 de febrero de 2001, la de 13 de junio de la misma Audiencia (Sección 4.ª), y SSTs como la de 8 de mayo de 2008, que declararon que la posesión exclusiva de un coheredero le sitúa como precarista siendo viable la acción ejercitada, pero no comporta la inexistencia del derecho de poseer, sino un abuso del derecho V. SAP de Oviedo, secc. 6.ª, de 15 de marzo de 2019, esta vez al margen de la figura del desahucio.

¹⁰⁸ Se declara la viabilidad del desahucio por precario instado por los coherederos mayoritarios frente al minoritario, durante la indivisión. Véase SANZ ACOSTA, L. (2013). Posibilidad de desahucio por precario entre coherederos: análisis de la STS de 28 de febrero de 2013. *Actualidad Civil*, 6, 831.

¹⁰⁹ Entre las resoluciones más recientes se encuentran las de las SSAP de Cáceres (secc. 1) de 5 de junio de 2017, SAP de León (Secc. 1) de 22 de febrero de 2017, SAP de Valencia (secc. 6) de 3 de febrero de 2017, SAP de Toledo (secc. 1) de 26 de enero de 2017, SAP de León (secc. 6) de 19 de enero de 2017, SAP de Vigo (secc. 6) de 12 de diciembre de 2016, SAP de Guadalajara (secc. 1) de 22 de noviembre de 2016, SAP de Valencia de 23 de marzo de 2016, SAP de Cáceres de 22 de febrero de 2016, SAP de Madrid de 20 de abril de 2017, SAP de Cáceres de 5 de junio de 2017, SAP de Madrid, secc. 13, de 10 de diciembre de 2018, SAP de Madrid, secc. 10, de 25 de enero de 2019, etc. La doctrina es coincidente en todas las decisiones.

¹¹⁰ Por otra parte, mientras no conste que la comunidad hereditaria ha sido disuelta, la regla aplicable a la decisión de desalojo, es la de la actuación mayoritaria (art. 398 CC). (STS de 10 abril 2003).

¹¹¹ En la STS de 27 de febrero de 2014, entre otras.

¹¹² El beneficio o interés de la comunidad se obtiene de la recuperación posesoria del bien para el conjunto de los coherederos, sin que sea preciso acreditar un destino o uso para el mismo que reporte a la comunidad un beneficio concreto. V. GONZÁLEZ VAL-VERDE, A. (2015). La viabilidad del desahucio por precario entre coherederos. *ob. cit.*, 48.

¹¹³ Véase SSAP de Madrid (secc. 11) 5 de junio de 2012 y 20 de abril de 2017.

¹¹⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016). Artículo 14 de la Ley Hipotecaria. En Domínguez Luelmo (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi,

300 y 309. Sin perjuicio de los documentos adicionales aplicables en cada Estado, el autor considera que el certificado sucesorio europeo tiene carácter de documento auténtico, derivado del artículo 3. 2. del Reglamento UE 650/2012. Véase también para el análisis del precepto REQUEIXO SOUTO, M. (2016). El nuevo artículo 14, ap. 1.º de la Ley Hipotecaria tras las reformas de 2015. *Revista de Derecho Civil*. Vol. III, núm. 2, 107 y sigs. Para el concepto de autenticidad y los actos auténticos en el RCSE, V. WAUTELET, P. Article 3. En BONOMI, A et WAUTELET, P. (2013). *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement núm. 650/2012 du 4 juillet 2012*. Bruxelles: Bruylant, 152-156.

¹¹⁵ Véase CANDAU PÉREZ, A. (2014). Sucesión por causa de muerte y Registro de la Propiedad. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, M. P y. Torres Lana; J. A (dirs.), Monje Balsameda, O (coord.). *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Dykinson, 185. El autor coincide con CHICO y ORTÍZ en que, disponiendo de la documentación necesaria, los acreedores preferirán anotar el embargo sobre los bienes inscritos a nombre del causante, en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor, sin necesidad de que se halla anotado este derecho.

¹¹⁶ Lo que, a juicio de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, confirma que «no puede existir una división parcial con una extinción parcial, sino que, tras la división, se extingue totalmente la comunidad, y puede crearse una nueva y diferente, pero no subsiste reducida la anterior». V. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. La extinción parcial de la comunidad de bienes, *ob. cit.*, 3541 y sigs. La RDGRN de 9 de diciembre de 2011 parece seguir, en parte, un criterio distinto.

¹¹⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. Extinción de la comunidad ordinaria. La división, *ob. cit.*, 85.

*(Trabajo recibido el 1-7-2019 y aceptado
para su publicación el 7-11-2019)*