

## LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valencia

---

TITLE: *Division of co-ownership*

RESUMEN: El presente trabajo pretende realizar una exposición de las principales cuestiones que suscita la regulación de la división de la comunidad de bienes en el Código civil, con una atenta mirada a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, como de los Tribunales de instancia.

ABSTRACT: *The essay aims to present the main issues raised by the discipline of the division of co-ownership in the Civil Code, with attentive consideration of the case law of both the Supreme Court and the Courts of First Instance.*

PALABRAS CLAVE: Comunidad de bienes; comuneros; división de la cosa común; *actio communi dividundo*.

KEY WORDS: *co-ownership; co-owners; division of co-ownership; right to division.*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL PRINCIPIO GENERAL DE DIVISIBILIDAD DE LA COMUNIDAD ORDINARIA. 2. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD. 3. LA DIVISIÓN POR ACUERDO DE LOS COMUNEROS. 3.1. *El negocio divisorio*. 3.2. *Concurrencia de los acreedores o cesionarios a la división y oposición a la misma: alcance de la facultad de impugnación del art. 403 CC*. 4. DIVISIÓN HECHA POR ÁRBITROS O AMIGABLES COMPONEDORES. 5. LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN. 5.1. *Legitimación*. 5.2. *Carácter imprescriptible e irrenunciable de la acción*. 5.3. *Comunidades con pluralidad de objetos*. 5.4. *La imposibilidad de realizar la división, creando otras comunidades de bienes*. 5.5. *La acción de división presupone la existencia de una comunidad ordinaria*. 5.6. *Posibilidad de ejercitar la acción de división, sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales o de la comunidad hereditaria, cuando sólo hay un bien divisible, siendo ciertas las cuotas de las partes*. 6. LÍMITES A LA DIVISIÓN. 6.1. *Pacto de indivisión*. 6.1.1. Límite temporal. 6.1.2. Delimitación del supuesto. 6.1.3. Efectos del pacto. 6.1.4. Posibilidad de pedir la división anticipada concurriendo un justo motivo para ello. 6.2. *La buena fe*. 6.2.1. Planteamiento de la cuestión. 6.2.2. Pretensiones intempestivas y suspensión de la división. 6.2.3. Especial consideración de las comunidades con finalidad empresarial: resarcimiento del daño por quiebra de la confianza. 6.3. *La indivisibilidad material de la cosa*. 6.3.1. Indivisibilidad esencial. a. Supuesto de hecho. b. Reglas jurisprudenciales relativas a la adjudicación o venta del bien. c. Procedimiento de ejecución de sentencia. 6.3.2. Indivisibilidad legal. 6.3.3. Indivisibilidad de los animales de compañía. 6.4. *La indivisibilidad funcional*. 6.4.1. Indivisibilidad absoluta de las comunidades forzosas. 6.4.3. Indivisibilidad relativa: aplicación analógica del art. 401.I CC. 6.5. *La indivisibilidad económica*. 6.5.1. Supuesto de hecho. 6.5.2. Aplicación jurisprudencial. 7. LA DIVISIÓN EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. 7.1. *Requisitos para que pueda llevarse a cabo esta forma de división*. 7.2. *Obstáculos arquitectónicos y económicos*. 7.3. *Edificio en estado de ruina*. 7.4. *Existencia de gran desigualdad entre las cuotas de los comuneros*. 7.5. *La consideración de las circunstancias económicas de los partícipes*. 8. EFECTOS DE LA DIVISIÓN. 8.1. *Inoponibilidad frente a terceros titulares de derechos reales sobre la cosa*. 8.2. *Inoponibilidad frente a los acreedores de la comunidad*. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL PRINCIPIO GENERAL DE DIVISIBILIDAD DE LA COMUNIDAD ORDINARIA

A tenor del art. 400.I CC<sup>1</sup>, «Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad». Por consiguiente, «Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Las fuentes de inspiración de la regulación del Código civil español en materia de división de la cosa común son el Código civil italiano de 1865 y el Código civil portugués de 1867, pues el Código civil francés de 1804, que, en tantos aspectos, sirvió de modelo al nuestro, no regulaba la comunidad de bienes.

Observa MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil. Comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva legislación oficial*, t. VII, 3ª ed., Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896, p. 111, que ello puede deberse a la creencia de los redactores del *Code*, «eminente y fanáticamente individualista», de que la comunidad de bienes «era una negación de la propiedad individual».

En la actualidad, el Código civil francés contiene una doble regulación de la indivisión (debida a la Ley nº 76-1286, de 31 de diciembre de 1976), la legal, en el Libro III, Título I, Capítulo VII, arts. 815 a 815-18 («Du régime légal de l'indivision»); y la convencional, en el Libro III, Título IX bis, arts. 1873-1 a 1873-18 («Des conventions relatives à l'exercice des droits indivis»), la cual fue objeto de una amplia reforma por la Ley nº 2006-728, de 23 de junio de 2006.

GRIMALDI, Cyril, *Droit des biens*, 3ª ed., LGDJ, Paris, 2021, p. 471, observa el contraste existente entre la posición del moderno legislador francés y el antiguo, para el que la indivisión era concebida como una situación accidental y provisoria que no merecía ser regulada.

El primer código civil europeo que reguló de manera general la comunidad de bienes fue el Código civil austriaco de 1811, que dedicó a la materia los §§ 825 a 858, bajo la rúbrica «Von der Gemeinschaft des Eigenthumes und anderer dinglichen Rechte» («De la copropiedad y de la comunión y de otros derechos reales»), que constituyen la Parte II, Sección I, Capítulo XVI.

Con posterioridad, la regularía el Código civil italiano de 1865, en el Libro II, Título IV, arts. 673 a 684 («Della comunione»); así como el Código civil portugués de 1867, que le dedica los arts. 2175 a 2183, contenidos en la Parte III, Libro único, Título III («Da propriedade singular e da propriedade commun»).

El Código civil alemán de 1900 regula igualmente de manera sistemática la comunidad de bienes («Gemeinschaft») en los §§ 741 a 758, Libro II, Sección I, Título 17, esto es, en el Libro relativo al Derecho de obligaciones (a continuación de la sociedad), y no en el referente al Derecho de bienes.

También contiene una regulación de la copropiedad el Código civil suizo de 1907, Libro IV, Parte primera, Título XVIII, C, I, bajo la rúbrica «*Copropriété*», que comprende los arts. 646 a 651, los cuales han sido modificados en diversas ocasiones.

El Código civil italiano de 1942 regula la comunidad en el Libro III, Título VII, Capítulo I, arts. 1100 a 1116 («De la comunione in generale»). La regulación del Código civil portugués de 1966 de la comunidad de bienes se contiene en el Libro III, Título II, Capítulo V, arts. 1403 a 1413 («Compropriedade»), regulación que, por cuanto concierne a la división de la comunidad, es complementada por los arts. 925 y ss. del Código de Procedimiento civil.

<sup>2</sup> El art. 400.I CC procede del primer inciso del art. 2180 CC portugués de 1867, a cuyo tenor «Nenhum com-proprietario será obrigado a permanecer na indivisão, e poderá em todo o tempo requerer partilha». Parecido era el tenor del art. 681.I CC italiano de 1865, según el cual: «Nessuno può essere costretto à rimanere in comunione, e sempre se ne può da ciascuno de' partecipanti domandare lo scioglimento».

En sentido semejante al art. 400.I CC se pronuncia la primera frase de la Ley 372 FN, según la cual «La comunidad pro indiviso es en cualquier momento divisible a petición de uno o más titulares». A tenor del art. 552-10.1 CC de Cataluña, «Cualquier cotitular puede exigir, en cualquier momento y sin expresar sus motivos, la división del objeto de la comunidad».

Norma similar a la del art. 400.I CC español se encuentra en el inciso primero del art. 1111.I CC italiano de 1942, conforme al cual «Ciascuno dei partecipanti può sempre domandare lo scioglimento della

Aunque la frase segunda del precepto es consecuencia de la primera, ésta tiene un alcance más general, que explica por qué cada comunero puede disponer de su cuota en favor de otro o de un tercero, y por qué puede libremente renunciar a la misma.

La ausencia de la obligación de permanecer en indivisión tiene que ver con el concreto modo de organización de la comunidad de la que parte el Código civil, esto es, la comunidad ordinaria o romana, en la que la «propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas» (art. 392.I CC).

El art. 400.I responde, en efecto, a los esquemas de la comunidad romana, en la que se basa la regulación de nuestro Código civil, que se caracteriza, porque en ella a cada comunero le corresponde una cuota ideal sobre cada uno de los bienes sobre los que existe la titularidad conjunta, la cual es una expresión aritmética de la medida de su concurrencia en el todo. Cada partícipe tiene la propiedad exclusiva de su cuota, pudiendo, en consecuencia, enajenarla a un tercero o gravarla, mediante la constitución de un derecho real limitado sobre la misma, como el usufructo o la hipoteca (art. 399 CC), sin perjuicio del derecho de retracto de los otros comuneros<sup>3</sup>.

---

comunione»; así como en el inciso primero del art. 1412.1 CC portugués de 1966: «Nenhum dos comproprietários é obrigado a permanecer na indivisão».

El § 749 CC alemán prevé la clásica regla según la cual cada comunero puede en cualquier momento pedir la disolución de la comunidad: «Jeder Teilhaber kann jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen». Sin embargo, a diferencia de otros códigos civiles europeos, prevé en su párrafo segundo la posibilidad de pactos de indivisión perpetuos («für immer»), si bien establece, en su párrafo segundo, que, no obstante dicho pacto, podrá pedirse la disolución de la comunidad por un motivo importante («wichtiger Grund»), declarando en su párrafo tercero la nulidad del acuerdo en contrario.

Como se ha dicho en la nota precedente, el Código civil francés de 1804 no contenía una regulación de la comunidad, pero el art. 815.I del mismo, en sede de partición de herencia, preveía, en su inciso inicial, que «Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision» (este inciso se conserva en la versión actual del precepto).

Sin embargo, ya DELVINCOURT, Claude Etienne, *Cours de Code civil*, tomo II, Paris, 1819, p. 543 (nota 6 a la p. 43), consideraba aplicable dicho principio a la partición, no sólo de las sucesiones, sino también de lo que se posee, por cualquier título, por varias personas indivisamente, es decir, sin que la parte de cada uno sea distinta y separada. El autor advierte que esto no se aplica a las cosas que, por su naturaleza, no son susceptibles de división, poniendo como ejemplo una servidumbre de paso o acueducto o el clásico ejemplo del paso que forma una entrada común de dos casas.

No obstante, el vigente art. 1873-3.II CC francés, introducido por la Ley nº 76-1286, de 31 de diciembre de 1976, prevé la posibilidad de un pacto de indivisión de duración indeterminada, en cuyo supuesto la división podrá pedirse en todo momento, con tal de que no se haga de mala fe o a destiempo («pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi ou à contretemps»).

<sup>3</sup> Conforme la Ley 372.I FN, «En la propiedad pro indiviso, cada titular puede disponer de su propia cuota, quedando a salvo el derecho de retracto de los otros copropietarios conforme a lo dispuesto en el Código Civil».

El comunero puede, además, pedir la división de la cosa común, en cualquier momento, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*, que es irrenunciable e imprescriptible (art. 1965 CC)<sup>4</sup>.

Este tipo de organización de la comunidad corresponde a una concepción individualista, que ve en ella una forma negativa de utilización de los bienes, por lo que la contempla como una situación transitoria, que debe resolverse en la atribución a

<sup>4</sup> Con anterioridad a la promulgación del Código civil, como observa FALCÓN, Modesto, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, tomo II, 4ª ed., Imprenta Cervantes, Barcelona, 1893, pp. 153-154, «No existía en España legislación alguna que determinase por reglas precisas los derechos que asisten á los condueños de los bienes poseídos en comunidad».

Es frecuente citar como antecedente histórico un fragmento incidental de un texto romano, D.12.6, 26, 4, en el que Ulpiano, al tratar de la devolución de lo pagado indebidamente, afirma: *nemo invitus compellitur ad conmmunionem*, esto es, a nadie se le exige estar en comunidad.

Explica BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile, 6, La proprietà*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 343, nota 88, que la expresión quería decir que nadie puede ser obligado a entrar en una comunidad con otros, aunque también ha sido comúnmente entendida en el sentido de afirmar el derecho del partícipe a no permanecer sujeto al vínculo de la comunidad.

También se cita como precedente histórico del principio de indivisibilidad un texto romano, D.10.3.14.2 en el que se prohíbe el pacto de indivisión perpetua, admitiéndose el temporal, sin especificar un límite de duración máximo: «Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitali prodest, valet»; esto es, si se conviniera que, en ningún caso, se hiciera la división, tal pacto sería manifiestamente nulo, pero si se prohibiera la división, por cierto tiempo, según la naturaleza de la cosa, tal pacto sería válido.

En nuestro Derecho histórico se acuden a dos Leyes de Las Partidas, referidas a la partición de la herencia.

De un lado, P. 6.15.1: «Particion es departimiento que facen los homes entre sí de las cosas que han comunalmiente por herencia ó por otra razon, et viene ende grant pro quando es fecha derechamente; ca se tiran por ellas desacuerdos muy grandes que nascen entre los homes á las vegadas por razon de las cosas que han de so uno, et tiénese cada uno por pagado con su parte quando la ha, et alñíala mejor et aprovechase mas della».

De otro, P. 6.15.2 (inciso primero): «Cada uno de los herederos que ha derecho a heredar los bienes del finado, puede demandar a los otros que los partan entre sí».

Afirma SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil, t. III, Derechos reales. Derecho de propiedad y sus modificaciones*, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 2ª ed., Madrid, 1900, p. 184, que la base de la regulación de la división de la comunidad en el Código civil «es la declaración de que ningún copropietario estará obligado á permanecer en la comunidad», añadiendo el autor que «es el mismo criterio de la ley de Partida de que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios».

No obstante, un sector de la doctrina cuestiona los precedentes históricos del principio general de indivisibilidad, tal y como es configurado por el art. 400.I CC.

Es el caso de BRIOSO ESCOBAR, Enrique L., «Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división», *Revista de Derecho Notarial* (1980), 107, p. 89, para quien, «ni en Derecho romano, ni en Histórico español, la necesidad de disolución de la comunidad por voluntad de uno solo de lo copartícipes fué tan radical, cual se ha pretendido configurar en nuestro Código civil».

También DE MEDRANO Y RUÍZ DEL ÁRBOL, José Antonio, «Problemas de la indivisión en la comunidad», *Revista de Derecho Notarial*, (1958), XIX, pp. 55-56, que acoge con «reservas» los pasajes que se consideran antecedentes históricos, afirmando que «La fijación de plazo máximo para el pacto de no dividir es, en rigor, invención del individualismo de la Revolución Francesa».

cada comunero de la propiedad exclusiva de los bienes que, en función de su cuota, le corresponda tras la división<sup>5</sup>.

Contrasta con la llamada comunidad germana o en mano común, la cual se caracteriza porque en ella no hay cuotas ideales sobre los bienes, por lo que los comuneros no pueden disponer de su participación en ellos; y tampoco pedir la división de la misma. Este tipo de organización, que ve en la comunidad una forma adecuada de utilización de los bienes, responde a una concepción colectivista de la propiedad.

Si bien el modelo de comunidad regulada en el Código civil -según se ha dicho- es el romano, en nuestro Derecho hay comunidades de tipo germano. El ejemplo más característico lo constituyen los aprovechamientos comunales de pastos y leñas y los montes vecinales en mano común, en los que la condición de comunero se tiene por razón de ser vecino de un municipio, sin atribución de cuotas, y no es transmisible a otras personas, sin que, además, ninguno de los comuneros pueda pedir la división de la cosa común.

La Ley 55/1980, de 11 de noviembre, en su art. 2.1, dice, así, que «los montes vecinales en mano común son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables». La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, en su art. 2.1, mantiene la legislación específica de los montes vecinales en mano común, afirmando el art. 11.4 de la misma que tienen «naturaleza especial derivada de su propiedad en común, sujeta a las limitaciones de indivisibilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad»<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> La idea es reiteradamente expresada por la jurisprudencia.

La STS 17 mayo 1907 (JC, 1907, tomo 107, 2º de 1907, nº 62, pp. 382 y ss.) observa que el art. 400.I CC es un «precepto principal en el orden económico»; y la STS «que lo mismo por razones de orden económico que por la de orden jurídico, la institución de la comunidad de bienes tiene como principio fundamental el de que ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad; criterio seguido por el Código civil de acuerdo con nuestro derecho tradicional de las leyes de Partida, que decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios».

La STS (1ª) 15 diciembre 2010, rec. nº 72/2006 (ECLI:ECLI:ES:TS:2009:8108), afirma que «la idea que se mantiene desde el principio es que nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad (*nemo invitus compellitur ad communionem*), que no es sino un estado transitorio mirado con disfavor por el ordenamiento (*communio est mater discordiarum*)».

Sin embargo, la idea del disfavor legislativo hacia la comunidad ha sido objeto de amplia revisión por parte de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 400 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 2, arts. 392ª 429 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1985, p. 439, nota 1, que explica la ausencia de vinculación, como «consecuencia de que la comunidad surge de cotitularidad y no de los pactos, por lo que los comuneros, sólo por esta razón, no están obligados a continuar siéndolo».

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que, como explica la STS (1ª) 4 mayo 2016, rec. nº 758/2014 (ECLI:ES:TS:2016:1891), en los aprovechamientos comunales de pastos la comunidad germánica puede tener diversos objetos.

La sociedad de gananciales es también generalmente considerada una comunidad de tipo germano, al concurrir en ella una de sus características definitorias, esto es, el ser los comuneros propietarios de un todo, sin distinción de cuotas sobre cada uno de los bienes gananciales<sup>7</sup>.

Durante su vigencia, ambos cónyuges son propietarios de los bienes gananciales; sin embargo, éstos no tienen una cuota ideal del 50% sobre cada uno de ellos, por lo que no pueden transmitirla: sólo cabe que los dos dispongan de la totalidad de un bien (por ejemplo, vendiéndolo o hipotecándolo), de común acuerdo<sup>8</sup>.

La comunidad germánica cesará con la disolución (por ejemplo, por divorcio o muerte de uno de los cónyuges) y la liquidación de la sociedad de gananciales, mediante la cual se atribuirán (por mitad) a los cónyuges o a sus herederos bienes concretos, sea en propiedad exclusiva, sea en comunidad ordinaria, en cuyo caso, en cuanto copropietarios actuales de cuotas ideales sobre los bienes adjudicados, podrán pedir la división de los mismos.

Aunque sea discutida su calificación, también la comunidad hereditaria tiene rasgos de las comunidades de tipo germano, pues es clara su diferencia con el condominio

---

Puede, así, recaer sobre el derecho de propiedad de un predio perteneciente a los que en cada momento sean vecinos de un pueblo, todos los cuales, en cuanto copropietarios, «tendrán la facultad (integrante del dominio) de aprovechamiento solidario de los pastos de dicho predio», en cuyo caso, se estará ante una «comunidad de pastos sobre predio común».

Pero cabe también que la comunidad germánica tenga por objeto, exclusivamente, un derecho de «servidumbre de pastos», del que serán titulares todos los vecinos de un pueblo respecto de un predio que no les pertenezca y en relación al cual, todos ellos, tendrán un derecho real de disfrute sobre cosa ajena, que (siempre que no sea exclusivo) podrá concurrir con la facultad de disfrute integrante del contenido del derecho de propiedad del titular del predio sirviente (en el caso decidido por la sentencia, los vecinos de otro pueblo).

Los dos supuestos lo son de comunidad germánica.

<sup>7</sup> Existe al respecto un indiscutible consenso doctrinal y jurisprudencial, al que, a mi parecer, no es ajena una tradición jurídica en la que el matrimonio era indisoluble (hasta la Ley 30/1981, de 7 de julio) y en la que se prohibía la contratación entre cónyuges con la finalidad de modificar el régimen económico del matrimonio (hasta la Ley 14/1975, de 2 de mayo), pues es claro que en la actualidad cualquiera de los cónyuges puede hacer cesar el vínculo personal que fundamenta la situación de comunidad, por su sola voluntad, y ambos cónyuges pueden también sustituir la sociedad de gananciales por otro régimen económico matrimonial. Por lo tanto, el rasgo característico de estabilidad de la comunidad germánica queda relativizado, sin perjuicio de que los cónyuges, como se dirá en su momento, no puedan ejercitar la división de la cosa común, sin la previa liquidación de la sociedad, al no tener cuotas sobre los bienes concretos que la forman, y, obviamente, tampoco puedan hacer entrar a un tercero en la sociedad, sustituyéndolos, pues la condición de comunero va aquí unida a la condición de cónyuge.

<sup>8</sup> *Vid.* en este sentido SSTS (1ª) 11 abril 1972 (RAJ 1972, 1666), 26 septiembre 1986 (ECLI:ES:TS:1986:8010), 13 julio 1988 (ECLI:ES:TS:1988:5510), 26 septiembre 1988 (ECLI:ES:TS:1988:6493), 17 enero 2018, rec. nº 934/2015 (ECLI:ES:TS:2018:55), y 29 noviembre 2018, rec. nº 934/2015 (ECLI:ES:TS:2018:55).

ordinario, ya que «mientras en aquélla cada heredero, hasta que se realice la partición, sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como se deduce de los artículos 399 y 394 CC», sin perjuicio de que sea posible la venta de bienes hereditarios antes de la partición, si todos los coherederos están de acuerdo<sup>9</sup>.

La partición hereditaria tiene por objeto «la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión»<sup>10</sup>, en cuyo caso se podrá proceder a la división de los bienes, mediante la *actio communi dividundo*.

## 2. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD

La división de la cosa común es una causa específica de extinción de la comunidad de bienes y la más importante en la práctica, pero no la única, pues la comunidad puede extinguirse por la causas generales de extinción de los derechos reales, como la consolidación, es decir, la reunión en una persona de todas las cuotas (por cualquier título de adquisición, oneroso o gratuito), la pérdida de la cosa y la renuncia de todos los comuneros<sup>11</sup>, así como por la adquisición del bien común por un tercero<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> STS 25 junio 2008, rec. nº 1111/2001 (ECLI:ES:TS:2008:3816).

Sin embargo, en general, no se suele entender que la comunidad hereditaria sea una comunidad germánica, sino, como dice la sentencia citada, una comunidad especial, porque, a diferencia de lo que acontece en la sociedad de gananciales, las cuotas hereditarias son negociables (arts. 1067 CC y 46 LH), pues, como explica PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil, t. II, vol. II, Comunidad de bienes. Propiedad horizontal. Superficie. Propiedad intelectual e industrial. Usufructo. Servidumbres*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1979, p. 35, «sobre el patrimonio hereditario considerado globalmente recae un derecho de comunidad romana o por cuotas libremente negociables». Además, en principio, salvo prohibición del testador, cualquier coheredero podrá pedir la división de la herencia (que no, la división de la cosa común), y, «aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad» (art. 1051 CC), por lo tanto, por voluntad de cualquiera de los coherederos (art. 1700.4º CC), con las limitaciones previstas en los arts. 1705 y 1707 CC.

<sup>10</sup> STS 29 diciembre 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9316).

<sup>11</sup> Para que se produzca la extinción por consolidación, no basta con que algunas de las cuotas se reúnan en una misma persona, sino que la reunión ha de afectar a todas las cuotas. Por ello, la RDGRN 9 mayo 2012 (LL 2011, 247679) denegó la inscripción, como «disolución parcial» de una comunidad, del negocio jurídico (realizado con evidente finalidad fiscal), por el que los comuneros, titulares de las tres quintas partes indivisas de una finca, habían adquirido, por partes iguales, una quinta parte indivisa de otro comunero. Dice, así, que «la extinción de la comunidad o es total o no es tal»; y añade: «La reducción del número de comuneros no constituye un supuesto de extinción o disolución de comunidad, sino de mera alteración de su configuración objetiva, en tanto ésta siga siendo plural por la concurrencia de varios cotitulares».

<sup>12</sup> Causas de indivisión que aparecen contempladas en el art. 343-1 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil.

La división de la cosa común podrá hacerse convencionalmente (por acuerdo unánime de los comuneros o por árbitros o amigables componedores nombrados por todos ellos); y, en defecto de división convencional, la misma puede tener lugar por resolución judicial, instada por cualquiera de los partícipes, a través del ejercicio de la *actio communi dividundo*, forma de división que es siempre subsidiaria, pues el «acuerdo de las partes, ya sea previo al proceso o producido durante el mismo, siempre será vinculante para el juzgador»<sup>13</sup>.

### 3. LA DIVISIÓN POR ACUERDO DE LOS COMUNEROS

A tenor del art. 402.I CC, «La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados»<sup>14</sup>.

#### 3.1. *El negocio divisorio*

El negocio divisorio es un contrato en el que intervienen todos los partícipes<sup>15</sup>, que expresan su voluntad concorde de llevar a efecto la división<sup>16</sup>, «entendiéndose que hay consentimiento cuando se realizan ciertos actos llamados concluyentes, que puede serlo incluso el silencio, no importando la forma (expresa o tácita), siempre que sean claros e inequívocos»<sup>17</sup>.

Por lo tanto, el consentimiento puede ser tácito, pero «no cabe confundir el concurso de la oferta y la aceptación (consentimiento) con los meros tratos preliminares, en los

<sup>13</sup> AAP Tarragona (Sección 3ª) 8 febrero 2005, rec. nº 62/2004 (ECLI:ES:APT:2006:997).

<sup>14</sup> Más precisamente, la Ley 374.III FN afirma que «La división convenida por los titulares deberá ser aprobada por unanimidad».

<sup>15</sup> Observa la SAP Granada (Sección 4ª) 9 mayo 2005, rec. nº 445/2004 ECLI:ES:APGR:2005:849, que el acto divisorio no puede ser equiparado a un acto de administración que requiera la simple mayoría de los partícipes.

La falta de acuerdo de alguno de los partícipes obligará a acudir a la vía judicial.

¿Cuál será la consecuencia de la ausencia de alguno de los partícipes? Según MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 2, arts. 392 a 429 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1985, p. 493, por remisión del art. 406 CC, será aplicable el art. 1080 CC, de modo que la división no se rescindirá, a no ser que se pruebe la existencia de dolo o fraude en los otros partícipes, teniendo estos la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda. En cambio, si la partición se ha hecho con quien se creía ser comunero, sin serlo, la misma será nula, por aplicación del art. 1081 CC.

<sup>16</sup> El precepto español se aparta del Código civil portugués de 1867, cuyo art. 2184 exigía, so pena de nulidad, que la división de bienes inmuebles se hiciera en documento público.

<sup>17</sup> STS 18 febrero 1987 (ECLI:ES:TS:1987:1105).

que aquéllos se manifiestan de manera condicional, sometiéndose a una serie de requisitos que si no se asumen por todos implican ruptura o falta de consenso»<sup>18</sup>.

Tampoco cabe confundir los pactos de división con situaciones de hecho consentidas durante el estado de indivisión, con carácter meramente transitorio.

Se ha entendido, así, que no «puede ser considerado como pacto tácito de división de la comunidad lo que no es un contrato divisorio como tal (art. 402 I CC) sino un ‘acto meramente tolerado y recíproco’ [...] o un pacto de distribución del uso y disfrute de la Finca, esto es, un ‘acuerdo para el mejor disfrute de la cosa común’ (art. 398 I CC ); habiendo asumido algunos de los comuneros las cargas derivadas del acuerdo (como el pago de contribuciones y tasas)»<sup>19</sup>.

En cuanto a las modalidades de la división de cosa común, los partícipes podrán hacerla «de la manera que tengan por conveniente» (arts. 406 y 1058 CC)<sup>20</sup>, por ejemplo, mediante «el contrato que produce la división material de la cosa común y también el que proporciona un reparto de su precio de la parte indivisa en metálico o cosas ajenas a la comunidad»<sup>21</sup>.

Tratándose de una comunidad que recaiga sobre varios bienes, cabe la formación de lotes «proporcionales al derecho de cada uno» (art. 402.I CC) y su adjudicación a los comuneros, directamente o mediante un sorteo, el cual, directamente, no implica la transmisión de la propiedad, debiéndose otorgar la correspondiente escritura a este efecto<sup>22</sup>.

Respecto a la capacidad de los comuneros para pedir la división, por aplicación del art. 1052 CC, el partícipe que la solicite deberá tener «la libre administración y disposición de sus bienes»<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> STS 15 febrero 1996, rec. nº 3775/1992 (ECLI:ES:TS:1996:945).

<sup>19</sup> SAP Madrid (Sección 11ª) 25 octubre 2017, rec. nº 732/2016 (ECLI:ES:APM:2017:13459).

<sup>20</sup> La STS 26 diciembre 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9498) admite que, al constituirse la comunidad, en este caso, sobre una gasolinera, se pacte que la división se realice mediante una subasta ente los propios comuneros, con exclusión de terceros, para evitar que la gasolinera salga del ámbito familiar.

Sin embargo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Bernardo, *Derechos reales. Derecho hipotecario, t. I, Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2011, p. 511, nota 33, entiende que «este pacto puede estar en contradicción práctica con los límites imperativos que impone el art. 400».

<sup>21</sup> SAP Salamanca (Sección 1ª) 29 noviembre 2016, rec. nº 361/2016 (ECLI:ES:APSA:2016:596).

<sup>22</sup> SAP Soria (Sección 1ª) 13 de noviembre 2017, rec. nº 144/2017 (ECLI:ES:APSO:2017:236).

<sup>23</sup> Y ello, por remisión del art. 406 CC. Cfr. en tal sentido ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil. III. Derecho de bienes. Volumen primero. Parte general y derecho de propiedad*, Bosch, 7ª ed., Barcelona, 1991, p. 410; ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 400 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de

Por los menores no emancipados la pedirán sus padres, el tutor o el defensor judicial, sin necesidad de autorización judicial. No obstante, «el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada»; y lo mismo el defensor judicial, salvo que «el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento» (art. 1060.I CC).

El menor emancipado pedirá el mismo la división, pero necesitará el consentimiento de sus padres o del defensor judicial cuando los bienes respecto de los cuales solicita la división sean algunos de los mencionados en el art. 247 CC<sup>24</sup>.

Respecto de los mayores de edad sujetos a medidas de apoyo, el guardador de hecho, para poder pedir la partición, deberá solicitar autorización judicial en expediente de jurisdicción voluntaria (art. 264.I CC). Por el contrario, el curador con facultades de representación no necesitará la previa autorización judicial, aunque, una vez practicada la división, «requerirá aprobación judicial» (art. 1060.II CC); y lo mismo el defensor judicial, salvo que «el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento» (art. 1060.III CC).

Al contrato de división le son aplicables las normas sobre la rescisión por lesión, por remisión del art. 406 CC a los arts. 1080 y 1081 CC, ya que «el valor de los bienes que cada uno recibe ha de estar en la misma proporción con el valor de sus respectivos derechos».

### *3.2. Concurrencia de los acreedores o cesionarios a la división y oposición a la misma: alcance de la facultad de impugnación del art. 403 CC*

Conforme al inciso inicial del art. 402 CC<sup>25</sup>, «Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso», lo cual es lógico, porque a los acreedores y cesionarios no

---

Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011, p. 1625; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia», *Anuario de Derecho Civil*, vol. II (1965), p. 366; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 400 CC», *cit.* p. 446.

<sup>24</sup> Cfr. ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 400 CC», *cit.*, p. 1625; Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 779; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 400 CC», *cit.*, pp. 446-447.

<sup>25</sup> La redacción del precepto está inspirada claramente en el art. 680 CC italiano de 1865, conforme al cual «I creditori o cessionari di un partecipante possono opporsi alla divisione a cui si proceda senza il loro intervento, e possono intervenire a proprie spese; ma non possono impugnare una divisione consumata, eccettuato il caso di frode, o di divisione eseguita non ostante una formale opposizione, e salvo sempre ad essi l'esperimento delle ragioni del debitore o cedente».

les es indiferente que, como consecuencia de la división, les venga adjudicada a sus deudores o cedentes una porción u otra de bienes<sup>26</sup>.

El precepto se refiere a todo acreedor, también al que lo es bajo condición suspensiva. Por «cesionarios de los partícipes» hay que entender aquellos a los que uno de los comuneros trasmite la propiedad de los bienes materiales que se le adjudicarán tras la división de la comunidad, los cuales no son todavía partícipes, sino titulares de un *ius ad rem*<sup>27</sup>; y, así mismo, los titulares actuales de derechos reales (por ejemplo, el usufructo) recayentes sobre una cuota<sup>28</sup>.

Acreedores y cesionarios tendrán, pues, derecho a concurrir a todas las operaciones divisorias<sup>29</sup>, en ejercicio de que lo que se conoce como «facultad de inspección», que, según ha declarado la jurisprudencia, «no va más allá de la concurrencia» en la división, para comprobar que la misma «se hace de una manera correcta, sin que se produzca fraude», calificándola como «una intervención potestativa», sin que los acreedores o cesionarios «participen en la división propiamente dicha, pudiendo manifestar sus opiniones pero sin llegar a la partición directa como si se tratara de un comunero más»<sup>30</sup>.

Los acreedores o cesionarios no son, ciertamente, parte en la división, por lo que no pueden imponer a los comuneros una determinada forma de hacerla: por ejemplo, no pueden obligarles a realizarla judicialmente, si están de acuerdo en hacerla

<sup>26</sup> No dice el art. 404 CC que los gastos derivados de la intervención de la concurrencia de los acreedores y cesionarios deben ser asumidos por ellos, como, en cambio, prevén expresamente el art. 680 CC italiano de 1865 o el art. 882 CC francés, pero es razonable seguir la misma solución.

<sup>27</sup> Esta es la opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 400 CC», *cit.*, p. 451, seguida, entre otros, por ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 403 CC», *cit.*, p. 1637; o MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDIZ, Carlos, «La comunidad de bienes», en Pedro de Pablo Contreras, Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz y Miguel Ángel Pérez Álvarez, *Curso de Derecho civil* (coord. del volumen Pedro de Pablo Contreras), reimpresión, 4ª ed. actualizada, Edisofer, Madrid, 2016, p.188, a la que me sumo.

Sin embargo, ya OYUELOS, Ricardo, *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*, tomo II (arts. 333 a 608), Cuerpo del Derecho español, Madrid, 1917, p. 179; y posteriormente, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La disolución...», *cit.*, p. 370, entienden que los adquirentes de una cuota son los «cesionarios» a los que se refiere el art. 403 CC; y de ahí que este último autor muestre su extrañeza por la circunstancia de que el precepto sólo les permita concurrir a la división de la cosa común, pero no pedirla. Sigue esta opinión CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral, t. II, Derecho de cosas, vol. 1º, Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 13ª ed. (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1987, p. 527; y PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 39, parece adherirse a ella.

<sup>28</sup> La STS (1ª) 28 febrero 2001 (ECLI:ES:TS:1991:12884) observa que el usufructuario de cuota indivisa «carece de acción para intervenir (activa o pasivamente) en el proceso encaminado a realizar la expresada división, salvo en el caso de que ésta se hubiere efectuado en fraude de sus derechos».

<sup>29</sup> La SAP Madrid (Sección 19ª) 13 marzo 2007, rec. nº 51/2007 (ECLI:ES:APM:2007:3033), habla de «participar, intervenir, asistir a la división».

<sup>30</sup> STS (1ª) 28 enero 2011, rec. nº 984/2007 (ECLI:ES:TS:2011:225).

convencionalmente<sup>31</sup>. Ahora bien, no creo que la finalidad de la concurrencia sea, exclusivamente, evitar un fraude, pues el derecho de los acreedores y cesionarios puede quedar perjudicado, sin necesidad de aquél, simplemente, con un reparto de los bienes que no sea proporcional a las cuotas de los partícipes, aunque éstos no tengan ningún ánimo defraudatorio<sup>32</sup>.

Más dudoso es el alcance de la expresión «oponerse a la [división] que se verifique sin su concurso».

La jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar que los acreedores pueden asistir «a los actos divisionarios, limitándose en ellos a expresar su opinión y firmar el documento, pero sin poder decidir», no pudiendo entenderse, «en suma, que el derecho a la división de la cosa tenida en común pueda quedar impedido por la simple oposición de acreedores o cesionarios de los partícipes, lo que equivaldría a desconocer el fundamento de la acción de división»<sup>33</sup>.

Por lo tanto, la oposición no impide la división, pero puede dar lugar a la posibilidad de impugnarla<sup>34</sup>.

Según la segunda frase del art. 403 CC, los acreedores o cesionarios «no podrá impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse

<sup>31</sup> En contra, sin embargo, OYUELOS, Ricardo, *Digesto...*, cit., pp. 178-179, para quien «Parece desprenderse de aquí que si llega a su noticia [a la de los acreedores y cesionarios de los partícipes] el estarse verificando particularmente la división sin haberles sido comunicada, podrán los acreedores entablar la oportuna acción para ser parte en la división, y aún solicitar que ésta se verifique judicialmente, con suspensión de la privada».

No comparto dicha opinión, pues, a mi entender, el art. 403 CC concede a los acreedores y cesionarios la facultad de concurrir a la división convencional, si esta se pretende realizar por los partícipes, pero no la de exigir que la misma se lleve a cabo judicialmente.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil...*, cit., p. 308, excluye que la facultad que atribuye el art. 403 CC pueda extenderse hasta el punto de que cesionarios y acreedores «puedan decidir con su voto la manera de llevarse á cabo la división en caso de oposición (á no ser que lo acordasen así con los condueños), porque esta facultad podría conducir al extremo de que los que determinasen el modo de dividir la cosa común fuesen los acreedores de uno ó más partícipes, no éstos».

<sup>32</sup> Como decía BORSARI, Luigi, «Ad art. 680 CC», en *Commentario del Codice civile italiano*, vol. II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1872, p. 1047, es manifiesto que a los acreedores puede ocasionarles un perjuicio, no solamente una división fraudulenta, sino también la falta de igualdad, hecha sin su conocimiento o improvisada.

<sup>33</sup> STS 31 diciembre 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1698).

<sup>34</sup> Desde luego, como observa LAURENT, François, *Principes de Droit civil français*, tomo X, 4ª ed., Bruyillant-Christophe & C. - A. Marescq. Ain, Bruxelles, Paris, 1887, p. 574, a propósito del art. 882 CC francés, es claro que la oposición no da al acreedor que la formula un derecho preferente sobre los bienes que en la división se adjudiquen a su deudor.

verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla y, salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez<sup>35</sup>.

La redacción del precepto pueda dar lugar a equívocos; y ello, por dos motivos<sup>36</sup>:

En primer lugar, porque concede el derecho a impugnar la división consumada «no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla», lo que pudiera dar lugar a pensar que el mero hecho de haberse opuesto formalmente a la división autoriza a impugnarla<sup>37</sup>, interpretación que, obviamente, no es correcta, pues lo que motiva la impugnación no es la mera oposición a ella, sino la falta de concurrencia de los acreedores o cesionarios que, con la finalidad de estar presentes en la división, hubieran manifestado su oposición formal a que se verificara sin su presencia<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Demostrando, como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Bernardo, *Derechos reales...*, cit., p. 509, nota 29, que «No había perjuicio para el acreedor o cesionario o satisfaciendo el importe del crédito cedido».

<sup>36</sup> La confusión no ha desaparecido en el art. 343-3.5 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, según el cual «Los acreedores o cesionarios de los comuneros pueden concurrir a la división y oponerse a que se verifique sin su concurso. Pero no pueden impugnar la división consumada excepto en caso de fraude o cuando se realice pese a su oposición formal».

<sup>37</sup> La oposición de los acreedores y cesionarios no se dirige, sin más, a impedir la división (pues aquéllos carecen de la facultad de impedirla), sino a que la misma se realice sin su concurso, pues es esta falta de concurso la que motivará la posibilidad de impugnarla.

Como observa BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Revista Derecho privado, Madrid, 1954, p. 356, la oposición del acreedor o cesionario pretende evitar que la división se realice «sin su intervención, porque de otro modo, aquel acto sería totalmente ineficaz y no podría decirse que existe obligación por parte de los copropietarios, de permitirle concurrir a la división, si así no se ha solicitado».

<sup>38</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil...*, cit., pp. 310-311, cree, así, que, a pesar de la dicción del art. 403 CC, el precepto «quiere decir que si sabe un acreedor que se trata de dividir la cosa común sin que los partícipes le hayan dado conocimiento, podrá solicitar que se le reconozca el derecho de asistir a la división y se requerirá a los condueños para que no la realicen sin su concurso». Más adelante, añade que, «Si se verifica la división sin la concurrencia del acreedor», a pesar de la oposición de éste, dicho acreedor podrá impugnarla, considerando procedente el ejercicio de la acción de nulidad.

Que el autor hable de «si sabe un acreedor que se trata de dividir la cosa común» tiene todo su sentido, pues, expresamente, el art. 403 CC no dice que los partícipes deban avisar a sus acreedores y cesionarios de que se va a llevar a cabo la división.

La misma posición sostiene BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, cit., p. 356 y p. 358, quien se inclina por la nulidad de la división hecha sin la intervención de los acreedores o cesionarios que se hubieran opuesto a que se realizara sin su concurso, «porque se realizó en contra de lo dispuesto en la ley».

En términos semejantes, aunque más imprecisos (sin calificar la categoría de invalidez resultante), se pronuncia Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1981 (1ª reimpresión 1983), p. 781, el cual, a propósito de la división voluntaria que se realiza, «no obstante la oposición formalmente interpuesta por los acreedores o cesionarios para impedirla», habla de «una irregularidad negocial que hace inválido el negocio», añadiendo que «La irregularidad consiste en no haber dado a los acreedores o cesionarios la participación o intervención que en el negocio deben tener».

MEDINA DE LEMUS, Manuel, «De la comunidad de bienes», en *Comentarios al Código civil, II, Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 353, afirma también que «carece de validez» la división

En segundo lugar, porque, al regularse esta causa de impugnación junto al fraude, podría deducirse que la misma es una concreta manifestación de este<sup>39</sup>, interpretación que tampoco es adecuada<sup>40</sup>, ya que entre las dos causas de impugnación previstas en

---

realizada «sin intervenir los acreedores y cesionarios que previamente han expresado su oposición formalmente interpuesta», precisando que este requisito «no será necesario cuando la división se haya realizado precisamente en fraude de los mismos», en cuyo caso procede la acción revocatoria.

Es otra la opinión de MANRESA Y NAVARRO, José *Comentarios al Código civil* (con la colaboración de varios juristas), t. III, 2ª ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1904, p. 491, para quien lo que dispone el Código es que los acreedores y cesionarios tendrán derecho a impugnación «siempre que habiendo concurrido aquéllos a la partición y formulado solemne oposición, hubieren sido, no obstante, las particiones aprobadas».

<sup>39</sup> Así lo considera el art. 552-12.3 CC de Cataluña, según el cual «Los titulares de créditos contra cualquiera de los cotitulares pueden concurrir a la división y, si se hace en fraude de sus derechos, impugnarla, pero no pueden impedirla».

<sup>40</sup> Mucho más claro que el art. 403 CC español y que su modelo, el art. 860 CC italiano de 1865, es el art. 882 CC francés, según el cual, «Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence: ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée».

Esta norma, si bien se dicta en sede de partición de herencia (recuérdese que el Código civil francés no contiene una regulación de la comunidad de bienes), tiene evidentes analogías con los arts. 403 CC y 680 CC italiano de 1865, del que son deudores, si bien el precepto italiano (como el español) contempló como causa específica de impugnación el fraude, lo que no hace el precepto francés, lo que suscitó entre los autores galos la discusión de si los acreedores podían, o no, ejercitar la acción revocatoria.

Ello, a pesar de que en los trabajos preparatorios del *Code* se expresa la opinión de que los acreedores pueden oponerse a que la partición se haga sin su presencia, «mais ils ne peuvent pas attaquer un partage fait sans fraude en leur absence, à moins qu'il n'y eût été procédé au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée» (FENET, Pierre Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, Paris, 1827, p. 158).

De este pasaje se desprende claramente que la impugnación basada en la ausencia de los acreedores oponentes a la partición es motivo para la impugnación de esta, con independencia del fraude, pero también, como observa AOLLAS, Émile, *Manuel de Droit Civil. Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. II, Germer Baillière, Paris, 1874, pp. 353-354, da a pie a pensar que, concurriendo el fraude, procede el ejercicio de la acción pauliana, conforme a las reglas generales.

Precisamente, BORSARI, Luigi, «Ad art. 680 CC», *cit.*, 1049, afirma que el codificador italiano, conocedor de la controversia francesa, decidió introducir la referencia expresa al fraude como causa de impugnación, para no dar lugar a más equívocos.

Volviendo al art. 882 CC francés, de él resulta claramente que, si bien la finalidad de conceder a los acreedores la posibilidad de oponerse a que la división se haga sin su presencia es la de evitar que se realice en fraude de sus derechos, lo que autoriza a impugnar la división no es el fraude, sino el haberse llevado a cabo en ausencia de los acreedores que hubieran formulado la oposición, la cual, además, no requiere ninguna formalidad (en esto se diferencia también la norma francesa de la española e italiana).

AUBRY, Charles y RAU, Frédéric-Charles, *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*, tomo VI, 4ª ed., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1873, pp. 592 y 593, sostienen que, cuando los acreedores se han opuesto a la partición y se ha procedido a realizarla sin su presencia, con desprecio a dicha oposición, pueden solicitar una nueva partición, sin que deban probar un concurso fraudulento entre todos los coherederos, ni una intención fraudulenta por parte de su deudor; con la sola condición de demostrar que tienen un interés legítimo en descartar la partición hecha sin su concurso, por ser perjudicial para sus intereses. Entienden, además, que la falta de oposición no será obstáculo a la posibilidad de que los acreedores puedan ejercitar una acción revocatoria, si prueban la existencia de un acuerdo fraudulento entre los coherederos.

el precepto aparece la conjunción copulativa «o», por lo que se trata de dos causas de impugnación distintas<sup>41</sup>.

Lo que, a mi parecer, el art. 403 CC quiere decir es que, si los acreedores o cesionarios, sabedores de que va practicarse la división, se oponen a su realización, mediante un acto formal<sup>42</sup>, y no se les cita para que puedan concurrir a ella, podrán impugnarla, por esta causa<sup>43</sup>, una vez realizada; sin perjuicio, además, de poder impugnarla por fraude,

---

DEMOLOMBE, Jean Charles, *Cours de Code Napoléon, XVII, Traité des Successions*, tomo 5º, Imprimerie Générale, Paris, 1875, pp. 272-273, observa también que, cuando los acreedores de uno de los coherederos han formulado oposición a la partición, la misma no puede ser hecha sin ellos; y, si no son llamados, pueden impugnarla por este solo hecho, con la condición de que tengan interés en hacerlo, sin que estén obligados a probar el fraude de los coherederos o de su deudor. Considera que el carácter riguroso de esta solución se debe a que los acreedores de los coherederos no pueden impugnar por fraude la partición, punto en el que no coincide con los autores anteriormente citados.

FUZIER-HERMAN, Édouard, *Code civil annoté, tomo II (arts. 711 a 1167)*, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1891-1898, p. 299, afirma que los acreedores, con total seguridad, no están obligados a probar el fraude para poder impugnar la partición, si bien no queda claro si el autor considera que la misma es nula o anulable, pues utiliza las palabras «nulidad» y «anulación» de manera indistinta, requiriendo, en todo caso, para el ejercicio de la acción, que los acreedores demuestren la existencia de un perjuicio que justifique su interés en la impugnación.

LAURENT, François, *Principes...*, *cit.*, pp. 577-578, entiende que, si se procede a la partición sin llamar a los acreedores oponentes, éstos pueden impugnarla, si bien precisa que la misma no es radicalmente nula. Se pregunta cuál es el fundamento de su acción, descartando que lo sea el fraude, pues todo lo que el art. 882 exige es que se haga sin la presencia y en perjuicio de la oposición formulada por los acreedores. No obstante, el autor exige también que la partición les cause un perjuicio, pues, si no lesiona su interés, no tienen derecho a demandar la nulidad, descartando que deban probar un fraude. Admite, por otro lado, en la p. 580, que los acreedores que no se hayan opuesto a la división puedan ejercitar la acción revocatoria por fraude.

PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil, t. III, Régimes matrimoniaux, Successions, Donations et testaments*, 7ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1918, pp. 578-579, también afirma que el acreedor que se ha opuesto a la partición debe ser llamado a intervenir en ella; y, en caso contrario, puede impugnarla, con tal de que le produzca un perjuicio, sin necesidad de demostrar el fraude, pues el hecho de que se haya practicado despreciando su oposición la hace sospechosa. Pero, a diferencia del anterior autor, considera que el acreedor que, habiendo sido convocado, no se presenta, pierde el derecho a ejercitar la acción revocatoria, si bien reconoce ser otra la posición de la jurisprudencia por influjo de la Corte de Casación (pp. 579-580).

<sup>41</sup> Posición totalmente diversa a la expresada es la que sostiene MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 403 CC», *cit.*, p. 506, quien considera que, si los partícipes no notifican que se va a proceder a la división a los acreedores o cesionarios que, habiéndose opuesto a ella, la hayan comunicado, «hay una inversión de la carga de la prueba del fraude» (entiendo que el autor lo dice, a efectos del ejercicio de la acción revocatoria para impugnar la eficacia de la partición realizada).

<sup>42</sup> El art. 403 CC exige que se lleve a cabo una «oposición formalmente interpuesta» para impedir que se practique la división sin el concurso de los acreedores o cesionarios.

Sin embargo, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, *cit.*, p. 356, entiende que basta con que «se haga conocer a todos la oposición, sin que sea necesario que formalmente se interponga acto de oposición contra todos los comuneros».

<sup>43</sup> Es otra la opinión de MANRESA Y NAVARRO, José, *Comentarios...*, *cit.*, p. 491, para quien lo que dispone el Código es que los acreedores y cesionarios tendrán derecho a impugnación «siempre que habiendo concurrido aquéllos a la partición y formulado solemne oposición, hubieren sido, no obstante, las particiones aprobadas».

mediante el ejercicio de la acción pauliana<sup>44</sup>, siempre que se cumplan los requisitos para el ejercicio de la acción, en particular, el acuerdo defraudatorio, que habrá de ser común a todos los partícipes<sup>45</sup>.

La oposición, que, según se ha dicho, ha de ser formal, parece que ha de ser comunicada a todos los partícipes a través de una declaración de voluntad de carácter recepticio<sup>46</sup>, bastando con que se haga al inicio de la división, sin que sea necesario reiterarla respecto de todos y cada uno de los actos de la misma<sup>47</sup>.

La legitimación para impugnar la división por falta de concurrencia de los acreedores y cesionarios corresponde, exclusivamente, a los que, oponiéndose a ella, no hubieran sido citados para que se realizara en su presencia<sup>48</sup>; y la pasiva, a todos los partícipes, existiendo un litisconsorcio pasivo necesario entre todos ellos<sup>49</sup>.

Según se desprende del art. 402, *in fine*, CC, quien sostenga la validez de la división, deberá probarla, bien demostrando que se citó a los demandantes para que concurrieran a la división, bien que la misma no causó ningún perjuicio a los accionantes (por ejemplo, porque el valor de los bienes adjudicados a los partícipes es proporcional a sus cuotas o porque el precio de venta del bien se ajusta a los precios del mercado), pues, en tal caso, sería absurdo y antieconómico obligarles a practicar una división, ya que no se habría producido el resultado que se trata evitar con su ausencia en ella<sup>50</sup>.

Es evidente que a los oponentes les interesa más impugnar la validez de la división por falta de intervención en la división que atacar su eficacia mediante el ejercicio de la

<sup>44</sup> Como observa DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 781, lo que el art. 403 CC llama «fraude» «es una particular aplicación de las reglas de la acción pauliana».

<sup>45</sup> Si no lo es, observa BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, *cit.*, p. 358, que «no podrá utilizarse más que una acción de resarcimiento del daño, o, a lo más, una revocación parcial, en el caso de que sea posible».

<sup>46</sup> Afirma LAURENT, François, *Principes...*, *cit.*, pp. 568-569, en relación con el art. 882 CC francés, que, pese a las vacilaciones de la jurisprudencia, la oposición ha de ser comunicada a todos los partícipes, pues todos ellos tienen gran interés en conocerla, ya que la hecha sin la presencia del acreedor oponente es nula.

<sup>47</sup> Así lo entiende PLANIOL, Marcel, *Traité...*, *cit.*, pp. 578-579, a propósito del art. 882 CC francés.

<sup>48</sup> Como observa LAURENT, François, *Principes...*, *cit.*, p. 572, en relación con el art. 882 CC francés, la oposición es un derecho individual y, en consecuencia, no produce efecto más que respecto del acreedor que la ha formulado.

<sup>49</sup> *Cfr.* MEDINA DE LEMUS, Manuel, «De la comunidad...», *cit.*, p. 353.

<sup>50</sup> No obstante, la doctrina clásica francesa, para limitar el alcance de la previsión del art. 882 CC, entendió que el impugnante debía demostrar que tenía un interés legítimo en actuar, probando la existencia de un perjuicio, resultante de la práctica de la división sin su concurso.

acción paulina, ya que no tendrán que probar la existencia de un fraude, sino, exclusivamente, que no fueron citados para intervenir en la división.

Sin embargo, esta causa de impugnación raramente se da en la práctica, por no existir una norma expresa que obligue a los partícipes a comunicar a los acreedores y cesionarios previamente que se va a realizar la división<sup>51</sup>; pero, en cualquier caso, si convocados a la división, no acuden a ella, pierden el derecho a impugnarla por esta causa, sin perjuicio de que, en su caso, puedan ejercitar la acción revocatoria<sup>52</sup>.

#### 4. DIVISIÓN HECHA POR ÁRBITROS O AMIGABLES COMPONEDORES

La división podrá también hacerse «por árbitros o amigables componedores» nombrados por todos los partícipes<sup>53</sup>, en cuyo caso deberán formarse «partes proporcionales al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico» (art. 402 CC).

La jurisprudencia ha declarado que el cometido de estos «árbitros» «es simple trasunto del que está confiado a los contadores partidores en la herencia», por lo que sus reglas de división o partición son aplicables subsidiariamente, a falta de norma específica en sede de comunidad de bienes, descartando la aplicación de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (entonces vigente)<sup>54</sup>, debiéndose entender lo mismo respecto de la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

En este sentido se orienta un importante sector de la doctrina, según la cual, en realidad, el precepto, a pesar de su tenor literal, alude, en sentido propio, no a «árbitros», sino a «arbitradores», esto es, a terceros<sup>55</sup> (por ejemplo, peritos, cuya

<sup>51</sup> Lo constata MANRESA Y NAVARRO, José, *Comentarios...*, cit., p. 491.

No obstante, PÉREZ CONESA, Carmen, «Ad art. 403 CC», en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 3305, entiende que los comuneros que vayan a dividir tienen el deber de comunicarlo a sus respectivos acreedores y cesionarios, a fin de que puedan concurrir a ella.

<sup>52</sup> La ausencia de la obligación de llamar a los acreedores a la partición de la herencia se expresa ya en los trabajos preparatorios del Código civil francés, en los que se afirma que «ils sont bien maîtres d'intervenir, mais on n'est pas obligé de les appeler» (FENET, Pierre Antoine, *Recueil*, cit., p. 158).

<sup>53</sup> Dicho nombramiento no exige especiales requisitos de forma, como tampoco la exige el negocio a través del cual son los propios comuneros quienes realizan directamente la división.

En cambio, el art. 1413.2 CC portugués de 1966 prevé que «A divisão amigável está sujeita à forma exigida para a alienação onerosa da coisa».

<sup>54</sup> STS (1ª) 15 febrero 1996, rec. nº 3775/1992 (ECLI:ES:TS:1996:945).

<sup>55</sup> Se trataría, según explica GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La disolución...», cit., p. 385, de la figura del tercero que, según decía el art. 2.II de la Ley de Arbitrajes Privados de 22 de diciembre de 1953, interviene, no «para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aun no definida totalmente».

decisión se acata)<sup>56</sup>, aunque, lógicamente, en caso de conflicto, será también posible someter a arbitraje, en sentido estricto, la división de la cosa común, en cuyo caso no estaremos ya ante los arbitradores o amigables componedores del art. 402 CC, sino ante un verdadero árbitro, cuya actuación quedara sujeta a los preceptos de la Ley 60/2003<sup>57</sup>.

En el caso de nombrar terceros «arbitradores» para realizar la división no será necesario, obviamente, otorgar un convenio arbitral, ni exigirles los requisitos que

<sup>56</sup> Cfr., en este sentido, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil...*, cit., pp. 417-418; como también GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La disolución...», cit., p. 385; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, cit., p. 42; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil*, t. IV, *Derechos reales*, 10ª ed. actualizada con la colaboración de Isabel Zurita Martínez, M.ª Amalia Blandino y M.ª Fuensanta Rabadán, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 56; o MORENO TRUJILLO, Eulalia, «La copropiedad», en *Curso de Derecho civil III. Derechos reales y Registral Inmobiliario* (coord. Francisco Javier Sánchez Calero), 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 213. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Bernardo, *Derechos reales...*, cit., p. 510, considera opinión general la de que en el supuesto del art. 402 CC «Suele entenderse», que «estamos ante un supuesto de arbitrador».

<sup>57</sup> COSTA, Joaquín, *El juicio pericial (de peritos, prácticos, liquidadores, partidores, terceros, etc.) y su procedimiento*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1904, pp. 50-52, con base en los antecedentes históricos del precepto, concretamente con lo que él considera la interpretación doctrinal lusa de los arts. 2181 y 2182 del anterior CC 1867, preceptos en que se inspira el art. 402 CC español, considera una equivocación del codificador español usar la palabra «árbitro» junto a la de «amigables componedores».

Conforme al art. 2181 del CC portugués de 1867, «A divisão da cousa commum póde fazer-se amigavelmente, ou por arbitros nomeados a aprazimento das partes não sendo estas incapazes»; y, según el art. 2182 del mismo cuerpo legal, «No caso de ser feita a divisão por arbitros, estes devem formar a sortes com perfeita egualdade, tanto em relação á quantidade, com em relação á qualidades das cousas, evitando, quanto seja possível, as tornas a dinheiro».

Entiende el autor que «el vocablo *árbitros* en los artículos transcritos del Código civil portugués se halla usado en su acepción genérica, como sinónimo de *tercero* ('tercero' en relación con las partes)». Sin embargo, observa que «No cayó en la cuenta el individuo de la Comisión de Códigos española que hubo de proponer un arreglo del Código civil portugués para formar el 402 del nuestro: atribuyó al vocablo 'árbitro' del primero la significación específica que tiene en el Código de Procedimiento civil del mismo reino, como 'juez árbitro de derecho'».

Hay que tener en cuenta que la intención del autor no es excluir la posibilidad de que las controversias de los comuneros puedan someterse a arbitraje en sentido estricto, sino defender que el precepto permite también encomendar la división a un perito, esto es, a un tercero, distinto del árbitro.

Posteriormente, Díez-PICAZO, Luis, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 19-20, en particular, nota 37, recoge la tesis de Costa, sosteniendo la posibilidad de que las partes, además de someter a arbitraje una cuestión relativa a partición de bienes comunes, puedan encomendar la realización de la división a un tercero, que no sea un árbitro.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC», cit., p. 497, admite que el art. 402 CC contempla, tanto, los arbitradores como los árbitros; y ésta parece ser también la opinión de ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 402 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011, p. 1636-1637.

En realidad, a nivel práctico, admitido que es posible encomendar la división a un tercero, distinto de un árbitro, la cuestión será interpretar la voluntad de los comuneros en orden a saber si lo que quisieron es encomendar la división a un arbitrador o amigable componedor o, por el contrario, celebrar un convenio arbitral, que dé lugar a la aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

deben concurrir en los árbitros, pues no se trata aquí de obtener un laudo «que debiera poner término a controversias de las partes»<sup>58</sup>.

Conforme al art. 402 CC, dichos terceros realizarán la división, formando «partes proporcionales al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico», obedeciendo dicha previsión a la finalidad de impedir que algún comunero se vea privado de la facultad de pedir la división, por no disponer de suficiente «cantidad en metálico»<sup>59</sup>, con el que realizar compensaciones económicas.

En cualquier caso, la norma tiene carácter dispositivo<sup>60</sup>, por lo que los comuneros pueden autorizar a los «arbitradores» a proceder de otro modo.

Los acreedores y cesionarios de los partícipes también gozarán de la facultad de intervenir en la división en la forma prevista en el art. 403 CC, cuando la misma se realice por árbitros o amigables componedores<sup>61</sup>.

## 5. LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Con la acción de división de la cosa común se pretende que, a través de una resolución judicial recaída en juicio verbal<sup>62</sup>, se lleve a cabo la materialización de la cuota ideal de cada comunero sobre ella mediante la adjudicación de partes concretas de la misma<sup>63</sup>,

<sup>58</sup> STS 28 diciembre 1928 (JC 1928 (tomo 186, 7º de 1928, nº 168, pp. 842 y ss.). *Vid.*, en el mismo sentido, STS 16 febrero 1952 (JC, 1952, tomo XXVIII, enero y febrero, nº 50, pp. 643 y ss.).

<sup>59</sup> STS 28 diciembre 1928 (JC 1928 (tomo 186, 7º de 1928, nº 168, pp. 842 y ss.).

<sup>60</sup> La STS (1ª) 14 diciembre 1999, rec. nº 1115/1995 (ECLI:ES:TS:1999:8026), afirma, si bien en un contexto distinto, que el art. 402 CC «es un precepto admonitivo y no imperativo».

<sup>61</sup> *Cfr.* MUCIUS SCAEVOVA, Q., *Código civil...*, *cit.*, p. 309.

<sup>62</sup> Art. 250.1.16º LEC, redactado por el art. art. 44 del RDL 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

Anteriormente, la acción se tramitaba en el juicio declarativo que correspondiese en función de la cuantía de la cosa común y, por remisión del art. 251.3ª.6º LEC, por cuanto se refiere a la cuantía, se estaba al valor de los bienes «al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase». Se da la paradoja de que el tenor del precepto vigente (no ha sido modificado) sigue remitiéndose a esta regla, porque el RDL 6/2023 ha olvidado suprimir la referencia a las acciones de «división de la cosa común», que ya no tiene sentido.

<sup>63</sup> Es, así, posible la división material de un garaje en dos plazas independientes, de idénticas dimensiones y características, teniendo en común la puerta de acceso de vehículos, sin que ello suponga una depreciación económica del bien común. *Vid.* SAP Madrid (Sección 14ª) 26 diciembre 2000, rec. nº 1087/1998 (ECLI:ES:APM:2000:17889).

Es también posible que, siendo la finca común divisible un pastizal, el valor del cual sea uniforme, se formen judicialmente los lotes y luego sean los comuneros los que decidan su atribución. *Vid.* SAP Jaén (Sección 1ª) 15 junio 2016, rec. nº 11/2016 (ECLI:ECLI:ES:APJ:2016:715).

o, en caso de indivisibilidad, la adjudicación del bien a uno de los partícipes, compensando a los demás y, a falta de acuerdo, la venta del bien y el reparto del precio obtenido entre los comuneros<sup>64</sup>.

### 5.1. Legitimación

La legitimación activa para el ejercicio de la *actio comuni dividundor* la tiene cada uno de los partícipes actuales<sup>65</sup> (cualquiera que sea su cuota): por lo tanto, si uno de los comuneros originarios transmitió a un tercero su cuota, dicho tercero tendrá legitimación para ejercitar la acción<sup>66</sup>. Si la transmisión de la cuota hubiera sido por herencia, bastará que uno de los coherederos «la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación» (art. 1055 CC).

Carecen de legitimación los acreedores o cesionarios de los partícipes, a los que el art. 403 CC, les reconoce, exclusivamente, la facultad de «concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso».

Parece que, aunque los acreedores de los partícipes no tienen legitimación *ex art. 400.I* CC para pedir la división, sí que pueden pedirla a través del ejercicio de la acción subrogatoria<sup>67</sup> en defensa de sus derechos de crédito *ex art. 1111* CC, pues no tiene el mismo valor la titularidad de una cuota ideal que la propiedad exclusiva de un bien o de partes materiales del mismo<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> La STS (1ª) 15 junio 2011, rec. nº 102/2008 (ECLI:ES:TS:2011:3631), observa que la estimación de la demanda por la que uno de los comuneros pide la división de la cosa común debe subordinarse a la certidumbre sobre la copropiedad de la finca a favor de las partes en el proceso. Concretamente, desestimó la demanda, porque la finca estaba también inscrita a nombre de un tercero, que la había adquirido en virtud de una compraventa.

<sup>65</sup> El partícipe accionante ejercita la acción en nombre propio, habiendo declarado la STS (1ª) 16 marzo 2016, rec. nº 673/2014 (ECLI:ECLI:ES:TS:2016:1283), que «la viabilidad de la acción ejercitada, conforme a su naturaleza y alcance, no pueda quedar condicionada, o excepcionada, por la muerte de otro comunero y la situación sucesoria que este hecho determine respecto de la titularidad de su derecho en la comunidad de bienes preexistente».

<sup>66</sup> *Cfr.* claramente en este sentido ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 403 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011, p. 1637; o MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 400 CC», *cit.*, p. 451.

<sup>67</sup> *Cfr.*, en tal sentido art. 1111 CC italiano de 1942, así como art. 815-17.III CC francés.

<sup>68</sup> *Cfr.* MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 400 CC», *cit.*, pp. 452-453. A favor de esta posibilidad se pronuncia también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad*, *cit.*, p. 355; en contra, sin embargo, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La disolución...», *cit.*, p. 370, quien afirma que la concreción material de la cuota «no añade ningún bien a la garantía patrimonial», opinión que comparte PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 38 y 39.

La legitimación pasiva la tienen todos los partícipes que no hubieran ejercitado la acción: hay que demandar a todos ellos, situación que «constituye un claro supuesto de litisconsorcio pasivo necesario»<sup>69</sup>.

No hay que demandar al tercero no perjudicado por la división de la cosa común, a que se refiere el art. 405 CC, esto es, el titular de un derecho real o personal, recayente sobre la totalidad de los bienes que integran la comunidad<sup>70</sup> (por ejemplo, el usufructuario de la cosa común)<sup>71</sup>.

Pero tampoco, según la jurisprudencia, a los acreedores<sup>72</sup> y cesionarios de los partícipes, pues (según ella), aunque la división les afecta, en sentido estricto, no les perjudica, habiéndose considerado, así, que, de acuerdo con el art. 405 en relación con el 490 CC, «el usufructuario de cuota indivisa de una cosa (finca) en copropiedad no se ve perjudicado por la división de la expresada cosa en común, en cuanto su derecho real se mantiene subsistente y se concreta o individualiza, por imperativo legal, en la parte que se adjudique al propietario o condueño», por lo que carece de legitimación pasiva para intervenir en el procedimiento<sup>73</sup>.

No obstante, si los acreedores y cesionarios han formulado su oposición formal a la división, ha de llamárseles al procedimiento<sup>74</sup>, pues, en caso contrario, pueden impugnarla ex art. 403 CC<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> AAP Madrid (Sección 20ª) 13 marzo 2008, rec. nº 198/2006 (ECLI:ES:APM:2008:5268AA).

<sup>70</sup> La SAP Barcelona (Sección 13ª) 20 diciembre 2013, rec. nº 886/2012 (ECLI:ES:APB:2013:16024), expone que «La legitimación pasiva la ostentan exclusivamente los demás copropietarios, sin que sea preciso llamar a terceros que puedan alegar derechos, reales o de créditos, sobre la cosa común (unos y otros conservarán su fuerza, no obstante la división, lo que significa que podrán ser ejercitados una vez producida la misma) ».

<sup>71</sup> La STS 13 diciembre 1983 (RJ 1983, 6933) afirma que los derechos del usufructuario «quedan suficientemente garantizados por las disposiciones al respecto contenidas en el citado art. 405 del propio cuerpo sustantivo civil, lo que hace innecesario, como es tesis de la sentencia recurrida, traer al litigio a la usufructuaria».

<sup>72</sup> La SAP Málaga (Sección 5ª) 21 junio 2005, rec. nº 718/2004 (ECLI:ES:APMA:2005:2188), niega que el acreedor hipotecario deba ser llamado «al procedimiento para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues conforme indica el artículo 402 del Código Civil, los únicos sujetos afectados por la división de la cosa común son los propios condóminos, condición de la que carecen los acreedores de cualquier partícipe a los que se refiere el artículo 403 del mismo texto legal».

<sup>73</sup> STS (1ª) 28 febrero 2001 (ECLI:ES:TS:1991:12884).

<sup>74</sup> Esta es -me parece- la interpretación correcta, basada en los antecedentes históricos del precepto, que no son otros que el art. 680 CC italiano de 1865, del que es trasunto el art. 1113.I del *Codice* actual, conforme al cual «I creditori e gli aventi causa da un partecipante possono intervenire nella divisione a proprie spese, ma non possono impugnare la divisione già eseguita, a meno che abbiano notificato un'opposizione anteriormente alla divisione stessa e salvo sempre ad essi l'esperimento dell'azione revocatoria o dell'azione surrogatoria».

## 5.2. *Carácter imprescriptible e irrenunciable de la acción*

La división de la cosa común es irrenunciable<sup>76</sup> e imprescriptible (art. 1965 CC)<sup>77</sup>, habiendo observado la jurisprudencia que la «facultad de pedir la división de la cosa no es un derecho que pueda extinguirse por su falta de ejercicio en determinado plazo, sino una facultad de carácter permanente que acompaña siempre a la comunidad y debe entenderse subsistente mientras dure aquélla»<sup>78</sup>.

El carácter imprescriptible de la acción no excluye la posible adquisición, por usucapión, de la propiedad de la totalidad del bien, por parte del comunero que lo hubiera poseído, de modo exclusivo, en concepto de dueño, durante el tiempo necesario para ello<sup>79</sup>: «en este caso la usucapión de la cosa común, ganada por el condueño o por el

---

La doctrina italiana considera que la oposición a la división crea un litisconsorcio pasivo necesario respecto de los acreedores y causahabientes oponentes, de modo que, si no son llamados, la sentencia de división les será inoponible y el contrato de división impugnabile. *Vid.* ANGELINI, M., «La comunione», en *Il diritto privato nella giurisprudenza* (dir. P. Cendon), vol. II, *Proprietà e diritti reali*, Utet, Torino, 2011, pp. 415-416.

<sup>75</sup> El problema es el cauce procesal específico a través del cual debe posibilitarse en nuestro Derecho la comparecencia en el proceso de los acreedores y cesionarios que se oponen la división mediante un acto formal.

ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 403 CC», *cit.*, p. 1638, afirma que, «En caso de división judicial, el acreedor o cesionario que haya hecho uso del derecho a oponerse a que la partición se verifique sin su concurso, parece que estará pasivamente legitimado en el proceso».

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 405 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 2, arts. 392ª 429 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1985, pp. 522-523, entiende también que los titulares de derechos reales sobre cuota «ocupan en la partición la especial posición que el artículo 403 atribuye a los cesionarios»; y concluye: «Hay que admitir su legitimación pasiva en la acción de división de la propiedad, si han hecho uso del derecho que el artículo 403 les concede de oponerse a que la partición se verifique sin su concurso».

Desde luego llama la atención que el autor considere necesario demandar a los cesionarios para entender válidamente constituida la relación jurídica procesal y, en cambio, entienda que la falta de concurso de los acreedores y cesionarios que han manifestado su oposición formal a la partición negocial no da lugar a la invalidez de la misma, sino a una simple presunción de fraude a efectos del ejercicio de la acción revocatoria.

<sup>76</sup> El art. 2185 CC portugués de 1867 decía expresamente que «Os comproprietários ñao podem renunciar o direito de exigir divisãõ».

<sup>77</sup> SSTs 15 junio 2012, rec. nº 2070/2009 (ECLI:ES:TS:2012:4178), y STS 17 julio 2012, rec. nº 116/2010 (ECLI:ES:TS:2012:6453).

<sup>78</sup> STS 19 octubre 2012, rec. nº 752/2010 (ECLI:ES:TS:2012:6684).

<sup>79</sup> Como sucedió en el caso resuelto por la SAP Córdoba (Sección 3ª) 22 diciembre 2003, rec. nº 375/2003 (ECLI:ES:APCO:2003:1751).

En cambio, la usucapión no tuvo lugar en el supuesto contemplado por la SAP Murcia (Sección 2ª) 28 septiembre 2005, rec. nº 165/2005 (ECLI:ES:APMU:2005:2964), porque el comunero, propietario de la mitad del local del negocio, no poseyó la totalidad del mismo en concepto de dueño, sino de comodatario.

extraño, excluye la “subsistencia” del condominio y cierra el paso por consiguiente, a la acción para pedir la división de la cosa»<sup>80</sup>.

### 5.3. Comunidades con pluralidad de objetos

El hecho de que haya varios bienes en indivisión, no impide que se pueda pedir la división, solamente, respecto de alguno de ellos<sup>81</sup>.

Lógicamente, si se pretende la disolución de la entera comunidad, no es preciso el ejercicio separado de la acción en relación con cada bien, sino que procede la acumulación de todas ellas en un mismo procedimiento<sup>82</sup>.

En estos casos, hay que tener en cuenta que en la comunidad romana los partícipes tienen cuotas sobre cada uno de los bienes que la integran, por lo que, a falta de acuerdo, no es posible integrarlos en lotes diversos y adjudicárselos. Por lo tanto, si hay dos pisos comunes, uno de los comuneros no puede imponer al otro una división, consistente en adjudicarse cada uno un piso, compensando en metálico a quien se le adjudique la vivienda de menor valor.

Así lo ha considerado un sector de jurisprudencia, la cual ha afirmado que, «mientras dure la indivisión, cada condueño (porque ésa es la esencia del condominio de tipo romano, que sigue nuestro CC, a diferenciarse la comunidad germánica) le corresponde una cuota ideal o abstracta sobre todos y cada uno de los bienes, física y registralmente individualizados, objeto del condominio (en este caso concreto, dos casas) y que, al ponerse fin a la indivisión, tiene derecho a que su cuota ideal o abstracta se concrete o materialice en una parte real y física de cada uno de los bienes de los que es condueño, si los mismos son divisibles, sin poder ser obligado, en contra de su voluntad, como pretende la recurrente, a recibir el pleno dominio de uno de los bienes y ser privado de toda participación real o material en el otro, solución esta última que tampoco puede serle coercitivamente impuesta cuando los bienes (o alguno de ellos) sean indivisibles,

<sup>80</sup> STS 8 junio 1945 (RAJ 1945, 700).

<sup>81</sup> STS (1ª) 4 octubre 2006, rec. nº 5131/1999 (ECLI:ES:TS:2006:5862).

Ahora bien, lo que no cabe es pedir, exclusivamente, la división de una parte del bien, ya que, en este caso, la situación de comunidad sobre dicho bien se perpetuaría. *Vid.*, por ejemplo, en este sentido STS (1ª) 15 diciembre 2010, rec. nº 72/2006 (ECLI:ES:TS:2009:8108).

<sup>82</sup> STS (1ª) 2 julio 1994, rec. nº 1780/1991 (ECLI:ES:TS:1994:5099).

pues para este supuesto la única solución que arbitra el legislador es la venta en pública subasta y el reparto del precio ente los condueños»<sup>83</sup>.

Por la razón expuesta, se ha excluido la pretensión de hacer tres lotes con cada una las fincas rústicas comunes y adjudicarlos a cada uno de los partícipes, por no existir acuerdo de todos ellos, «dado que los tribunales no pueden imponer soluciones que requieren el acuerdo unánime de las partes», por lo que un comunero no puede ser obligado, como pretenden los restantes, en contra de su voluntad, a recibir el pleno dominio de una de las fincas «y ser privado de toda participación real o material en el resto, solución esta última que tampoco puede serle coercitivamente impuesta cuando los bienes (o alguno de ellos) sean indivisibles», debiendo, pues, procederse, a la venta en pública subasta de las tres fincas<sup>84</sup>.

Sin embargo, esta tesis no es unánime, existiendo una corriente jurisprudencial que aplica a la comunidad romana una norma de división de la comunidad germánica, esto es, la prevista en el art. 1061 CC, por remisión del art. 406 CC, acordando la formación de lotes proporcionales con los bienes comunes y adjudicándoselos a los partícipes, sin requerir el consentimiento de todos ellos, con el discutible argumento de que el art. 400 CC es un precepto pensado «para cuando lo que está en comunidad es un único objeto», mientras que la aplicación de las normas de la comunidad hereditaria «se adapta perfectamente a la situación en la que lo que está en comunidad es una pluralidad de objetos»<sup>85</sup>.

Se ha acordado, así, la «formación de lotes y subsiguiente sorteo de ellos entre los condóminos, para alcanzar la mayor objetividad en la división»<sup>86</sup> o evitar una cadena de enajenaciones<sup>87</sup>; o adjudicar a uno de los comuneros la vivienda en la que habitaba, «por un criterio de equitativa ponderación» y al otro el importe de la venta de otra vivienda con la compensación correspondiente<sup>88</sup>.

#### 5.4. *La imposibilidad de realizar la división, creando otras comunidades de bienes*

<sup>83</sup> STS (1ª) 16 febrero 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1344419), seguida por SSTS (1ª) 30 julio 1991, rec. nº 213/1995 (ECLI:ES:TS:1999:5503), y 19 octubre 2012, rec. nº 752/2010 (ECLI:ES:TS:2012:6684).

<sup>84</sup> SAP Asturias (Sección 6ª) 21 julio 2017, rec. nº 265/2017 (ECLI:ES:APO:2017:2205).

<sup>85</sup> STS (1ª) 5 febrero 2013, rec. nº 1377/2010 (ECLI:ES:TS:2013:341).

<sup>86</sup> STS (1ª) 30 noviembre 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9593).

<sup>87</sup> STS (1ª) 12 julio 1996, rec. nº 3085/1992 (ECLI:ES:TS:1996:4316), y SAP Cáceres (Sección 1ª) 18 diciembre 2015, rec. nº 533/2015 (ECLI:ES:APCC:2015:953).

<sup>88</sup> STS (1ª) 5 febrero 2013, rec. nº 1377/2010 (ECLI:ES:TS:2013:341).

La facultad concedida por el art. 400.I CC para proceder al cese de la situación de comunidad «no contempla la creación de nuevas situaciones de comunidad sobre las porciones resultantes de la división, que únicamente resultaría posible si media el acuerdo de todos los interesados (artículo 402 CC)»<sup>89</sup>.

Por ello, se ha considerado improcedente proceder a la división de las fincas comunes, mediante la creación de otras fincas de menor extensión, sobre las que a su vez se pretendía constituir una situación de condominio de la que formasen parte todos los comuneros<sup>90</sup>.

Se ha desestimado también una forma de división de una finca, consistente en la creación de dos lotes, de los cuales uno se adjudicaría conjuntamente a los partícipes actores, «con persistencia por tanto de una situación de comunidad entre ellos; y otro se adjudicaría también conjuntamente a todos los demandados, con creación de igual situación de comunidad»<sup>91</sup>.

#### 5.5. *La acción de división presupone la existencia de una comunidad ordinaria*

La acción de división presupone la existencia de una comunidad romana u ordinaria, en la que los partícipes tienen cuotas ideales sobre los bienes que se pretenden dividir, siendo improcedente cuando los bienes integran una comunidad germánica o especial, esto es, una sociedad de gananciales o una comunidad hereditaria, la cual es necesario liquidar previamente, para que, una vez atribuidos a los comuneros cuotas ideales sobre bienes concretos y determinados, pueda procederse a su división.

Se rechaza, así, proceder a la división de una cosa concreta cuando la misma pertenece a la sociedad de gananciales, esto es, «a una masa patrimonial aún no liquidada y en la que sus pertenencias o partes integrantes no han sido atribuidas específicamente»<sup>92</sup>,

<sup>89</sup> SSTS (1ª) 1 abril 2009, rec. nº 1056/2004 (ECLI:ES:TS:2009:1849), y 30 abril 2009, rec. nº 2165/2004 (ECLI:ES:TS:2009:2675).

La STS (1ª) 30 noviembre 2010, rec. nº1027/2007 (ECLI:ES:TS:2010:6374), rechaza igualmente la «solución divisoria mediante la creación de nuevas comunidades».

La SAP Madrid (Sección 11ª) 25 octubre 2017, rec. nº 732/2016 (ECLI:ES:APM:2017:13459), afirma también que «No es admisible extinguir parcialmente la comunidad creando nuevas situaciones de cotitularidad sobre las porciones resultantes de la división, lo cual únicamente es viable si media el acuerdo de todos los interesados».

No obstante, la Ley 374 FN sí permite que, «Al tiempo de efectuar la división judicial se podrá, si fuere necesario, adjudicar el bien a varios de los copropietarios».

<sup>90</sup> STS (1ª) 1 abril 2009, rec. nº 1056/2004 (ECLI:ES:TS:2009:1849).

<sup>91</sup> STS (1ª) 30 abril 2009, rec. nº 2165/2004 (ECLI:ES:TS:2009:2675).

<sup>92</sup> SAP Asturias (Sección 5ª) 9 abril 2003, rec. nº 137/2003 (ECLI:ES:APO:2003:1403).

de modo que «la adjudicación por mitad y proindiviso del bien que se pretende dividir, no es más que una mera posibilidad»<sup>93</sup>.

Por la misma razón se rechaza que puede procederse a la división de bienes pertenecientes a una comunidad hereditaria, donde cada coheredero «tiene una expectativa de derecho en un conjunto patrimonial, pero no la mitad de cada bien», debiendo procederse previamente a la liquidación del patrimonio hereditario<sup>94</sup>.

#### *5.6. Posibilidad de ejercitar la acción de división, sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales o de la comunidad hereditaria, cuando sólo hay un bien divisible, siendo ciertas las cuotas de las partes*

No obstante lo dicho, es posible ejercitar directamente la *actio communi dividundo* para dividir el único bien ganancial o hereditario existente, no habiendo dudas de las cuotas pertenecientes a las partes litigantes.

Se ha confirmado, así, la sentencia que había procedido a la división, mediante la venta en pública subasta y reparto del precio de la finca ganancial, porque «el patrimonio de una y otra parte, con el mismo origen, está constituido por un solo bien libre y, por lo mismo, atribuido por mitad a una y otra de aquéllas con lo cual ha pasado de la sociedad de gananciales que integró a una cotitularidad singularizada post ganancial que hace superflua, inútil, toda operación de inventario, liquidación y atribución porque estas operaciones están hechas por el mismo bien en su única integración de aquel patrimonio y su sometimiento a las dos titulares que así se reconocen como tales»<sup>95</sup>.

Por el contrario se ha revocado la sentencia, que había denegado la pretensión de división del inmueble ganancial, con el argumento de que en la comunidad postganancial los partícipes no tienen una cuota concreta sobre cada uno de los bienes, por lo que hasta que no se haga la liquidación de la sociedad de gananciales la titularidad de la actora no puede concretarse en ningún bien ganancial. El TS afirma que «Este razonamiento, que con carácter general es correcto, prescinde de que en este caso la demandante ahora recurrente ha afirmado, y el demandado no lo ha

<sup>93</sup> SAP Madrid (Sección 20ª) 4 de junio de 2007, rec. nº 137/2006 (ECLI:ES:APM:2007:7215).

<sup>94</sup> SAP La Coruña 12 abril 2019, rec. nº 516/2018 (ECLI:ECLI:ES:APC:2019:933).

Vid. en el mismo sentido SSAP Burgos (Sección 2ª) 4 noviembre 2002, rec. nº 342/2002 (ECLI:ES:APBU:2002:1425), y Badajoz (Sección 2ª) 6 abril 2011, rec. nº 267/2000 (ECLI:ES:APBA:2001:477).

<sup>95</sup> STS (1ª) 12 abril 2020, rec. nº 1729/1995 (ECLI:ES:TS:2000:3078).

negado, que solo queda por liquidar el inmueble al que se refiere la acción de división»<sup>96</sup>.

La jurisprudencia ha declarado también que «cuando sólo hay un bien y dos herederos, no es necesario hacer la partición derivada de las disposiciones testamentarias, en las que queda clara la proporción en que los dos herederos suceden»<sup>97</sup>, reiterando, «fuera por mero principio de economía procesal», que no es necesaria la previa partición, «en los casos de heredero único o en los supuestos de un único bien en el caudal»<sup>98</sup>.

## 6. LÍMITES A LA DIVISIÓN

El principio general de la divisibilidad de la cosa común tiene sus límites, que pueden ser absolutos o relativos, según impidan cualquier tipo de división o, por el contrario, solamente la material, siendo, sin embargo, posible realizar la división adjudicando el bien a uno de los partícipes, compensando a los demás, o venderlo y repartir su precio entre los comuneros.

### 6.1. Pacto de indivisión

Dentro de los límites absolutos se encuentra el previsto en el art. 400.II CC, que tiene naturaleza convencional.

#### 6.1.1. Límite temporal

El precepto admite la validez del «pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años»<sup>99</sup>, añadiendo que «Este plazo podrá

<sup>96</sup> STS (1ª) 1 abril 2024, rec. nº 2764/2022 (ECLI:ES:TS:2024:1671).

<sup>97</sup> STS (1ª) 29 noviembre 1995, rec. nº 1478/1992 (ECLI:ES:TS:1995:6055).

<sup>98</sup> STS (1ª) 25 junio 2008, rec. nº 1111/2001 (ECLI:ES:TS:2008:3816).

<sup>99</sup> El art. 400.II CC contempla el mismo límite máximo del pacto de indivisión de 10 años recogido en el art. 681.II CC italiano de 1865.

El mismo límite recoge el art. 343-2.2.I de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, según el cual «Es válido el acuerdo unánime de los comuneros de mantener la indivisión por tiempo determinado, que en ningún caso puede exceder de diez años».

Mucho más amplio es el límite temporal previsto en la Ley 374.II FN, que es de 99 años, si bien se reconoce explícitamente la facultad del juez de dejar sin efecto el pacto por «la falta de utilidad de la indivisión».

El plazo máximo de indivisión es también de 10 años en el art. 552-10.2 CC de Cataluña; y en art. 1111.II CC italiano de 1942; en cambio, es de 5 años en el art 1412.2 CC portugués de 1966, contemplando el precepto luso expresamente la posibilidad de renovar este plazo, una o varias veces, por nuevo acuerdo.

El art. 2185 CC portugués de 1867 contemplaba también un límite máximo de 5 años para el pacto de indivisión, pero sólo preveía expresamente la posibilidad de una prórroga, a pesar de lo cual la doctrina

prorrogarse por nueva convención» (una vez concluido<sup>100</sup>), al que, según opinión común, se aplica el mismo límite temporal<sup>101</sup>, así como a las sucesivas prórrogas que

---

consideró posible pactar prórrogas sucesivas indefinidas por quinquenios. Cfr. en este sentido DA CUNHA GONÇALVES, Luíz, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil Português*, volumen XI, Coimbra Editora, Coimbra, 1936, pp. 271, que considera nulos parcialmente los pactos de indivisión por un período superior a los 5 años.

El art. 650.II CC suizo prevé la posibilidad de pactar la indivisión por un período no superior a las 50 años, si bien la doctrina admite que, finalizado el plazo, pueda excluirse la división por un nuevo periodo. Cfr., en este sentido, STEINAUER, Paul-Henri, *Les droits réels, t. I, Introduction à l'étude des droits réels. Possession et registre foncier. Dispositions générales sur la propriété. Propriété par étages*, 6ª ed., Stämpfli, Berne, 2019, p. 463, quien observa que es posible que, durante el periodo de exclusión, pueda pedirse la división por motivos justos («justes motifs»), por aplicación analógica del art. 343-5 y 547.7 del Código de las obligaciones (extinción de la sociedad por resolución judicial basada en justos motivos). Posición diversa es la que mantiene el § 749.II CC alemán, que, a diferencia de lo establecido en los códigos civiles anteriormente citados, admite, tanto los pactos de indivisión temporales, como perpetuos, si bien establece, que, incluso habiéndose pactado la perpetuidad del pacto, podrá pedirse la disolución de la comunidad por un motivo importante («wichtiger Grund»), declarando en su párrafo tercero la nulidad del acuerdo en contrario.

El art. 815.II CC francés de 1804 no contemplaba el pacto de indivisión de la cosa común, por no contener dicho Código una regulación de la comunidad de bienes, pero sí el pacto de indivisión entre coherederos, por un plazo máximo de 5 años, susceptible de renovación.

En cambio, el vigente art. 1873-3 CC francés, introducido por la Ley nº 76-1286, de 31 de diciembre de 1976, admite, en su párrafo primero, el pacto de indivisión por un plazo determinado, que no podrá ser superior a los cinco años y que podrá ser renovado por decisión expresa de las partes: en este caso, no podrá pedirse la división antes del plazo pactado, salvo que existan justos motivos («justes motifs»). El segundo párrafo prevé la posibilidad de un pacto de duración indeterminada, en cuyo supuesto la división podrá pedirse en todo momento, con tal de que no se haga de mala fe o a destiempo («mauvaise foi ou à contretemp»).

En este precepto el Código civil francés, admite, al igual que el alemán el pacto de indivisión indefinido, pero entre ambos existe una importante diferencia. El § 749.II CC alemán subordina la posibilidad de pedir la división a la existencia de un importante motivo, con independencia de que el plazo de indivisión pactado sea por tiempo determinado o indefinido. En cambio, el art- 1873-3 CC francés establece una regulación diferenciada de ambos supuestos, de modo que, como observa VERNIÈRES, Christophe, «Régime conventionnel de l'indivision», en *Dalloz action. Droit patrimonial de la famille*, 254.61, 2021, cuando se pacta una indivisión con duración indefinida, se ponen menos trabas a la división, ya que no se exige la existencia de un justo motivo, sino simplemente que la petición de división no se haga de mala fe o a destiempo, lo que, según el autor citado, ocurrirá cuando sea puramente maliciosa o hecha en un momento desfavorable, teniendo en cuenta consideraciones económicas o familiares.

ALBIGES, Christophe, «Indivision: régime conventionnel», en *Dalloz, Répertoire de droit immobilier*, julio 2023, 32, expone que los pactos de duración indeterminada son frecuentes cuando los convivientes de hecho adquieren bienes o cuando quienes los compran han estipulado un pacto civil de solidaridad; y, así mismo, acuden a ellos los cónyuges divorciados que quieren vender el antiguo domicilio conyugal. Respecto al límite de no poder pedir la disolución en casos de mala fe o a destiempo, se refiere a los casos en que un comunero solicita la división con el propósito de dañar o en condiciones contrarias al interés común (37).

<sup>100</sup> No creo que sea posible prever en el pacto de indivisión una tácita reconducción, una vez finalizado el plazo de duración estipulado, si éste tiene ya la duración legal máxima, como, en cambio, permite el art. 1873-3.III CC francés.

<sup>101</sup> Expresamente, el art. 343-2.2.II de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil dispone que, «Transcurrido el plazo pactado para la indivisión o el máximo permitido por la ley los comuneros pueden celebrar un nuevo acuerdo con sujeción a las mismas

podrían estipularse<sup>102</sup>. El plazo decenal se cuenta desde que se pacta cada prórroga, no desde que expira la anterior<sup>103</sup>, aunque lo frecuente será que ambos momentos coincidan.

El pacto que superara el límite temporal de los diez años sería nulo, pero solamente en cuanto al exceso, por aplicación de la doctrina de la nulidad parcial del negocio jurídico

exigencias legales», y, entre ellas, la prevista en el 343-2.2.1, esto es, no tener una duración superior a los diez años.

<sup>102</sup> Literalmente, el art. 400.II CC dice que el plazo de indivisión «podrá prorrogarse por nueva convención».

Para BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, cit., p. 342, la prórroga que el precepto permite es «única», fundando esta opinión en el argumento de que «permitir una posibilidad indefinida de prórroga, iría en contra del espíritu que informa la comunidad latina, recogida por nuestro sistema legislativo».

Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que son posibles más prórrogas sucesivas, a cada una de las cuales se les aplica el límite de los 10 años.

MANRESA Y NAVARRO, José, *Comentarios...*, cit., p. 478, afirma que, como la ley no pone límites al derecho de los comuneros a pactar prórrogas de indivisión, «claro es que podrán pactar una segunda prórroga y las demás que les convengan, siempre que ninguna de ellas exceda de los diez años».

Es idéntica la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios...*, cit., p. 184, para quien el plazo de diez años «puede ser prorrogado por nuevas convenciones».

Cfr. en el mismo sentido, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil...*, cit., p. 413; ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 400 CC», cit., pp. 1627-1628; CAPILLA RONCERO, Francisco, «La comunidad de bienes», en *Derecho civil. Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral* (coord. Mario Clemente Meoro), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 279; CARRASCO PERERA, Ángel y ZURILLA CARIÑANA, M.ª Ángeles, «La estructura del derecho subjetivo», en *Derecho civil* (coord. Ángel Carrasco Perera), 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2023, p. 32; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., p. 779; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil. III. Derechos reales*, vol. 2º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 3ª ed., revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2009, p. 382; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios...*, cit., p. 53; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC», cit., p. 464; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «La comunidad...», cit., p. 185; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Bernardo, *Derechos reales...*, cit., p. 507, nota 25; y REYES LÓPEZ, María José, «La acción de división de la cosa común. Análisis de los arts. 400 a 406 CC», en *Comunidad de bienes* (coord. María José Reyes López), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 360.

En contra de esta opinión, sin embargo, se pronuncian CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil...*, cit., p. 523; MEDINA DE LEMUS, Manuel, «De la comunidad...», cit., p. 344; y PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, cit., pp. 37 y 38.

En una declaración *obiter dicta* la RDGRN 30 septiembre 1987 (RJ 1987, 6579) se refiere al «artículo 400.2.º, del Código Civil, que si bien rechaza el pacto de indivisión por más de diez años, admite la indivisión por período superior mediante sucesivos pactos».

La misma tesis defendida por la mayoría de los autores españoles se sostiene en la doctrina italiana, respecto del art. 1111.II del *Codice*, que, expresamente, a diferencia del art. 400.II CC español, no prevé la posibilidad de prórroga, a pesar de lo cual dicha posibilidad es comúnmente admitida por la doctrina. PARENTE, Ferdinando, «Ad art. 1111 CC», en *Codice civile commentato* (dir. G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli), t. I, *Della comunione*, Arts. 1-1677, 4ª ed., Utet, Torino, 2012, observa, así, que los partícipes pueden renovar hasta el infinito el pacto de indivisión, respetando cada vez el límite de duración decenal.

<sup>103</sup> VERNIERES, Christophe, «Régime conventionnel...», cit., 254.52

(*utile per inutile non viciatur*)<sup>104</sup>: se exceptúa el caso en que, interpretando la voluntad de los estipulantes, se llegara a la conclusión de que los mismos no lo hubieran querido con una duración inferior, en cuyo caso tal pacto sería completamente nulo<sup>105</sup>.

Es dudosa la suerte de un pacto de indivisión sin fijación de plazo: pudiera pensarse que sería válido por diez años<sup>106</sup>; sin embargo, la jurisprudencia<sup>107</sup> ha considerado nulo «el pacto por el que se acuerda la indivisión, sin expresar su duración»<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Cfr. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil...*, cit., p. 412; ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 400 CC», cit., p. 1627; BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «La comunidad de bienes. Comunidades especiales», en *Instituciones de Derecho Civil Derechos Reales Derecho Registral Inmobiliario*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 279; MORENO TRUJILLO, Eulalia, «La copropiedad...», cit., p. 213; PÉREZ CONESA, Carmen, «Ad art. 400 CC», en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 3291; REYES LÓPEZ, María José, «La acción...», cit., p. 361.

Por su parte, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, cit., p. 337, afirma que, si se pacta una duración superior a los diez años, el plazo mayor «puede considerarse reducido automáticamente a esos diez años, pero siempre que alguno de los interesados no impugne su validez».

El art. 343-2.2.I de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil prevé que «El pacto de indivisión por tiempo superior se entiende realizado por el máximo legal».

El art. 1111.II CC italiano de 1942 prevé expresamente que, si el plazo ha sido pactado por un tiempo superior a los 10 años, se reduce a este término, entendiéndose, no obstante, la doctrina que el pacto es nulo, si los partícipes no tienen interés en permanecer en indivisión sólo 10 años. Cfr. en este sentido, LAMORGESE, Antonio Pietro Maria, «Ad art. 1111 CC», en *Commentario al Codice civile* (dir. Enrico Gabrielli), *Della proprietà*, Arts. 1100-1172, Utet, Torino, 2013, p. 122.

El art. 1873-3-I CC francés contempla el pacto con plazo de duración determinada, que no podrá ser superior a cinco años; y, si bien existe jurisprudencia en contrario, ALBIGES, Christophe, «Indivision», 26; y VERNIÈRES, Christophe: «Régime conventionnel...», cit., 254.51, entienden que el pacto por un tiempo superior debería ser reducido a la duración legal admitida.

El art. 1412.2 CC portugués 1966 dispone también que el pacto de indivisión no podrá ser superior a los cinco años, entendiéndose la doctrina que, si se pacta un plazo superior, producirá sus efectos por cinco años. Cfr., así, BONIFÁCIO RAMOS, José Luís, *Manual de diretos reais*, 3ª ed., AAFDL, Lisboa, 2022, p. 455, nota 1679.

<sup>105</sup> Cfr., en tal sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC», cit., p. 464.

<sup>106</sup> Esta es la solución que para el Derecho italiano defiende LAMORGESE, Antonio Pietro Maria, «Ad art. 1111 CC...», cit., p. 122, aplicando extensivamente el art. 1111.II del *Codice*, que prevé la reducción a 10 años, si el pacto ha sido estipulado por un tiempo superior.

<sup>107</sup> La STS 12 diciembre 1927 (JC, 1927, tomo 179, 7º de 1927, nº 47, pp. 332 y ss.), partiendo de que «la libertad absoluta del dominio» es un «principio fundamental de derecho», como consecuencia del cual, en cuanto a la comunidad de bienes, «la ley proclama en todo caso dicha libertad en favor del comunero para enajenar su parte alícuota cuando, como y en la forma que tenga a bien», y, entendiéndose como una excepción, la previsión del art. 400.II CC, «exige que se determine con precisión el tiempo que la limitación, al pedir la división de cosa común, debe durar dentro del término señalado como máximo de diez años, y, por tanto, si en el pacto de indivisión no se ha fijado término, la excepción no nace»; por ello, priva de eficacia al convenio (establecido en documento privado) «que no exprese el tiempo de duración, estableciendo cuándo principia, para saber cuándo fina el término por el cual los interesados no pueden pedir la división», considerando, en cambio, válido el pacto de indivisión contenido en la escritura pública en el que sí se establecía la duración.

<sup>108</sup> Vid. SAP Vizcaya (Sección 4ª) 21 febrero 2013, rec. nº 902/2012 (ECLI:ES:APBI:2013:2403).

No es ésta la posición de la doctrina dominante, la cual entiende que el pacto valdría por 10 años. Cfr. ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 400 CC», cit., p. 1627; Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., p. 776;

El precepto establece el límite temporal en relación con un número de años. No obstante, es posible referirlo a un acontecimiento futuro cierto, el cual, sin embargo, deberá necesariamente verificarse en el plazo de los diez años (*certus an et incertus quando*)<sup>109</sup>. Por ejemplo, las comuneros pueden pactar que la comunidad permanezca indivisa, en tanto que todos ellos se encuentren en activo, por lo que, si se jubila uno de ellos, el pacto pierde su eficacia<sup>110</sup>.

### 6.1.2. Delimitación del supuesto

No debe confundirse el pacto de indivisión, que, según la jurisprudencia, ha de ser expreso<sup>111</sup>, con otras figuras diversas<sup>112</sup>.

La jurisprudencia distingue, así, entre el pacto de indivisión y el de división condicionada, en particular, al hecho de que no se concediese licencia municipal para construir en el solar común o a que, concedida la licencia, no se optara por proceder a la construcción en el plazo de un año<sup>113</sup>.

El pacto de indivisión es también distinto del pacto de uso de un inmueble, concretamente, de una vivienda, cuya utilización se había concedido a uno de los comuneros, con la obligación de que pagase la totalidad de los gastos hipotecarios, en previsión de que mejoraran las condiciones del mercado inmobiliario<sup>114</sup>.

---

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios...*, cit., p. 53; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC...», cit., p. 464; REYES LÓPEZ, María José, «La acción...», cit., p. 360.

Sin embargo, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil...*, cit., p. 412, sostiene, con toda claridad, la ineficacia del pacto «por el que se acuerda la indivisión, pero sin expresar su duración»; y lo mismo entiende BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, cit., p. 337, según el cual «no podrá establecerse un pacto en el que no se fije plazo alguno».

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «La comunidad...», cit., p. 279, considera dudoso que el pacto no haya de entenderse como nulo «por no determinar el tiempo de vigencia», como exige el art. 400.II CC.

MORENO TRUJILLO, Eulalia, «La copropiedad...», cit., p. 213, entiende que el pacto que no fije término será nulo, «cuando no quepa ser interpretado como que se acepta el máximo establecido u otro menor».

<sup>109</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, cit., p. 337.

<sup>110</sup> STS (1ª) 4 julio 2003, rec. nº 3537/1997 (ECLI:ES:TS:2003:4687).

<sup>111</sup> SSAP Murcia (Sección 5ª) 2 mayo 2007, rec. nº 57/2007 (ECLI:ES:APMU:2007:1230), y Madrid (14ª) 30 marzo 2017, rec. nº 920/2016 (ECLI:ES:APM:2017:6795).

<sup>112</sup> Por ejemplo, del pacto de preaviso («Kündigungsfrist») para la disolución de la comunidad, previsto en el § 749.II CC alemán.

<sup>113</sup> STS (1ª) 23 julio 2002, rec. nº 412/1997 (ECLI:ES:TS:2002:5641).

<sup>114</sup> SAP Madrid (14ª) 30 marzo 2017, rec. nº 920/2016 (ECLI:ES:APM:2017:6795).

Con mayor razón, no se considerará prueba de la existencia de un pacto de indivisión el mero hecho de la ocupación del inmueble por la comunera demandada. *Vid.* SAP Valladolid (Sección 1ª) 8 mayo 2006, rec. nº 7/2006 (ECLI:ES:APVA:2006:620).

La indivisión<sup>115</sup> puede también ser impuesta por el donante o testador<sup>116</sup>, discutiéndose, si, en este caso, sería aplicable el límite de 10 años<sup>117</sup> o el establecido por el art. 781 CC para las sustituciones fideicomisarias<sup>118</sup>.

### 6.1.3. Efectos del pacto

El pacto previsto en el art. 400.II CC (siempre que sea consentido por todos los partícipes) impide la división<sup>119</sup>, pero no la circulación de la cosa, que puede ser vendida por todos los comuneros, quienes también podrán enajenar sus cuotas, en cuyo caso se plantea si el pacto de indivisión será oponible a los terceros adquirentes.

A mi parecer, sí lo es<sup>120</sup>. El pacto de indivisión configura la naturaleza del derecho que se transmite; por lo tanto, si el comunero que enajena su cuota no puede dividir la

<sup>115</sup> Como observa la STS (1ª) 11 mayo 1999, rec. nº 3148/1994 (ECLI:ES:TS:1999:3250).

<sup>116</sup> Para PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, cit., p. 41, es dudosa que la doctrina de que la prohibición impuesta por el testador a uno solo de los comuneros impida a los otros pedir eficazmente la división.

<sup>117</sup> *Vid.*, en tal sentido, MANRESA Y NAVARRO, José, *Comentarios...*, cit., p. 478; y OYUELOS, Ricardo, *Digesto...*, cit., p. 166; y posteriormente ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil...*, cit., p. 413, nota 6; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, cit., pp. 340-341; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil...*, cit., p. 523; y PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, cit., p. 37.

La Ley 374.II establece el mismo límite temporal previsto para los pactos de indivisión acordados por los partícipes, esto es, 99 años, «cuando el que ha constituido la propiedad pro indiviso declare su voluntad de que aquella permanezca sin dividir».

<sup>118</sup> Esta es la posición de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC...», cit., p. 466, que, sin embargo, entiende que, cuando el pacto de indivisión es pactado en la comunidad hereditaria, sí se aplica el art. 400.II CC por analogía.

<sup>119</sup> Si la indivisión ha sido pactada solamente por algunos de los partícipes, el comunero ajeno a al pacto, podrá lógicamente pedir la división, sin perjuicio de que los estipulantes puedan constituir una nueva comunidad entre ellos.

No será necesario su acuerdo, si como observa BONIFÁCIO RAMOS, José Luís, *Manual...*, cit., pp. 454-455, nota 1678, en el pacto se hubiera ya previsto que, en el supuesto de que el partícipe que no lo hubiera suscrito pidiera la división, el resto constituyera una nueva comunidad, tras la práctica de aquélla.

<sup>120</sup> Esta es la solución consagrada en la Ley 374.II FN, conforme al cual «El pacto de renuncia temporal a la acción divisoria es válido y obliga no solo a los copropietarios, sino también a sus causahabientes».

El § 751 CC alemán dispone que el pacto de indivisión temporal o perpetuo produce sus efectos a favor y en contra de los causahabientes, añadiendo que, si un acreedor ha obtenido el embargo de la participación de un socio, puede exigir la disolución de la comunidad con independencia del pacto, siempre que el título de crédito no sea ejecutivo con carácter meramente provisional. No obstante, conforme al 1100 del mismo cuerpo legal, si el objeto de la comunidad es un inmueble, el pacto, para que sea oponible a terceros, deberá acceder al Registro de la Propiedad, como carga de la cuota.

A tenor del art. 1111.II CC italiano, el pacto de permanecer en comunidad por un tiempo no superior a los diez años es válido y tiene también efectos para los causahabientes de los partícipes («ha effetto anche per gli aventi causa dai partecipanti»).

BRANCA, Giuseppe, «Ad art. 1111 CC», en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro III, *Della Proprietà, Comunione. Condominio negli edifici*, arts. 1100-1139, 6ª ed., Zanichelli, Il foro italiano, Bologna, Roma, 1982, p. 280, a la vista de dicho precepto, que estaba ausente en el Código civil italiano

comunidad, tampoco podrá hacerlo quien la adquiera de él (*nemo dat quod non habet*)<sup>121</sup>, incluso, aunque desconociera su existencia<sup>122</sup>. Cuestión distinta es que, con el fin de evitar la aparición de un tercero hipotecario protegido por el art. 34 LH, sea conveniente que el pacto acceda al Registro de la Propiedad<sup>123</sup>.

Así mismo, el pacto vincula a los acreedores de los partícipes en orden al ejercicio de la acción subrogatoria para pedir la división de la comunidad, pues los mismos no tienen más derechos que los que correspondiesen a su deudor<sup>124</sup>.

---

de 1865, afirma que es indudable que el pacto tiene eficacia también frente a los sucesores a título particular de los estipulantes, esto es, genera una obligación *propter rem*.

Sin embargo, en la actualidad no son pocos los autores que consideran que la eficacia del pacto no es real, sino meramente obligacional, produciendo su incumplimiento la obligación de indemnizar daños y perjuicios. *Vid.*, así, por ejemplo, ANGELINI, M., «La comunione...», *cit.*, p. 427.

El art. 1412.3 CC portugués de 1966 prevé expresamente la eficacia frente a terceros del pacto de indivisión («vale em relação a terceiros»), si bien la supedita a su inscripción, si se trata de un bienes inmuebles o de bienes muebles sujetos a registro.

<sup>121</sup> MANRESA Y NAVARRO, José, *Comentarios...*, *cit.*, p. 478, considera «indiscutible que, si después de otorgado el convenio de no dividir en cierto tiempo, uno de los interesados cediese á un extraño su cuota ó la transmitiese à otra persona por título hereditario, el poseedor del derecho, al subrogarse en el lugar del comunero, tendría que respetar lo convenido por su causante, puesto que el cesionario no es otra cosa que la continuación de la persona jurídica del cedente en todos sus derechos y obligaciones».

La misma solución defiende MUCIUS SCAEVOA, Q., *Código civil...*, *cit.*, p. 303-304, quien afirma que, si el cedente «se comprometió á permanecer en la comunidad durante cierto tiempo, este compromiso obliga al cesionario, que es la continuación de la personalidad jurídica de aquél, en todo lo que haya sido objeto de la cesión».

*Vid.* en el mismo sentido ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 400 CC...», *cit.*, p. 1628; BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «La comunidad...», *cit.*, p. 279; CAPILLA RONCERO, Francisco, «La comunidad...», *cit.*, p. 279; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La disolución...», *cit.*, p. 380; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos...*, *cit.*, p. 383; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC», *cit.*, pp. 461-463; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, Carlos, «La comunidad...», *cit.*, p. 185; PÉREZ CONESA, Carmen, «Ad art. 400 CC», *cit.*, pp. 3291-3292; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC», *cit.*, pp. 461-463; y REYES LÓPEZ, María José, «La acción...», *cit.*, p. 364. MORENO TRUJILLO, Eulalia, «La copropiedad...», *cit.*, p. 213, dice ser esta la tesis de la doctrina mayoritaria.

En contra de la eficacia real de indivisión, sin embargo, se manifiesta claramente ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil...*, *cit.*, p. 412.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, *cit.*, p. 340, la admite, pero sólo, si fue pactada con el cedente; y no, en el caso contrario, en el que el tercero podría pedir la división, quedando obligado el cedente a indemnizar daños y perjuicios al resto de los comuneros.

<sup>122</sup> En tal sentido se expresan ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, Segundo tomo, *Derecho de obligaciones*, II, Segunda parte (traducida del alemán de la 15ª ed. de la obra revisada por Heinrich Lehman), 3ª ed. española (con anotaciones de Blas Pérez González y José Alger, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas de José Ferrandis Vilella), Bosch, Barcelona, 1966, p. 765, en relación con § 751 CC alemán.

<sup>123</sup> Esta solución es expresamente prevista en el art. 343-2.3 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil prevé que «El pacto de indivisión es oponible a los terceros adquirentes que ingresen en la comunidad conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»

<sup>124</sup> *Cfr.* GRIMALDI, Cyril, *Droit des biens...*, *cit.*, p. 522.

El pacto de indivisión puede ser eliminado con el acuerdo de todos los partícipes que lo estipularon.

#### 6.1.4. Posibilidad de pedir la división anticipada concurriendo un justo motivo para ello

Un sector de la doctrina<sup>125</sup> entiende que, no obstante el pacto de indivisión, será posible pedir la división anticipada con justo motivo<sup>126</sup>, lo que, a mi parecer, tendrá lugar cuando concurra alguna circunstancia, en atención a la cual no sea ya objetivamente razonable seguir obligando a los partícipes a permanecer en comunidad<sup>127</sup>.

Sería, por ejemplo, el caso de la existencia de conflictos reiterados entre los partícipes<sup>128</sup> que impidieran el buen funcionamiento de la comunidad (no basta, pues, la existencia de malas relaciones entre ellos)<sup>129</sup>, en particular, si la administración de la

<sup>125</sup> En este sentido se pronuncia MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC», *cit.*, p. 464.

La Ley 374.II FN prevé expresamente que el pacto de renuncia temporal a la acción divisoria «podrá ser dejado sin efecto por la decisión del juez fundada en la falta de utilidad de la indivisión».

<sup>126</sup> Cfr. en tal sentido, expresamente, el art. 1873-3.I CC francés, que admite que, no obstante la existencia de un pacto de indivisión por plazo determinado, pueda pedirse la división antes del plazo estipulado, si existen justos motivos («justes motifs») para ello.

El art. 1111.III CC italiano de 1942 prevé que, si lo requieren graves circunstancias, la autoridad judicial puede ordenar la disolución de la comunidad antes del tiempo pactado.

Entiende la doctrina que la gravedad de las circunstancias que pueden justificar la superación del pacto deberá ser valorada en sentido objetivo, no subjetivo, debiéndose valorar los intereses de la colectividad de los partícipes y de la cosa común, y no, intereses meramente individuales. *Vid.* así, ANGELINI, M., «La comunione...», *cit.*, p. 427.

Por su parte, el § 749.II CC alemán prevé la posibilidad de pedir la disolución de la comunidad, a pesar de la existencia de un pacto de indivisión, temporal o perpetuo, cuando concurra un motivo importante («ein wichtiger Grund»).

Según SAENGER, Ingo, «Ad § 749 BGB», en SCHULZE *et alii*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2024, núm. 3, tan pronto como concurre el motivo para la disolución y ésta se solicite por un comunero, el resto está obligado a realizar los actos de cooperación necesarios para que la misma pueda llevarse a cabo.

<sup>127</sup> Este criterio de la razonabilidad («Unzumutbarkeit») es el seguido por la doctrina alemana para valorar la existencia de un motivo importante para la disolución anticipada de la comunidad, el denominado «wichtiger Grund» del § 749.II. Cfr. en este sentido SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB* (dir. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker y Bettina Limperg), *Schuldrecht, Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, §§ 705-853*, vol. VII, 9ª ed., CHBECK, München, 2024, núm. 11; y GEHRLEIN, «Ad § 749 BGB», en *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, vol. 3º, §§ 705-1017 (dir. Wolfgang Hau, Roman Poseck, Heinz Georg Bamberger y Herbert Roth), 5ª ed., C.H.BECK, München, 2023, p. 271

<sup>128</sup> *Vid.* así ALBIGES, Christophe, «Indivision», *cit.*, 30; y BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile...*, *cit.*, p. 342-343.

<sup>129</sup> SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 11, entiende que la ruptura profunda de la confianza mutua -por ejemplo, una enemistad entre los comuneros- sólo constituye una causa justificada para la disolución de la comunidad, si ésta afecta directamente a la relación comunitaria, haciendo que no sea

misma no ha sido encomendada a un tercero y son ellos mismos quienes la llevan a cabo<sup>130</sup>, y siempre que los conflictos no fueran principalmente imputables a quien solicita la división<sup>131</sup>.

Así mismo, el cambio sobrevenido de las circunstancias esenciales que se hubieran tenido en cuenta para constituir la comunidad<sup>132</sup> (por ejemplo la disolución del matrimonio<sup>133</sup> o de la unión de hecho<sup>134</sup>, si los comuneros estaban casados o convivían *more uxorio*); o, en el caso de comunidades con objeto empresarial, la muerte de uno de los comuneros<sup>135</sup>, o hechos que impidieran seguir realizando la actividad económica en las mismas condiciones en las que se inició (por ejemplo, se desvía la carretera<sup>136</sup> por la que pasaban la mayoría de los clientes del establecimiento).

También, sobre todo, en este último tipo de comunidades, el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones que hubieran asumido los partícipes al tiempo de su constitución<sup>137</sup>.

Creo que el motivo para pedir la extinción anticipada de la comunidad ha de ser apreciado de manera estricta<sup>138</sup> y objetiva, teniendo en cuenta el interés colectivo de los partícipes, por lo que uno de ellos no puede pedir la disolución, basándose en circunstancias subjetivas que sólo le afectan a él, por ejemplo, la necesidad de proceder a la venta del bien común para obtener fondos con los que hacer frente a sus

---

posible que la administración y el uso de la comunidad pueda continuar de forma razonable. En sentido semejante, SAENGER, Ingo, «Ad § 749 BGB», núm. 4, quien observa que las disputas, por sí solas, e incluso los desacuerdos graves entre los comuneros no son suficientes, sino que han de hacer imposibles el uso y la gestión comunitaria, sopesando todas las circunstancias concurrentes en cada caso.

<sup>130</sup> Cfr. así SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 11.

<sup>131</sup> GEHRLEIN, «Ad § 749 BGB», *cit.*, p. 271; y SAENGER, Ingo, «Ad § 749 BGB», núm. 4, afirman que el comunero que solicita la disolución no ha de ser el único o principal causante del motivo que la justifica; y en términos semejantes de pronuncia SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 11, que niega que pueda pedir la disolución el comunero responsable de la existencia de una crisis de confianza entre los partícipes.

<sup>132</sup> Cfr. GEHRLEIN: «Ad § 749 BGB», *cit.*, p. 272; y SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 11.

<sup>133</sup> Cfr. GEHRLEIN, «Ad § 749 BGB», *cit.*, p. 272; y SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 12.

<sup>134</sup> Cfr. SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 12.

<sup>135</sup> El § 750 CC alemán prevé que, si se ha pactado la indivisión de la comunidad por tiempo determinado, en caso de duda, se interpreta que el acuerdo deja de surtir efectos, en caso de muerte de uno de los comuneros.

SAENGER, Ingo, «Ad § 750 BGB», en SCHULZE *et alii*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2024, núm. 1, observa que la regla de interpretación se basa en la voluntad presunta de los comuneros, por lo que, si se deduce una voluntad contraria a la misma, dicha regla no se aplica.

<sup>136</sup> GEHRLEIN, «Ad § 749 BGB», *cit.*, 272, se refiere a este supuesto extraído de la jurisprudencia, pero sin especificar el supuesto de hecho.

<sup>137</sup> Cfr. SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 12.

<sup>138</sup> Cfr., en tal sentido, SAENGER, Ingo, «Ad § 749 BGB», núm. 4.

deudas<sup>139</sup>. Parece, además, que la disolución de la comunidad ha de ser total, sin que, en su caso, pueda ser parcial, salvo acuerdo de todos los partícipes<sup>140</sup>.

La existencia de un justo motivo faculta para pedir la división de la comunidad antes del tiempo pactado; sin embargo, en aras de la buena fe, parece razonable que quien la pretende llevar a cabo realice un preaviso de su intención al resto de los partícipes<sup>141</sup>.

Pudiera ocurrir que, a pesar de existir un motivo para la disolución anticipada, una mayoría de partícipes quisieran continuar en comunidad, habiéndose sostenido que, en tal caso, pueden imponer al que pide la extinción que renuncie a su pretensión divisoria a cambio de ceder su cuota en la comunidad y obtener una compensación económica<sup>142</sup>.

## 6.2. La buena fe

### 6.2.1. Planteamiento de la cuestión

Es cuestión discutida si la buena fe puede ser un límite a la posibilidad de los partícipes de pedir la división, que, como dice el art. 400.I CC<sup>143</sup>, podrá solicitarse «en cualquier tiempo»<sup>144</sup> y, además, sin ningún motivo<sup>145</sup>.

Es, pues, clara la diferencia entre el régimen de la comunidad de bienes y el del contrato de sociedad, ya que, a tenor del art. 1705.I CC, «La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha

<sup>139</sup> En la doctrina alemana SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 12, dice, así, que una oportunidad de realización favorable no suele ser motivo de disolución.

En contra, sin embargo, en la doctrina francesa ALBIGES, Christophe, «Indivision», 30, quien entiende que los problemas financieros de un comunero constituyen un justo motivo para pedir la disolución anticipada de la comunidad con pacto de indivisión en tiempo determinado.

<sup>140</sup> *Cfr.*, en tal sentido, SAENGER, Ingo, «Ad § 749 BGB», núm. 3.

<sup>141</sup> En contra, sin embargo, SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 13.

<sup>142</sup> *Cfr.*, en tal sentido, SAENGER, Ingo, «Ad § 749 BGB», núm. 3; como también SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», *cit.*, núm. 13, quien afirma que la disolución por causa justificada es la última *ratio*.

<sup>143</sup> El precepto, según se ha dicho, procede del art. 2180 CC portugués de 1867 y guarda semejanza con el art. 681.I CC italiano de 1865.

<sup>144</sup> Poco después de la promulgación del Código civil, FALCÓN, Modesto, *Código civil español, tomo II*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889, pp. 75-76, autor que ligaba la facultad de pedir la división de la cosa común al «respeto al sagrado derecho de propiedad», afirma no desconocer que de dicha facultad «se puede abusar; pero es infinitamente mayor el peligro de negar ó coartar por medios indirectos la libertad de los condueños» y que, «Aunque la duda existiera, la equidad aconsejaba el decidirse por favorecer la libertad del propietario».

<sup>145</sup> Como expresamente prevé el art. 552-10.1 CC de Cataluña.

señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio», añadiendo el párrafo segundo del precepto que, «Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios».

No obstante, se ha pensado en la posibilidad de una aplicación analógica del art. 1705.II CC<sup>146</sup>, en orden a exigir que, en todo caso, la división sea pedida conforme a las exigencias de la buena fe, lo que también se ha sostenido por un amplio sector de la doctrina. invocando el principio general del Derecho consagrado en el art. 7.1 CC, según el cual «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»<sup>147</sup>.

### 6.2.2. Pretensiones intempestivas y de suspensión de la división

Pese a que, como regla general, cualquier comunero pueda pedir la división «en cualquier tiempo»<sup>148</sup>, es, desde luego, contrario a la buena fe que lo haga en un momento en que la disolución de la comunidad pueda causar un daño al resto de los partícipes<sup>149</sup>, en cuyo caso éstos tendrán una excepción para paralizar temporalmente

<sup>146</sup> Cfr., en este sentido, CAPILLA RONCERO, Francisco, «La comunidad...», *cit.*, p. 278; y Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 775-776.

<sup>147</sup> Cfr. BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «La comunidad...», *cit.*, p. 278; BRISO ESCOBAR, Enrique L., «Cuestiones...», *cit.*, p. 71; PÉREZ CONESA, Carmen, «Ad art. 400 CC», *cit.*, p. 3292; y MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 400 CC», *cit.*, p. 458.

ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 400 CC», p. 1626; y MORENO TRUJILLO, Eulalia, «La copropiedad...», *cit.*, p. 212, citan, junto a la buena fe, el abuso de derecho como límite para el ejercicio de la acción de división.

REYES LÓPEZ, María José, «La acción...», *cit.*, p. 358, afirma que «Se entiende de mala fe al comunero que actúa en perjuicio de los intereses de la comunidad, produciendo un menoscabo de la misma o a los comuneros», añadiendo que «Normalmente se manifiesta a través del abuso de Derecho».

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios...*, *cit.*, p. 52, se refiere, exclusivamente, al abuso de derecho.

<sup>148</sup> La SAP Madrid (sección 10ª) 12 enero 2005, rec. nº 867/2003 (ECLI:ES:APM:2005:117), ha considerado que no incurre en mala fe, ni en abuso del derecho, el partícipe que pide la división de la cosa común, de la que solo posee una cuota del 17%, mientras que el resto de los partícipes aglutina el 83%.

<sup>149</sup> El art. 1873-3.II CC francés prevé que, en el caso de pacto de indivisión de duración indeterminada, la división pueda pedirse en todo momento, pero siempre que no se haga de mala fe o en tiempo inoportuno («pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi ou à contretemps»).

Conforme al art. 650.III CC suizo, «Le partage ne doit pas être provoqué en temps inopportun».

STEINAUER, Paul-Henri, *Les droits réels...*, *cit.*, p. 462, observa que la división es inoportuna, si su práctica entraña una carga excesiva o inconvenientes sensibles para los otros propietarios o para alguno de ellos, afirmando que el juez decide, teniendo en cuenta los intereses de los copropietarios concernidos.

El § 830 CC austriaco prevé que, si bien, como regla general, cada comunero puede pedir la división de la común, no obstante, no podrá hacerlo intempestivamente («zur Unzeit») o en desventaja del resto («zum Nachtheile der übrigen»). En consecuencia, debe aceptar un aplazamiento, que, en atención a las circunstancias, sea inevitable.

tal pretensión<sup>150</sup>, pudiendo solicitar al juez que fije un plazo de suspensión para la práctica de la división<sup>151</sup>.

Para que la pretensión sea calificada como intempestiva deberán concurrir circunstancias excepcionales pasajeras, cuya superación sea previsible en un periodo determinado y que objetivamente hagan que la división inmediata de la cosa común sea desventajosa o perjudicial para todos los comuneros<sup>152</sup>, sin que sea necesario que la pretensión sea ejercitada con intención de dañar a los condueños<sup>153</sup>.

---

SAILER, Hansjörg y PAINSI, Hebert, «Ad § 749 ABGB», en *Kommentar zum ABGB. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, EheG, KSchG, VGG, IPRG, Rom I-Rom II- und Rom III-VO* (dir. Peter Bydlinski, Stefan Perner y Martin Spitze), 7ª ed, Verlag Österreich, Wien, 2023, p. 888, comentando el precepto, afirman que estamos ante una concreta aplicación de la buena fe.

Obviamente, la pretensión extemporánea de división supone una desventaja para el resto de los comuneros. Sin embargo, parece que el párrafo contempla dos causas de suspensión distintas del derecho a pedir la disolución de la comunidad, aunque BÖHM, H. y PALMA, «Ad § 830 ABGB», en *ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dir. Andreas Kletečka y Martin Schauer), Manz, Wien, 1 de agosto de 2020, núm. 28 y núm. 43, observan que, aunque formalmente la jurisprudencia austriaca distingue entre extemporaneidad y desventaja, e incluso modernamente bajo el concepto de «Nachtheile» admite la posibilidad de dar relevancia a desventajas que tienen en cuenta las circunstancias subjetivas de los singulares comuneros (frente al carácter objetivo que tiene la apreciación del concepto de «Umzeit»), lo cierto es que, en la práctica, los casos en los que prosperan pretensiones de suspensión basadas en la pura desventaja son raros, por la exigencia, en todo caso, del carácter coyuntural de la circunstancia que la causa y la necesidad de que deje de existir en un futuro previsible.

<sup>150</sup> Esta es la posición de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 400 CC», *cit.*, p. 458, que parece compatible con la indemnización de daños y perjuicios. *Cfr.* en el mismo sentido REYES LÓPEZ, María José, «La acción...», *cit.*, p. 359.

<sup>151</sup> El art. 1111.I CC italiano de 1942 establece que, no obstante el principio de la libre división de la comunidad a petición de cualquiera de los partícipes, la autoridad judicial podrá establecer una «congrua dilazione», que, en ningún caso, podrá superar los cinco años, si la inmediata disolución puede perjudicar los intereses de los otros («se l'immediato scioglimento può pregiudicare gli interessi degli altri»).

ANGELINI, M., «La comunione...», *cit.*, pp. 425-426, observa que el perjuicio del que habla el precepto ha de interpretarse en clave colectiva, afirmando que el perjuicio que legitima la suspensión debe consistir en la reducción del valor de los bienes comunes y de los rendimientos, como consecuencia del fraccionamiento inmediato.

Para BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile...*, *cit.*, p. 343, en cambio, la dilación de la disolución puede responder al apreciable interés de alguno de los partícipes (no es necesario que representen la mayoría) en conservar la cosa para fines habitacionales o profesionales.

LAMORGESE, Antonio Pietro Maria, «Ad art. 1111 CC», *cit.*, p. 121, entiende que la suspensión puede ser dada más de una vez, pero el período total no puede superar los cinco años, al ser un término perentorio.

Por el contrario, PARENTE, Ferdinando, «Ad art. 1111 CC...», *cit.*, afirma que el juez, una vez vencido el plazo concedido, no podrá acordar una prórroga o renovación, en la medida en que la posibilidad de conceder el plazo representa un compromiso entre el desfavor legislativo hacia la comunidad y el interés de los partícipes a permanecer en una situación de cotitularidad. Además, si después de establecer el término suspensivo, desaparece el perjuicio, el juez deberá revocar la suspensión a instancia de parte para permitir la inmediata división de la comunidad.

<sup>152</sup> En tal sentido se orienta la jurisprudencia austriaca al interpretar el concepto «Umzeit» del § 830 CC austriaco. BÖHM, H. y PALMA, «Ad § 830 ABGB...», *cit.*, núm. 34, afirman que, según ella, la extemporaneidad es una circunstancia objetiva, ajena a las partes y derivada de la naturaleza de la cosa,

Sería el caso de que el bien tuviera algún defecto que hiciera disminuir su valor y, en consecuencia, estuviera necesitado de una reparación, que pudiera llevarse a cabo fácilmente, en particular, si los fondos necesarios para llevarla a cabo estuvieran disponibles o pudiesen obtenerse en un futuro previsible<sup>154</sup>.

Así mismo, cuando sobre la cosa común existiera un litigio con terceros, que pudieran afectar la propiedad del mismo, salvo que hubiera sido iniciado dolosamente o tuviera pocas posibilidades de prosperar<sup>155</sup>, o bien se hubiera iniciado, antes de la partición, entre los propios comuneros, discutiéndose el derecho de alguno de ellos a su cuota<sup>156</sup>.

También, cuando, por circunstancias económicas o políticas excepcionales, temporalmente disminuyera el precio de mercado del bien<sup>157</sup>, si se vislumbrara la posibilidad de que desaparecieran a medio plazo<sup>158</sup> (piénsese, por ejemplo, en una bajada de la bolsa, que produjera un derrumbe generalizado del precio de las acciones); y, al contrario, cuando se esperase un aumento de valor del bien en un futuro próximo, por ejemplo, debido a la finalización de una boca de metro cercana a la vivienda común, a la construcción de un nuevo acceso a la misma o a la realización de obras en la copropiedad del edificio donde se ubica<sup>159</sup>.

---

que hace inoportuna y perjudicial para todas aquellas la división en un momento dado. Considera que debe tratarse de una circunstancia temporal que dejará de existir o podrá eliminarse en un futuro previsible, precisando que «temporal» es una circunstancia, cuyo fin es previsible en un momento no muy lejano, porque o bien deja de existir o bien puede eliminarse.

<sup>153</sup> Así mismo, el carácter objetivo con el que ha de enjuiciarse la extemporaneidad de la pretensión divisoria hace que, a mi entender, el mismo no pueda justificarse por la circunstancia de que quien la pide se halle en una situación de necesidad económica.

<sup>154</sup> Cfr. BÖHM, H. y PALMA, «Ad § 830 ABGB», *cit.*, núm. 35; y SAILER, Hansjörg y PAINSI, Hebert, «Ad § 749 ABGB», *cit.*, p. 889.

<sup>155</sup> Cfr. BÖHM, H. y PALMA, «Ad § 830 ABGB», *cit.*, núm. 37; y SAILER, Hansjörg y PAINSI, Hebert, «Ad § 749 ABGB», *cit.*, p. 889.

<sup>156</sup> Cfr. BÖHM, H. y PALMA, «Ad § 830 ABGB», *cit.*, núm. 37.

<sup>157</sup> SAILER, Hansjörg y PAINSI, Hebert, «Ad § 749 ABGB», *cit.*, p. 889, se refieren a bajadas generalizadas de los precios.

El art. 820 CC francés permite al juez, a petición de un partícipe, suspender la partición por dos años, si la realización inmediata «risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis».

GRIMALDI, Cyril, *Droit des biens*, *cit.*, p. 551, observa que el precepto parte de la idea de que, en el momento en que se pide la partición, ciertos bienes no tienen un valor satisfactorio, por ejemplo, porque existe un litigio respecto de ellos o porque su valor es anormalmente bajo y es previsible un alza del mismo.

<sup>158</sup> BÖHM, H. y PALMA, «Ad § 830 ABGB», *cit.*, núm. 40, se refieren al caso de que exista inflación, si bien advierten de que este supuesto no se ha dado en la jurisprudencia en las últimas décadas.

SAILER, Hansjörg y PAINSI, Hebert, «Ad § 749 ABGB», *cit.*, p. 889, observan que, tras la estabilización posterior a la Segunda Guerra Mundial, esta circunstancia no ha sido considerada, ni siquiera, en casos de una fuerte inflación progresiva.

<sup>159</sup> Cfr. BÖHM, H. y PALMA, «Ad § 830 ABGB», *cit.*, núm. 35.

La prueba del carácter intempestivo de la pretensión de división ha de ser probado por los comuneros que se oponen a ella, sin que, a este efecto, puedan argumentar que la extinción les causa daños permanentes o irremediables, que van necesariamente ligados a la disolución de la comunidad<sup>160</sup> (por ejemplo, que se va a perder el derecho a usar la cosa común).

Una vez desaparecida la circunstancia que hace extemporánea la petición de división, deja de tener sentido la suspensión, por lo que el juez deberá levantarla a petición de parte.

### 6.2.3. Especial consideración de las comunidades con finalidad empresarial: reparación del daño por ruptura de la confianza

En particular, parece que el principio de buena fe encuentra un ámbito natural de aplicación en las comunidades con finalidad empresarial.

El criterio dominante en la jurisprudencia para decidir si estamos ante una sociedad o una comunidad de bienes es el de la finalidad estática o dinámica, de la comunidad y de la sociedad, respectivamente. Se dice así que la comunidad tiene carácter estático, ya que su finalidad es la conservación y disfrute de un bien, mientras que la sociedad tiene carácter dinámico, porque su función es obtener un lucro partible entre los socios, por lo que se afirma que constituye un patrimonio en movimiento<sup>161</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que en la práctica hay comunidades que se constituyen, precisamente, para ejercer una actividad empresarial. Pensemos, en dos hermanos que adquieren en común un local y que desarrollan en él una actividad económica, por ejemplo, un bar o un restaurante.

Se trata de lo que la jurisprudencia llama «comunidades funcionales que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, con estructura, organización, pactos sociales, representación y fines propios» (en el caso enjuiciado, la explotación en común de unos huertos solares), por lo que, aunque revistan «la forma de comunidad de bienes», al «haberse constituido para desarrollar una actividad claramente mercantil», se equiparan a las sociedades irregulares colectivas, gozando

<sup>160</sup> Cfr. SAILER, Hansjörg y PAINSI, Hebert, «Ad § 749 ABGB», *cit.*, p. 888.

<sup>161</sup> Vid. en este sentido, por ejemplo, las SSTs (1ª) 2 diciembre 1993, rec. nº 545/1991 (ECLI:ES:TS:1993:8291), 13 noviembre 1995, rec. nº 1789/1992 (ECLI:ES:TS:1995:5702), y 17 julio 2012, rec. nº 116/2010 (ECLI:ES:TS:2012:6453).

de «cierto grado de personalidad jurídica», para que se les pueda «reconocer capacidad para ser parte activa» en los procesos civiles, de acuerdo con el art. 6 LEC<sup>162</sup>.

Me parece que en este tipo de «comunidades funcionales» resulta particularmente razonable, no impedir que cualquier partícipe pueda pedir la división, pero sí matizar la expresión «en cualquier momento» del art. 400.I CC, bien paralizando su pretensión temporalmente, si, por ser intempestiva, causa un daño a los demás, bien sujetando a quienes actúan sorpresivamente, defraudando las legítimas expectativas del resto a una cierta estabilidad de la comunidad, a indemnizarles daños y perjuicios<sup>163</sup>, en particular, los gastos derivados de inversiones que resultan inútiles como consecuencia de la prematura extinción de aquélla: esta solución puede ser preferible cuando la actividad del demandante que no desea permanecer sea esencial para que la comunidad pueda desarrollar la actividad empresarial.

Sólo en casos muy excepcionales de «comunidades funcionales» constituidas para alcanzar un fin realizable en un período de tiempo determinado podría negarse, no ya la suspensión, sino la división misma, en aras de la buena fe o de la prohibición del abuso de derecho<sup>164</sup>.

Es el caso jurisprudencialmente decidido, de una comunidad *ad aedificandum*, en el que se ha negado la procedencia de la división, con el argumento de que, al ser el interés compartido «una finalidad común de actividad», «no puede ser tratada como una comunidad estática» del art. 392 CC, debiéndose dar una respuesta «respetuosa con la viabilidad del proyecto inicial y la voluntad concurrente de los partícipes». En consecuencia, «la acción de división de cosa común no puede plantearse de manera

<sup>162</sup> STS (Pleno) 16 septiembre 2020, rec. nº 2225/2017 (ECLI:ES:TS:2020:2933).

En particular, la jurisprudencia asimila las comunidades de bienes que desarrollan una actividad mercantil a las sociedades irregulares colectivas, aplicando el art. 129 Ccom, para hacer responder solidariamente a los comuneros con su patrimonio personal de las deudas de la comunidad.

La STS (1ª) 10 diciembre 2020, rec. nº 1704/2018 (ECLI:ES:TS:2020:4070), considera, así, una comunidad de este tipo la constituida por varios hermanos para «la explotación económica de un negocio de transformación y venta de todo tipo de productos alimenticios» y, en consecuencia, considera que la relación procesal está bien constituida cuando un acreedor de comunidad demanda el pago de una deuda a uno solo de los comuneros, en vez de a todos ellos (habiendo solidaridad, no hay, pues, litisconsorcio pasivo necesario).

<sup>163</sup> Esta es la posición de la Ley 374.I FN, según la cual «La comunidad pro indiviso es en cualquier momento divisible a petición de uno o más titulares. Sin embargo, cuando se solicite la división contra la buena fe que se debe al acuerdo comunitario, expreso o tácito, habrá obligación de indemnizar el daño causado».

<sup>164</sup> La STS (1ª) 4 julio 2003, rec. nº 3537/1997 (ECLI:ES:TS:2003:4687), negó que existiera mala fe o abuso de derecho en el ejercicio de una acción de división de la cosa común, existiendo un pacto de indivisión supeditado a que todos los comuneros se hallaran en activo, habiéndose jubilado uno de ellos.

aislada y referida únicamente a los derechos sobre la finca [...] que ostenta la actora, sino que la titularidad dominical en que se basa debe ser contemplada en su globalidad, pues la utilización de la finca se contempla tanto respecto de la obra que se vaya a ejecutar en su superficie (aún no determinada), como en relación a la obra ejecutada»<sup>165</sup>.

### 6.3. La indivisibilidad material de la cosa

La indivisibilidad material de la cosa, como regla general, da lugar a una indivisibilidad relativa, que puede ser esencial o legal.

#### 6.3.1. Indivisibilidad esencial

Dice el art. 404.I CC<sup>166</sup> que «Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio»<sup>167</sup> (lógicamente, en proporción a sus respectivas cuotas)<sup>168</sup>.

No precisa el precepto cómo se debe de llevar a cabo la venta, pero lo más usual es que, a petición del demandante, se ordene la subasta con admisión de licitadores extraños, siendo aplicable el art. 1062 CC a la división de la comunidad de bienes (por remisión del art. 406 CC)<sup>169</sup>.

#### a. Supuesto de hecho

<sup>165</sup> SAP Barcelona (13ª) 20 diciembre 2013, rec. nº 886/2012 (ECLI:ES:APB:2013:16024).

<sup>166</sup> La fuente de inspiración del precepto es el art. 2183 CC portugués de 1867, según el cual «Se a cousa não poder ser dividida em substancia, e os consortes não convierem em que se adjudique a algum delles, interirando-se os outros a dinheiro, será vendida e repartirse-ha o preço».

Actualmente, el art. 925 del Código de Procedimiento civil portugués prevé que «Todo aquele que pretenda pôr termo à indivisão de coisa comum requer, no confronto dos demais consortes, que, fixadas as respetivas quotas, se proceda à divisão em substância da coisa comum ou à adjudicação ou venda desta, com repartição do respetivo valor, quando a considere indivisível, indicando logo as provas».

<sup>167</sup> Habrá, sin embargo, que reembolsar al comunero los gastos hechos por él en la cosa común, por ejemplo, el coste de las obras. *Vid.* SAP Sevilla (Sección 2ª) 14 enero 2008, rec. nº 3539/2006 (ECLI:ES:APSE:2008:788).

<sup>168</sup> No es obstáculo para el ejercicio de la acción que una de las copropietarias carezca de ingresos y que ocupe la vivienda en calidad únicamente de copropietaria. *Vid.* SAP Murcia (Sección 5ª) 16 julio 2013, rec. nº 224/2013 (ECLI:ES:APMU:2013:1921).

<sup>169</sup> *Cfr.* ya SSTS 15 febrero 1909 (JC, 1909, tomo 116, 1º de 1909, nº 85, pp. 586 y ss.) o 5 noviembre 1924 (JC, 1924, tomo 164, 4º de 1924, nº 65, pp. 321 y ss).

En realidad, el art. 1062 CC prevé la venta con licitadores extraños, a petición de parte, pero, en la práctica, la referencia a ellos parece haberse convertido en una cláusula de estilo que se añade cuando se acuerda la venta en pública subasta.

El precepto hace referencia a una indivisibilidad «esencial», la cual parece referirse a aquella que, de realizarse, provocaría que el bien perdiera su propia naturaleza<sup>170</sup>. Es el caso de un animal, de un automóvil<sup>171</sup>, de un buque<sup>172</sup>, de una vivienda<sup>173</sup> o de una finca sobre la que hay construida una nave industrial<sup>174</sup>.

Se ha denegado, así, la posibilidad de llevar a cabo la división material de una finca con una casa, con el argumento de que el bien común «es un todo, no son dos cosas inmuebles: el terreno y la casa, el primero divisible por ser un terreno y la segunda indivisible por ser casa destinada a vivienda; el total de ambas cosas no se puede escindir en dos, terreno y casa; es una cosa: terreno con casa y este todo no es divisible»; en consecuencia, la finca «conforma un conjunto unitario e inseparable, es indivisible y debe adjudicarse a una copropietaria, compensando a la otra, venderse sin subasta y, en último término, venderse en pública subasta»<sup>175</sup>.

#### b. Reglas jurisprudenciales relativas a la adjudicación o venta del bien

La jurisprudencia ha formulado una serie de reglas, que son aplicables a todos los casos de indivisibilidad (no sólo esencial), que deban resolverse en la adjudicación o en la venta del bien, a los que el art. 404.I CC es aplicable por analogía<sup>176</sup>.

a) El acuerdo de adjudicación de las partícipes puede ser «previo al proceso o producido durante el mismo»<sup>177</sup>.

b) No es posible la adjudicación directa del bien por el hecho de haber sido pedida por una de las partes y no haber comparecido la otra en el acto del juicio, ya que ello «nunca puede suponer una *facta confessio* de admisibilidad para el cese de la copropiedad, y sí, a lo sumo, de que efectivamente entre las mismas no hubo acuerdo previo en una fácil distribución»<sup>178</sup>.

<sup>170</sup> MANRESA Y NAVARRO, José, *Comentarios...*, cit., p, 490, dice que el precepto, a diferencia del art. 401 CC, habla de «un objeto indivisible en sí mismo, por ejemplo, un establecimiento fabril, un caballo, etc.»

<sup>171</sup> SAP Pontevedra (Sección 1ª) 4 octubre 2007, rec. nº 573/2007 (ECLI:ES:APPO:2007:2530).

<sup>172</sup> SAP Guipúzcoa (Sección 2ª) 30 diciembre 2004, rec. nº 2246/2004 (ECLI:ES:APSS:2004:1385).

<sup>173</sup> SAP Ávila (Sección 1ª) 21 enero 2010, rec. nº 382/2009 (ECLI:ES:APAV:2010:29).

<sup>174</sup> SAP Salamanca (Sección 1ª) 8 enero 2020, rec. nº 560/2019 (ECLI:ES:APSA:2020).

<sup>175</sup> STS (1ª) 7 julio 2006, rec. nº 3990/1999 (ECLI:ES:TS:2006:4257).

<sup>176</sup> Esta forma de división sustitutiva de la división material, requiere que quien la demande pruebe la indivisibilidad del bien, como expresamente prevé el art. 925 del Código de Procedimiento Civil de Portugal.

<sup>177</sup> AAP Tarragona (Sección 3ª) 8 febrero 2005, rec. nº 62/2004 (ECLI:ES:APT:2006:997).

El acuerdo puede también producirse en fase de ejecución de sentencia.

<sup>178</sup> SAP Alicante (Sección 6ª) 1 abril 2008, rec. nº 110/2008 (ECLI:ES:APA:2008:201).

c) No es preciso que se pida la adjudicación del bien, con carácter previo a la venta, «porque desde el momento que uno de los condueños pidió la enajenación de la cosa común con facultad para intervenir en la subasta licitadores extraños, es evidente que manifestó su voluntad de que no se consultara á los demás condueños por si à alguno convenía se le adjudicaran los bienes comunes»<sup>179</sup>.

d) Si los comuneros están de acuerdo en que se proceda a la división mediante la formación de lotes y su sorteo entre ellos, la falta de acuerdo respecto de la formación de los lotes y su distribución no debe dar lugar, en contra de lo pedido por ellos, a la venta en pública subasta, «sino la determinación de los lotes y su reparto, máxime cuando se nombró un perito judicial para que hiciera los lotes y los evaluase, a fin de facilitar el reparto, que inexorablemente, a la vista de la descompensación de valor entre unos y otros lotes, conllevará compensaciones económicas entre los condóminos»<sup>180</sup>.

e) Si se ha pedido la división material de la cosa y la misma es imposible, el juez puede acordar la venta en pública subasta, sin incurrir en incongruencia<sup>181</sup>.

f) Declarada la indivisibilidad del bien y su venta en pública subasta con admisión de terceros licitadores, «no pueden admitirse condicionamientos para la subasta acordados por una parte de los condóminos sin presencia de los restantes, y particularmente la fijación de un precio de venta que, en caso de ser cubierto por cualquiera de ellos, excluiría la celebración de la subasta, pues tal fijación puede ser perjudicial para la comunidad al impedir la eventual obtención de un precio mayor; de modo que, a falta de acuerdo unánime, es necesario que la subasta se celebre sin limitación alguna pudiendo concurrir a ella los condóminos junto con los terceros con el fin de poder lograr la obtención del precio más alto que sea posible»<sup>182</sup>.

<sup>179</sup> STS 15 febrero 1909 (JC, 1909, tomo 116, 1º de 1909, nº 85, pp. 586 y ss.

*Vid.*, en el mismo sentido más recientemente, SSTS (1ª) 30 julio 1999, rec. nº 213/1995 (ECLI:ES:TS:1999:5503), y 19 octubre 2012, rec. nº 752/2010 (ECLI:ES:TS:2012:6684), según las cuales, «Excluida en este caso por la voluntad del comunero demandante la adjudicación a uno con compensación económica al otro, la única forma de proceder a la división de la comunidad es la de acudir a la venta en pública subasta con distribución del precio obtenido entre los comuneros».

<sup>180</sup> STS (1ª) 10 mayo 2013, rec. nº 2234/2010 (ECLI:ES:TS:2013:2933).

<sup>181</sup> STS (1ª) 10 enero 2008, rec. nº 4783/2000 (ECLI:ES:TS:2008:85).

<sup>182</sup> STS (1ª) 22 febrero 2013, rec. nº 1460/2010 (ECLI:ES:TS:2013:790).

### c. Procedimiento de ejecución de sentencia

No se regula un procedimiento específico para la ejecución de la sentencia que acuerda la subasta de la cosa común<sup>183</sup>, ante lo cual, en defecto de acuerdo entre las partes, se acude a las normas generales previstas en los arts. 655 y ss. LEC, con las debidas adaptaciones, en atención a las especificidades del caso<sup>184</sup>, esto es, a la ejecución de un pro indiviso<sup>185</sup>, en el que el bien tiene que adjudicarse (a uno de los dueños o al tercero que haga mejor postura), entregando la parte proporcional del precio a los restantes, para salir de la indivisión<sup>186</sup>. «Por tanto no existiendo en el procedimiento de ejecución de división de cosa común deuda, ni acreedor ni deudor, ni en puridad, intereses contrapuestos ya que lo que se pretende es obtener un haber líquido para repartir dicho importe entre ambos, salvo acuerdo unánime de los condueños, no se puede establecer imperativamente un tipo mínimo»<sup>187</sup>.

Se ha discutido, si necesariamente, a petición de uno de los comuneros, debía aplicarse a la subasta el procedimiento previsto en los arts. 108 y ss. de la Ley de Jurisdicción Voluntaria; y ello, por el tenor del primero de dichos preceptos, según el cual «Se aplicarán las disposiciones de este título siempre que deba procederse, fuera de un procedimiento de apremio, a la enajenación en subasta de bienes o derechos determinados, a instancia del propio interesado».

<sup>183</sup> Es raro que lo especifique la sentencia que acuerda la subasta.

Sí lo hizo la sentencia de instancia, confirmada por la SAP Asturias (Sección 7ª) 6 marzo 2017, rec. nº 697/2016 (ECLI:ES:APO:2017:873), que, tras declarar el carácter indivisible del bien, acordó «proceder si hubiera acuerdo entre los comuneros a su adjudicación a uno de ellos con indemnización del resto o en defecto de acuerdo, a su venta en pública subasta con licitadores extraños en la forma regulada en los arts. 655 y siguientes de la LEC, previa tasación del bien en la forma prevista en los arts. 666 y 637, pudiendo pujar los comuneros o mejorar posturas y ejercer todas las facultades que otorgan los arts. 670 y 671 de la LEC, sin que les sea exigible consignar cantidad alguna para tomar parte en la subasta y sin perjuicio de que las partes puedan acordar en el trámite de ejecución forzosa fórmulas alternativas para evitar la desvalorización del bien (arts. 640 y 641 de la LEC); y enajenado el bien repartir su precio entre ambos condueños en proporción a sus respectivas cuotas, previa liquidación en todo caso de las deudas que la comunidad de bienes tenga con los condueños y sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas del proceso».

<sup>184</sup> *Cfr.* en este sentido AAP Guipúzcoa (Sección 3ª) 17 octubre 2018, rec. nº 3095/2017 (ECLI:ES:APSS:2018:1013A), como también SSAP Asturias (Sección 7ª) 6 marzo 2017, rec. nº 697/2016 (ECLI:ES:APO:2017:873), y Cádiz (Sección 8ª) 11 de noviembre de 2019, rec. nº 103/2019 ECLI:ES:APCA:2019:1957).

<sup>185</sup> Por ejemplo, el convenio de realización del art. 640 LEC no se llevará a cabo por acuerdo entre ejecutante y ejecutado, sino por acuerdo unánime de todos los comuneros; y lo mismo acontecerá respecto del acuerdo de realización por persona o entidad especializada contemplado en el art. 641 LEC.

<sup>186</sup> AAP Guipúzcoa (Sección 3ª) 17 octubre 2018, rec. nº 3095/2017 (ECLI:ES:APSS:2018:1013A).

<sup>187</sup> AAP Guipúzcoa (Sección 3ª) 17 octubre 2018, rec. nº 3095/2017 (ECLI:ES:APSS:2018:1013A).

La jurisprudencia de instancia ha respondido a esta cuestión negativamente, requiriendo para su aplicación un acuerdo previo de todos los comuneros<sup>188</sup>, pues «en la subasta voluntaria, no hay posiciones encontradas entre los interesados para sacar a licitación un bien o derecho, debiendo, en principio existir una voluntad común de subasta del bien o derecho, puesto que en caso contrario la subasta dejaría de ser voluntaria»<sup>189</sup>; y a la misma conclusión ha llegado, para que pueda llevarse a efecto la subasta notarial prevista en los arts. 72 a 76 de la Ley del Notariado, exigiendo también el acuerdo de todos los condueños<sup>190</sup>.

### 6.3.2. Indivisibilidad legal

En ocasiones, la indivisibilidad material (y la consiguiente necesidad de llevar a cabo la venta en subasta pública) viene establecida por leyes especiales, para evitar, por ejemplo, la dispersión de la propiedad rústica (necesidad de respetar la unidad mínima de cultivo)<sup>191</sup>, o, por la legislación del suelo, por razones urbanísticas.

Esa indivisibilidad legal, como la esencial, provoca que la división deba llevarse a cabo mediante la adjudicación del bien a uno de los partícipes compensando a los restantes, y, en defecto de acuerdo sobre este extremo, a través de la venta del bien en pública subasta y el posterior reparto del precio.

Es el caso del suelo sobre el que se asentaba un edificio en régimen de propiedad horizontal, demolido por haber sido declarado en ruina, que, con arreglo a las normas, era un solar de suelo urbano consolidado en el centro histórico, que no era divisible, porque las parcelas segregadas no cumplían las dimensiones mínimas exigidas<sup>192</sup>.

Es también el caso del solar que ocupaban 9 de las 11 fincas que constituían un edificio en régimen de propiedad horizontal, las cuales fueron derribadas por ruina, extinguiéndose la propiedad horizontal y surgiendo una comunidad ordinaria sobre dicho solar, que era imposible de dividir en 9 partes, por no alcanzar éstas el mínimo de

<sup>188</sup> Que raramente suele producirse.

<sup>189</sup> SAP Asturias (Sección 7ª) 6 marzo 2017, rec. nº 697/2016 (ECLI:ES:APO:2017:873).

<sup>190</sup> SAP Cádiz (Sección 8ª) 11 de noviembre de 2019, rec. nº 103/2019 ECLI:ES:APCA:2019:1957).

<sup>191</sup> SAP Málaga (Sección 4ª) 13 septiembre 2011, rec. nº 973/2009 (ECLI:ES:APMA:2011:1490). En el caso litigioso no era posible la división material de la finca en 4 lotes, porque ninguno de ellos superaba la unidad mínima de cultivo.

<sup>192</sup> SAP La Rioja (Sección 1ª) 9 septiembre 2016, rec. nº 469/2015 (ECLI:ES:APLO:2016:401).

metros cuadrados exigido por el Plan de ordenación urbana municipal para poder reedificar<sup>193</sup>.

En otras ocasiones, la indivisibilidad material viene establecida por el valor cultural del bien.

Así, se ha considerado indivisible un conjunto monumental histórico-artístico formado por una iglesia, instalaciones conventuales domésticas y un claustro, afirmándose que «el ordenamiento jurídico parte, en principio, del carácter indivisible de los Bienes de Interés Cultural dada su integración en un conjunto administrativo calificado y protegido como tal, siendo así que cualquier obra de división material afectaría indudablemente de modo negativo al conjunto»; y deduciéndose tal principio del art. 19 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, conforme al cual «En los monumentos declarados bienes de interés cultural no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los organismos competentes»<sup>194</sup>.

### 6.3.3. Indivisibilidad de los animales de compañía

Un caso específico de indivisibilidad material es el que afecta a los animales, en particular, a los de compañía, de cuya división tratan los párrafos II y III del art. 404 CC, introducidos por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

La primera cuestión que se suscita es la de determinar qué se entiende por «animales de compañía», concepto que la Ley 17/2021 no precisa, por lo que, aunque, en parte, sea tautológica, parece adecuado acudir a la definición contenida en el art. 1 del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía de Estrasburgo, de 13 de noviembre de 1987, conforme al cual «Se entenderá por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía»<sup>195</sup>.

<sup>193</sup> SAP Madrid (Sección 10ª) 16 mayo 2005, rec. nº 259/2004 (ECLI:ES:APM:2005:5593).

<sup>194</sup> STS (1ª) 30 abril 2009, rec. nº 2165/2004 (ECLI:ES:TS:2009:2675).

<sup>195</sup> Sí que, en cambio, contiene una definición de animal de compañía el art. 3 a) de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales. Lo define, así, como el «animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar, siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar que respeten sus necesidades etológicas, pueda adaptarse a la cautividad y que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de

Los animales de compañía son, pues, lo que comúnmente se conoce como «mascotas», esto es, animales que, cualquiera que sea su especie, conviven con el hombre con la finalidad de que éste pueda disfrutar de su presencia cotidiana, lo que excluye a los que son criados para su venta, así como a los que se tienen para el ejercicio de una actividad puramente deportiva (caballos o perros de competición o de caza), pues, aunque puedan ofrecer compañía ocasional a sus dueños (mientras compiten o cazan), no es ésta su función habitual<sup>196</sup>.

La ubicación de las normas atinentes a la división de los animales en el art. 404 CC es acertada, puesto que, si bien los animales no son «cosas», sino «seres vivos dotados de sensibilidad» (art. 333 bis CC), no obstante, al igual que aquéllas, no son susceptibles de división material<sup>197</sup>; y también es adecuado establecer un régimen especial de división sólo para los animales de compañía, en función de la especial relación de afecto que los mismos establecen con sus dueños, fruto de su convivencia continuada con ellos<sup>198</sup>.

De acuerdo con la regla general del art. 400.I CC, cualquier comunero podrá pedir la división.

No obstante, conforme al art. 404.II CC, «En caso de animales de compañía, la división no podrá realizarse mediante su venta, salvo acuerdo unánime de todos los

---

sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que, en el caso de los animales silvestres su especie esté incluida en el listado positivo de animales de compañía».

<sup>196</sup> Dado que lo que, a efectos de la aplicación de la Ley 17/2021, define a los animales de compañía es la función de acompañamiento cotidiano que realizan, no cabe considerar apriorísticamente como tales a todos los de una especie, por el mero hecho de pertenecer a ella. Así, un perro, que es el prototipo de animal de compañía, no tendrá esta consideración, si primordialmente está dedicado a la caza y no está integrado en la vida familiar.

Por ello, no me parece que vincule al intérprete civil la definición de animal de compañía del art. 3 a) de la Ley 7/2023, en la parte en que afirma que «En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía».

Las definiciones que contiene el art. 3 a) de la Ley 7/2023 lo son «A los efectos de esta ley», esto es, a efectos administrativos, como también lo son las contenidas en las leyes autonómicas sobre protección de animales, que, con pocas excepciones, consideran que ciertas especies, por ejemplo, perros, gatos, hurones o équidos, por definición, son animales de compañía.

<sup>197</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley se dice que «La reforma afecta, en primer lugar, al Código Civil, con vistas a sentar el importante principio de que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento»; y se añade: «De esta forma, junto a la afirmación del actual artículo 333, según el cual ‘todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles’, se concreta que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, lo que no excluye que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas».

<sup>198</sup> Para los animales que no son de compañía sigue siendo aplicable el art. 404.I CC.

condueños», lo que excluye que uno de los comuneros pueda imponer a los otros la venta forzosa del animal con intervención de terceros<sup>199</sup>.

Por lo tanto, a falta de dicho acuerdo unánime<sup>200</sup>, no siendo posible la división material del animal, la única forma de llevarla a cabo será mediante su adjudicación a uno de los partícipes, compensando al resto en metálico (piénsese que hay animales de compañía, como los caballos o algunas razas de perros, que pueden alcanzar un elevado precio)<sup>201</sup>. Conforme al art. 404.III CC, introducido también por la Ley 17/2021, «A falta de acuerdo unánime entre los condueños, la autoridad judicial decidirá el destino del animal, teniendo en cuenta el interés de los condueños y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal si fuere necesario, así como las cargas asociadas a su cuidado».

El párrafo tercero del precepto no es excesivamente claro, planteando la cuestión de a qué se refiere cuando dice que el juez «decidirá el destino del animal».

Como he dicho, pedida la división por cualquiera de los partícipes, ésta habrá de producirse necesariamente; y, a falta de acuerdo unánime<sup>202</sup>, deberá practicarse atribuyendo la propiedad del animal a uno de los comuneros; y esto es lo que -en mi

<sup>199</sup> Esta modalidad de división, que resultaba de aplicar lo que hoy es el 404.I CC, según observa OLIVEIRA OLIVA, Miryam, *Los animales de compañía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 34, «no atendía ni al bienestar ni a la dignidad del animal».

Era original la posición mantenida por GARCÍA HERNÁNDEZ, Joaquina, «El animal de compañía como objeto jurídico especial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2017) nº 21, p. 85, para la cual comunidad sobre animal de compañía era indivisible «pues no puede privarse a ninguno de los comuneros de la mascota sin vulnerar su derecho al libre desarrollo de la personalidad»; y añadía: «Así la comunidad ordinaria habría de persistir pero con una dinámica de disfrute distinta -en lugar de simultáneo, por turnos».

<sup>200</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, Reus, Madrid, 2022, p. 95, considera equivocado que el precepto exija la regla del acuerdo unánime, que, según él, sólo tiene sentido cuando haya dos comuneros, pero no, cuando haya más, caso en el que debería haberse seguido el sistema de mayorías.

<sup>201</sup> La adjudicación a uno de los comuneros es la forma de división prevista en el art. 651 a CC suizo («Animaux vivant en milieu domestique»), introducido por la Ley Federal de 4 de octubre de 2002, cuyo párrafo primero, prevé que, cuando se trate de animales que viven en el medio doméstico no utilizados con un finalidad patrimonial o lucrativa («but patrimonial ou de gain»), en caso de litigio, el juez atribuye la propiedad exclusiva a la parte que, en virtud de los criterios aplicados en materia de protección de animales, represente la mejor solución para el animal.

El párrafo segundo del precepto dispone que el juez puede condenar a quien se atribuye el animal a pagar a la otra parte una indemnización equitativa, fijando libremente su importe.

<sup>202</sup> El acuerdo puede consistir en que, existiendo dos perros comunes, cada uno de los partícipes se quede con la propiedad de uno de ellos, como ocurrió en el caso decidido por la SAP Islas Baleares (Sección 5ª) 29 octubre 2012, rec. nº 402/2012 (ECLI:ES:APIB:2012:2196).

opinión- significa que la «autoridad judicial decidirá el destino del animal, teniendo en cuenta el interés de los condueños y el bienestar» del mismo.

El juez, pues, ha de adjudicar la propiedad del animal de compañía realizando una valoración razonable, a través de dos parámetros:

a) por un lado, «el interés de los condueños», lo que exige una ponderación de sus respectivos intereses para determinar cuál es el más merecedor de protección, teniendo en cuenta, por ejemplo, el grado de apego a la mascota o la dedicación a la misma, así como la particular función asistencial que a uno de ellos le pudiera prestar el animal (claramente, los perros guía, de alerta, de señal, de servicio o de terapia deberán ser encomendados al comunero, cuyas específicas necesidades atiendan);

b) por otro, el «bienestar» del animal<sup>203</sup>, para lo cual habrá de considerar sus especiales vínculos de afecto con uno de los partícipes, la características de la vivienda en la que resida, su mejor aptitud para cuidarlo o su mayor disponibilidad temporal para dedicarse a él.

Creo que el inciso «pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal si fuere necesario» no puede entenderse en el sentido de que, ejercitada la *actio comuni dividundo*, el juez pueda negarse a estimar la pretensión divisoria, limitándose, simplemente, a asignar la posesión de la mascota o el reparto de los tiempos de convivencia, pues esta solución, que convertiría al art. 404.III CC en una mera norma reguladora del disfrute del animal (lo que contradice su ubicación sistemática), sería contraria a la esencia misma del juicio divisorio, ya que implicaría la perpetuación de la situación de comunidad; y el art. 404.II CC no dice que los animales de compañía sean indivisibles, sino que su división no puede tener lugar mediante su venta forzosa.

A mi entender, el referido inciso legal debe interpretarse en el sentido de que, adjudicada la propiedad del animal a uno de los comuneros, el juez, no obstante, podrá asignar un tiempo de convivencia con el mismo a otro partícipe, que, tras la división, ya no será condueño; lo que hará si considera necesario conservar su relación de afecto con la mascota, pudiendo, en tal caso, obligarle a contribuir a la satisfacción de las «cargas asociadas a su cuidado» (por ejemplo, los gastos de manutención y peluquería

<sup>203</sup> El art 3 k) de la Ley 7/2023 define el «bienestar animal» como el «estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en que vive y muere, en los términos definidos por la Organización Mundial de Sanidad Animal».

durante los períodos en que se halle a su cargo o un porcentaje de los de carácter veterinario, de vacunación, o de los derivados de un seguro).

Aquí estamos, pues, fuera de la lógica estrictamente dominical, lo que se explica, porque, como ha declarado la jurisprudencia, «la relación emocional con los animales de compañía excede claramente del derecho de propiedad sobre las cosas y ello por cuanto se trata de seres vivos con los que se crean importantes lazos de afectividad»<sup>204</sup>; de modo que la privación de la compañía del animal «produce sentimientos de tristeza, desasosiego, ansiedad y añoranza, en la persona» que la sufre<sup>205</sup>.

De lo dicho se desprende que la división no asegura a ninguno de los comuneros la obtención del cuidado exclusivo del animal, incluso, aunque, tras ella, se le atribuyese la propiedad del mismo. Por ello, un partícipe puede decidir no ejercitar la *actio comuni dividundo* y, en su lugar, pedir, directamente, en virtud del art. 394 CC, que se le conceda la tenencia del animal o que se establezca una distribución de los tiempos de convivencia entre los partícipes. En este caso, no estaríamos ya en el ámbito de aplicación del art. 404.III CC, pues no se plantearía una cuestión divisoria, sino una controversia sobre el mero disfrute del animal común, aunque, posiblemente, se llegaría a una solución parecida a la que se habría obtenido, de haberse ejercitado una pretensión estrictamente divisoria.

Si estuviéramos ante una cosa perteneciente a dos personas (como sucede en la mayoría de los casos en que se litiga sobre una mascota), habría que resolver la cuestión, lisa y llanamente, acudiendo a las normas de los arts. 393, 394 y 398 CC, de los que resultaría que, en defecto de acuerdo, el uso del bien habría de atribuirse a los dos partícipes, por idénticos periodos de tiempo sucesivos.

Sin embargo, cuando estamos en presencia de un animal de compañía, me parece que la aplicación de estas normas no puede realizarse mecánicamente, prescindiendo del examen de su bienestar, cuya protección es hoy un principio general del Derecho que debe guiar la actuación judicial<sup>206</sup>, principio que tiene su especificidad cuando se trata

<sup>204</sup> SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2023, rec. nº 22/2023 (ECLI:ES:APLE:2023:463).

<sup>205</sup> SAP Barcelona (Sección 12ª) 10 julio 2014, rec. nº 1152/2013 (ECLI:ES:APB:2014:8157).

<sup>206</sup> Vid. al respecto, las consideraciones de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «El bienestar animal como ser sintiente: un nuevo principio general para el Derecho de los animales», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022, pp. 121-122.

de mascotas, respecto de las cuales ha de procurarse evitar aquellas relaciones de convivencia que puedan causarles un daño, no sólo ya físico, sino también emocional<sup>207</sup>.

Por lo tanto, deberá valorarse si el reparto igualitario de tiempos de convivencia con la mascota es acorde a dicho principio y, más precisamente, con la sensibilidad del animal; y, si no lo es, habrá de llegarse a otra solución, que sí lo sea: podrá, en mi opinión, acordarse la asignación de su cuidado a uno solo de los comuneros, si la protección de su bienestar así lo exige (por ejemplo, porque muestra hostilidad o rechazo hacía el otro, y, claramente, en el caso de maltrato)<sup>208</sup>.

Por último, en el caso de que se trate de un animal de compañía perteneciente a dos cónyuges, la cuestión relativa a la asignación de su posesión podrá dirimirse en juicio de nulidad, separación o divorcio, pudiendo el juez, en defecto de acuerdo, atribuir el cuidado del animal, prescindiendo de la propiedad del mismo<sup>209</sup>.

Así, tras la reforma operada por la Ley 17/2021, según el art. 94 bis CC (introducido por la Ley 17/2021), «La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado».

#### 6.4. *La indivisibilidad funcional*

La indivisibilidad puede ser, no sólo material, sino también funcional, lo que tendrá lugar, en el supuesto contemplado en el art. 401.I CC, conforme al cual «los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina»<sup>210</sup>.

<sup>207</sup> Esta idea subyace, no sólo en el art. 404.II y III CC, sino también en los arts. 914 CC, 1864 CC, 605.1º LEC y art. 111 LH; e, igualmente, en los arts. 90, 91, 94 bis, 103.1º bis CC, donde, sin embargo, el bienestar del animal ha de ser ponderado junto con el interés de los miembros de la familia.

<sup>208</sup> El juez no puede permitir situaciones posesorias que posibiliten que un copropietario ejerza sus deberes de cuidado de la mascota sin respetar «su cualidad de ser sintiente» (art. 333.2 bis CC) y sus especificidades en cuanto animal de compañía.

<sup>209</sup> También en juicio de menores, cuando el animal sea propiedad de los convivientes de hecho y éstos tengan hijos menores, como observa la STS (1º) 17 julio 2024, rec. nº 6650/2023 (ECLI:ES:TS:2024:4146).

<sup>210</sup> Tratándose de una comunidad convencional, se trata, sin duda, del uso al que los comuneros han pactado destinar la cosa común, sea o no el habitual de las cosas de la misma especie.

Esta indivisibilidad funcional se integra dentro de lo que la jurisprudencia llama «indivisibilidad jurídica», concepto que también engloba la indivisibilidad económica, que tiene lugar, cuando la cosa «desmerezca mucho por la división» (art. 1062.I CC)<sup>211</sup> y cuando la división material origine un gasto excesivo o desproporcionado a los partícipes<sup>212</sup>.

Se trata de casos de indivisibilidad que pueden distinguirse conceptualmente entre sí, pero que, en no pocas ocasiones, concurren conjuntamente en un mismo supuesto, dando lugar, como, regla general, a la venta de la cosa, en defecto de acuerdo de los comuneros para su adjudicación a uno de ellos<sup>213</sup>.

A mi parecer, la indivisibilidad funcional del art. 401.I CC puede ser absoluta o relativa.

#### 6.4.1. Indivisibilidad absoluta de las comunidades forzosas

La indivisibilidad será absoluta y, por consiguiente, quedará excluida no sólo la división material del bien, sino también su venta en pública subasta, en el caso de comunidades forzosas, cuando se trate de bienes comunes accesorios de otros principales a los que procuren una relación estable de servicio<sup>214</sup>.

<sup>211</sup> *Vid.*, entre otras muchas, SSTS (1ª) 22 enero 2013, rec. nº 1371/2010 (ECLI:ES:TS:2013:89), y 19 julio 2013, rec. nº 1044/2011 (ECLI:ES:TS:2013:3874).

<sup>212</sup> *Cfr.*, por ejemplo, SSTS (1ª) 12 marzo 2004, rec. nº 1379/1998 (ECLI:ES:TS:2004:1705), 3 febrero 2005, rec. nº 3544/1998 (ECLI:ES:TS:2005:601), y 15 diciembre 2009, rec. nº 72/2006 (ECLI:ECLI:ES:TS:2009:8108).

<sup>213</sup> Como, entre otras muchas, observa la STS (1ª) 30 abril 2009, rec. nº 2165/2004 (ECLI:ES:TS:2009:2675), «la determinación de la indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa desde la perspectiva de la verificación casacional presenta dos aspectos: el fáctico, integrado por los hechos y descripciones que configuran la situación juzgada, de modo que las premisas sentadas solo pueden ser atacadas en casación mediante el error en la valoración de la prueba, y el jurídico *-questio iuris-*, que comprende las valoraciones o calificaciones deducidas de aquellas premisas inmovibles, de forma que el Tribunal de casación siempre puede controlar el contenido puramente axiológico de la resolución de la instancia».

<sup>214</sup> A este tipo de indivisibilidad se refiere el 650.III CC suizo, que excluye la indivisibilidad en el caso de la constitución de una propiedad por pisos o por razón de la afectación de la cosa a un fin duradero («raison de l'affectation de la chose à un but durable»). Observa STEINAUER, Paul-Henri, *Les droits réels*, cit., p. 461, que el primero de los supuestos citados es una aplicación del principio contenido en el segundo.

La indivisibilidad absoluta es la única que, según un sector de la doctrina<sup>215</sup> contempla el art. 401.I CC<sup>216</sup>, poniendo el ejemplo clásico del vestíbulo común a dos casas, extraído del Derecho Romano<sup>217</sup>.

<sup>215</sup> Es posible ya encontrar esta opinión en algunos autores que escribieron poco después de la promulgación del Código civil, como, por ejemplo, en COVIÁN, Víctor, «División de bienes», en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XII, Seix, Barcelona, s.f. (publicación autorizada por R.O. de 4 de junio de 1910), p. 378, que ve en el art. 401 CC «un estado coactivo de indivisión» que «se impone como consecuencia de la naturaleza de la cosa común», considerando que la razón de ser del precepto «no puede ser más evidente: si fuera lícito a uno de los copartícipes pedir la división, no obstante resultar de tal acto la inutilidad de la cosa para el uso a que estaba destinada, lesionaría el derecho de los otros condueños». A continuación se refiere a ejemplos de cosas comunes accesorias que guardan una relación estable de servicio con un bien principal, entre ellos, a la «puerta, portal, pasillo, escalera, techo o cualquier otra dependencia que sea necesaria para la explotación de los inmuebles divididos».

Sin embargo, la formulación elaborada de la tesis se debe a CASADO PALLARÉS, «La acción *communi dividundo* y la propiedad sobre pisos y habitaciones», *Revista de Derecho Privado* (1930), pp. 132-141, que la funda, entre otros argumentos, en los antecedentes históricos del precepto, esto es, en el art. 683 del *Codice* de 1865, precedente del art. del art. 1112 del *Codice* de 1942, tal y como los interpretaba la doctrina italiana (*vid.* nota siguiente); en la comparación entre la redacción del art. 401 CC y la del art. 404 CC, pues sólo este precepto prevé expresamente una indivisibilidad que pueda salvarse mediante la venta del bien y el reparto del precio; y en la ubicación del art. 401 CC, a continuación del art. 400 CC, que es el que establece la regla general de la división, entendiéndose que el art. 401 sería una excepción a dicha regla general.

Esta opinión es seguida por ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 401 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011, pp. 1629-1630 (admitiendo que es otra la tesis de la jurisprudencia mayoritaria); BRÍOSO ESCOBAR, Enrique L., «Cuestiones...», *cit.*, pp. 84 y ss. (añadiendo argumentos propios); CAPILLA RONCERO, Francisco, «La comunidad...», *cit.*, pp. 278-279; CARRASCO PERERA, Ángel y ZURILLA CARIÑANA, M.ª Ángeles, «La estructura...», *cit.*, p. 329; GARCÍA HERNÁNDEZ, Joaquina, «El animal...», *cit.*, p. 85 (para evitar que, aplicando el art. 404 CC, anterior a la reforma del precepto por Ley 17/2021, pudiese llegarse a imponer la venta forzosa de un animal de compañía con intervención de licitadores extraños, lo que, tras la reforma, no es ya posible); GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La disolución...», *cit.*, p. 381 (si bien, reconociendo que no es la seguida por la jurisprudencia); MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 401 CC», *cit.*, p. 474; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, Carlos, «La comunidad...», *cit.*, p. 186; MORENO TRUJILLO, Eulalia, «La copropiedad...», *cit.*, p. 213; PÉREZ CONESA, Carmen, «Ad art. 401 CC», en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 3294; y REYES LÓPEZ, María José, «La acción...», *cit.*, p. 367-368.

<sup>216</sup> Esta es, desde luego, la interpretación que del art. 1112 CC italiano realiza la doctrina, precepto que reproduce el art. 683 del *Codice* de 1865, del que procede el art. 401.I CC español.

A tenor del art. 863 CC italiano de 1865, «Lo scioglimento della comunione non può essere domandato dai comproprietarii di cose che dividendosi cesserebbero di servire all'uso a cui sono destinate».

BORSARI, Luigi, «Ad art. 683 CC», en *Commentario del Codice civile italiano*, vol. II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1872, p. 1060, observa que la división es posible, incluso, cuando se trata de cosas que esencialmente sean indivisibles, pues cabe pedir su licitación (nota 1), con tal de que su destino jurídico no sea el que, por causa de utilizad pública, deban permanecer unidas, pues, en tal caso, la comunidad, siendo necesaria, se convierte en servidumbre, concretamente, en una servidumbre de indivisión.

CATINELLA SCHIFANI, Giuseppe, «Comunione», en *Il Digesto Italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza* (dir. Luigi Lucchini), vol. VII, Parte tercera, UTET, Torino, 1896-1899, p. 749, considera que en las comunidades forzosas se excepciona el principio general de la

Sin embargo, esta interpretación, que sólo ha sido acogida por algunas declaraciones jurisprudenciales meramente *obiter dicta*<sup>218</sup>, reduce extraordinariamente el campo de aplicación del precepto, porque en la actualidad la mayoría de los casos que, presupuesta esta interpretación, entrarían en su ámbito de aplicación están actualmente cubiertos por el art. 4 LPH<sup>219</sup>.

---

divisibilidad, porque, de admitirse la divisibilidad, se obstaculizaría otro principio del derecho, por el cual ninguno de los partícipes puede impedir que la cosa venga sustraída al uso al que es destinada.

RICCI, Francesco, *Corso teorico-pratico di Diritto civile, vol. V, Comunione, possesso, prescrizione, occupazione*, 2ª ed., UTET, Torino, 1886, pp. 47-48, a propósito del art. 683 CC, habla de un estado forzoso de indivisión. Explica que, si en el supuesto previsto en el precepto, le fuera permitido a uno de los comuneros pedir la división de la cosa, se perjudicaría a los restantes, dado que les haría imposible servirse de la cosa, según su destino.

Posteriormente, DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho civil* (traducido de la 4ª ed. italiana por Ramón Serrano Suñer; José Santa-Cruz Teijeiro), vol. I, *Introducción y parte general, Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, Reus, Madrid, p. 581, excluye claramente que, tratándose de cosas que, dividiéndose, dejarían de servir al uso al que están destinadas, pueda procederse a la venta de la cosa común, en defecto de adjudicación íntegra a uno de los comuneros, con el argumento que, respecto de ellas, no es posible pedir la disolución de la comunidad.

PACCHIONI, Giovanni, *Elementi di Diritto civile*, UTET, Torino, 1926, p. 399, nota 2, afirma que los arts. 682 (relativo a la comunidad de pastos) y el art. 683 CC, regulando los denominados casos de comunidad forzosa, constituyen una excepción a la regla general de la divisibilidad de la comunidad.

STOLFI, Nicola, *Diritto Civile, Il possesso e la proprietà*, vol. II, parte 1ª, UTET, Torino, 1926, p. 359, incluye el art. 683 CC entre los casos de comunidad forzosa, en los cuales se excepciona el principio *nemo compellitur invitus in conmmunione detinere*, referido en las fuentes romanas al vestíbulo común a dos casas, el cual, con el paso del tiempo, se extendió a todas las cosas que, perteneciendo en común a varios condueños, por su naturaleza, están destinadas al servicio de otras propiedades separadas suyas, de modo que no se pueden dividir, ni vender, sin desaparecer su destino.

Según el vigente art. 1112 CC italiano (sustancialmente coincidente con el art. 683 CC de 1865), «Lo scioglimento della comunione non può essere chiesto quando si tratta di cose che, se divise, cesserebbero di servire all'uso a cui sono destinate».

BRANCA, Giuseppe, «Ad art. 1102 CC», en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro III, *Della Proprietà, Comunione. Condominio negli edifici*, arts. 1100-1139, 6ª ed., Zanichelli, Il foro italiano, Bologna, Roma, 1982, p. 285-286, subraya los antecedentes históricos del precepto en la interpretación del Derecho común de un conocido pasaje del Derecho romano en el cual se dice que no puede acordarse la división de un vestíbulo común puesto al servicio de dos casas (D. 10, 3, 19, 1); y añade que, si bien su formulación sigue siendo genérica e imprecisa, como lo era la norma correspondiente del Código de 1865, la doctrina, seguida por la jurisprudencia, dio la interpretación restrictiva que el origen histórico y la coordinación con otros artículos del Código imponía e impone.

ANGELINI, M., «La comunione...», *cit.*, p. 430, observa que el precepto se refiere a bienes que resultan útiles por estar ligados a la utilización de otras cosas, respecto de las cuales se presentan funcionales.

<sup>217</sup> En D. 10, 3, 19, 1 se puede leer: «De vestibulo communi binarum aedium arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogatur, necesse habeat, interdum totarum aedium pretium facere, si alias aditum non habet»: No se debe nombrar árbitro para la división del vestíbulo común de ingreso a dos casas contra la voluntad de los dos dueños de ellas, porque quien tenga necesidad de pasar por el vestíbulo, puede verse obligado a pagar el precio de todo el edificio, si no tiene acceso por otra parte.

<sup>218</sup> La STS (1ª) 15 diciembre 2009, rec. nº 72/2006 (ECLI:ECLI:ES:TS:2009:8108), por ejemplo, afirma que «El artículo 401 I, enlazado con el artículo 400, ha de ser entendido como exclusión de la acción de división»; y más adelante que el «art. 401 I CC excluye, sencillamente, la acción de división».

<sup>219</sup> Esto lo reconoce MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «La comunidad...», *cit.*, p. 186. si bien argumenta que, cuando se promulgó el Código civil, no existía la legislación de propiedad horizontal.

Conforme a dicha norma, la acción de división no procederá, para hacer cesar una situación de propiedad horizontal, admitiendo, exclusivamente, que la acción de división pueda «ejercitarse por cada propietario proindiviso sobre un piso o local determinado, circunscrita al mismo, y siempre que la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios».

Por lo tanto, no procede la división (ni materialmente, ni mediante venta en pública subasta) de un patio, elemento común, sujeto al régimen de propiedad horizontal<sup>220</sup>.

La norma es aplicable a los complejos inmobiliarios privados que reúnan los requisitos previstos en el art. 24 LPH.

Por ello, se ha considerado imposible de dividir en cuatro partes la parcela en la que existía una piscina de uso común, que era anexo inseparable de las parcelas de los cuatro partícipes (en proporción a las cuotas inseparables de las mismas)<sup>221</sup>.

La jurisprudencia observa que el art. 4 LPH rige también, por aplicación del art. 2 LPH, para las comunidades, que, de hecho, funcionen como una propiedad horizontal, aunque no se haya otorgado título constitutivo, lo que es aplicable, no solo respecto de bloques de pisos, sino también respecto de las urbanizaciones. Concretamente, afirma que no cabe pedir la división de los viales o terrenos puestos al servicio del conjunto, como las instalaciones recreativas o deportivas<sup>222</sup>.

#### 6.4.2. Indivisibilidad relativa: aplicación analógica del art. 401.I CC

A mi parecer, en el tenor del art. 401.I CC también, encaja la indivisibilidad relativa, esto es, excluyente de la división física, pero no de la que pueda llevarse a cabo mediante la adjudicación del bien a uno de los partícipes o la venta del mismo, a través de la aplicación analógica del art. 404.I CC<sup>223</sup>.

<sup>220</sup> SAP Valencia (Sección 8ª) 29 septiembre 2003, rec. nº 317/03 (ECLI:ES:APV:2003:4813).

<sup>221</sup> SAP Madrid (Sección 18ª) 8 noviembre 2012, rec. nº 709/2012 (ECLI:ECLI:ES:APM:2012:18106).

<sup>222</sup> STS (1ª) 28 mayo 2009, rec. nº 2401/2004 (ECLI:ES:TS:2009:3492).

<sup>223</sup> Me parece que la indivisibilidad relativa está contemplada en el art. 343-3.2.c) de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, que recoge como un supuesto de indivisibilidad «Cuando las partes resultantes de la división son inservibles para el uso a que se destina la cosa»; y ello, porque el art. 343-3.4 dispone que, si la cosa es indivisible, «los comuneros pueden convenir que se adjudique el derecho íntegramente a uno de ellos indemnizando éste a los demás».

Creo que esta interpretación amplia, que, por lo demás, es la seguida en la práctica, desde antiguo, por la jurisprudencia<sup>224</sup> y por buena parte de la doctrina coetánea a la promulgación del Código civil<sup>225</sup>, así como por otros autores posteriores<sup>226</sup>, permite

<sup>224</sup> Y ello, desde antiguo.

La STS 11 noviembre 1927 (JC, tomo 178, 6º de 1027, nº 56, pp. 242 y ss., afirma, así, que el art. 400 CC «es un precepto tan absoluto que no admite excepción alguna, ya que el único caso en que el art. 401 permite o consiente la indivisión no es en realidad una excepción sino que constituye la forma más adecuada de que, según el 404, cese la comunidad por medio de la venta de la finca poseída en común, y porque si admitiera como lícito impedir la división de la cosa común cuando lo desea cualquier partícipe se vulneraría el principio capital, de antiguo reconocido en las leyes, de favorecer la individualización de la propiedad».

La STS 31 diciembre 1927 (JC, tomo 179, 7º de 1926, nº 139, pp. 916 y ss.) considera igualmente que, si bien, el art. 401 CC es una excepción al 400.I CC, en el supuesto contemplado en el precepto, «tiene el comunero el derecho de pedir la venta para que pueda ser repartido el precio a prorrata de la participación de cada comunero, si todos no convienen en que en que se adjudique a uno de ellos, con objeto de dar realidad al principio cardinal antes expresado, de respetar la libertad del dominio».

<sup>225</sup> Una gran parte de la doctrina inmediatamente posterior a la publicación del Código civil se inclina por considerar que el art. 401 CC excluía la posibilidad de división material, pero no, la de acudir a los remedios previstos en el art. 404 CC para el caso de que la cosa común fuera indivisible, al menos, en algunos casos.

BONEL Y SÁNCHEZ, León, *Código civil español, concordado y comentado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados, tomo 2º, Libro II*, López Robert, Impresor, Barcelona, 1890, p. 222, observa que «los copropietarios no pueden exigir la división de la cosa común, cuando de efectuarla resulte inservible para el uso a que se destina; más existe un remedio contra la indivisibilidad material de la cosa que sostiene la libertad del condómino». Dice, así que «El copropietario no está obligado a permanecer en comunidad, y si no quiere continuar en aquel condominio con los otros no continuará, de un modo muy sencillo, pidiendo que en lugar de dividir materialmente la finca, se divida su valor» (a través de los remedios de la adjudicación o venta del bien contemplados en el art. 404 CC). Más adelante, en la p. 224, niega que los arts. 401 y 404 CC sean preceptos contradictorios, afirmando que el «art. 404 comprueba y complementa el espíritu y tendencia del art. 401».

FALCÓN, Modesto, *Código civil...*, cit., pp. 77-78, expone, comentando el art. 401 CC que, «Cuando la finca hubiera de resultar indivisible por la división, no por eso, se desconoce el derecho del condueño que quiere su parte; sino que en este caso, en vez de dividir el predio, se dividirá su valor», admitiendo que, a falta de acuerdo de los condueños, adjudicando el bien a uno de ellos, mediante compensación a los demás, se acuda a la venta del bien y reparto del precio entre los comuneros. Por otro lado, el autor realiza una interpretación amplia del precepto, en cuyo ámbito de aplicación, no sólo incluye el de las cosas accesorias que guardan relación permanente de servicio con otra principal, como los «servicios comunes de portal, escalera, patios, luces, desagües y demás [de las casas destinadas a viviendas], que impiden la división del predio», sino también otros casos, como el de la «fábrica construida expresamente para acomodar en ella á la maquinaria ó artefacto que produce determinadas manufacturas», o el de un coto redondo, que, dividido en partes, resulta inservible para su cultivo en grande. La misma posición mantiene el autor en FALCÓN, Modesto, *Exposición...*, cit., pp. 154-155.

MANRESA Y NAVARRO, José, *Comentarios...*, cit., p. 480, considera que el art. 404 CC es complemente del art. 401 CC. Afirma que «No ha faltado quien crea que el art. 401 regula un caso de comunidad perpétua y forzosa, de la cual no se puede salir». Frente a ello, observa el autor que «Los que tal piensan, olvidan que la disolución de la comunidad es principio capital del Código, y que ni la letra ni el fundamento del art. 401 alcanzan á más que impedir la división *material*, nunca la adjudicación ó la venta cuando mediante aquélla no se pudiera seguir utilizando el objeto poseído en común».

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios...*, cit., p. 185, entiende que, «pese a la diversidad literal de *motivos*, que inspira las soluciones de los arts. 401 y 404, no aporta una razón diferencial que haga inaplicable el

resolver claramente el problema de la división de los bienes no accesorios, de los que cabría dudar de su estricta indivisibilidad esencial, esto es, de, si tras ella, las cosas resultantes tendrían la misma naturaleza que la original, pero no de su falta de aptitud para seguir sirviendo a su uso, si se dividen materialmente, así como, por el contrario, de la posibilidad de seguir usándose normalmente, si son adjudicados a uno de los partícipes o son vendidos a un tercero<sup>227</sup>.

Se ha considerado así, que la división del local comercial común «en dos locales más pequeños y de diferentes extensiones superficiales no puede hacerse sin perjudicar

---

remedio del art. 404 al caso del 402, ambos de *indivisión material*, pero bien susceptibles los dos de las soluciones de dicho 404, confirmatorias del principio capital de la materia, que es el del 400», «lo cual no obsta para ser de lamentar esta incongruencia de redacción» entre ambos preceptos.

Con posterioridad, CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español, vol. I*, J. Pueyo, Madrid, 1929, p. 475, considera igualmente que las dos soluciones del art. 404 CC, adjudicación a un comunero, indemnizando a los demás, y venta, repartiendo el precio, «son aplicables también al caso del artículo 401, el cual lo que niega, no es el derecho a pedir la división, substrayéndose a la división, sino el de pedir la división material que inutilizaría la cosa».

<sup>226</sup> Siguen esta orientación Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., p. 776-777; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios...*, cit., p. 54; o PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Bernardo, *Derechos reales...*, cit., pp. 510-511; como también, desechando expresamente la tesis contraria ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil...*, cit., pp. 415-416, nota 2, quien afirma que «en buena lógica jurídica no hay mayor razón para excluir la división económica en el caso del 401 que en el de que la cosa sea absolutamente indivisible, y en éste no se excluye». BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad...*, cit., p. 343, dice que el art. 401 CC, «A primera vista, parece una verdadera excepción a la facultada de pedir la división, precisamente por la fórmula utilizada por el legislador», pero añade que, «en relación con el art. 404, resulta una modificación y no una excepción». CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil...*, cit., p. 524, habla de una «incongruencia de redacción» entre los arts. 401 y 404 CC, por lo que, «lo mismo cuando la división material sea simplemente perjudicial que cuando sea imposible, existe el derecho de pedir la disolución de la comunidad, mediante la adjudicación o venta, en armonía con el principio básico del artículo 400, de que ningún copropietario está obligado a permanecer en comunidad». En sentido semejante se pronuncia PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, cit., p. 43, para quien «Lo que es procedente cuando la cosa sea indivisible, ha de ser tanto o más adecuado cuando resultare inservible por efecto de la división».

<sup>227</sup> Hay que tener en cuenta que el art. 1114 CC italiano de 1942 tiene una dicción diversa a la del art. 404.I CC español. No usa la expresión de «cosa esencialmente indivisible», sino que prevé que la división tiene lugar «in natura», si la cosa puede ser «cómodamente dividida» en partes correspondientes a las cuotas de los partícipes.

La doctrina y jurisprudencia italianas entienden que la divisibilidad del bien debe ser valorada, tanto desde el punto de vista estructural o de su fraccionamiento material en porciones autónomas, como desde el aspecto económico-funcional, considerando la posibilidad de que el bien, a pesar de la división, mantenga su utilidad concreta en partes no grabadas por pesos, servidumbres o, en general, limitaciones excesivas. Vid. ANGELINI, M., «La comunione...», cit., p. 433.

Es, pues, posible, una interpretación restrictiva del art. 1112 CC italiano de 1942, que resulta compensada por la amplitud del ámbito de aplicación del art. 1114 del mismo cuerpo legal.

Por otro lado, resulta curioso que la doctrina portuguesa, bajo la vigencia del Código civil de 1867, de cuyo art. 2183 tomó el legislador español el artículo 404 CC, ante la ausencia de un precepto como el art. 401 de nuestro Código, se viera obligada a realizar una interpretación extensiva del precepto (del art. 2183), incluyendo en su ámbito de aplicación, no sólo las hipótesis de no poder ser divididas las cosas en substancia, esto es, sin ser destruidas como tales, sino también la de no poder ser divididas sin resultar inútiles para el fin al que se destinan. Cfr. en este sentido DA CUNHA GONÇALVES, Luíz, *Tratado*, cit., p. 264.

considerablemente el valor que tendría dicho local, si el mismo se vendiera como un todo unitario y se repartiera su precio entre los condueños (o si uno de ellos comprara la parte indivisa del otro) y sin hacerlo inservible para el uso industrial (cafetería-bar) a que, por mutuo acuerdo de ambos condueños, ha venido estando dedicado durante más de quince años», debiéndose, pues, proceder a su venta en pública subasta<sup>228</sup>.

Se ha denegado también la división material de un negocio de aserradero, «pues a pesar de que la división física de la parcela es posible, de proceder a la misma se produciría una importante pérdida de valor en su conjunto de las dos parcelas resultantes, pues ello determinaría la práctica imposibilidad de seguir ejerciendo la actividad industrial, pues existirían grandes impedimentos, especialmente en relación con la necesidad de espacio para el almacenamiento de madera en los meses de corta», razón por la cual se ha procedido a la venta en pública subasta del negocio<sup>229</sup>.

Igualmente se ha desestimado la división de un edificio formado por un almacén de 14 metros cuadrados y dos viviendas de 57 metros cuadrados, siendo siete los comuneros entre los que se la tenían que repartir, acordando su venta en pública «pues ninguno de los comuneros había manifestado expresamente su interés en adjudicársela»<sup>230</sup>.

### 6.5. La indivisibilidad económica

Además de la indivisibilidad funcional, la jurisprudencia, por aplicación del art. 1062.I CC (por remisión del art. 406 CC), contempla, como indivisibilidad relativa, la económica (dentro de lo que llama «indivisibilidad jurídica»).

#### 6.5.1. Supuesto de hecho

La indivisibilidad económica tiene lugar cuando la cosa común «desmerezca mucho por la división»<sup>231</sup>, por lo que, en defecto de acuerdo, debe procederse a su venta en

<sup>228</sup> STS (1ª) 3 abril 1995, rec. nº 492/1992 (ECLI:ES:TS:1995:1968).

<sup>229</sup> SAP Segovia (Sección Única) 25 julio 2003, rec. nº 199/2003 (ECLI:ES:APSG:2003:212).

<sup>230</sup> SAP Barcelona (Sección 14ª) 25 junio 2005, rec. nº 20/2014 (ECLI:ES:APB:2015:6094).

<sup>231</sup> El art. 343-3.2.b) de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil contempla como supuesto de indivisibilidad «Cuando la cosa desmerece mucho con la división».

El § 843 CC austriaco prevé que, cuando la cosa común sea indivisible o no pueda dividirse sin grave disminución de valor («nicht ohne beträchtliche Verminderung des Werthes getheilt werden»), basta con que lo pida uno solo de los comuneros, para que deba venderse en pública subasta y dividirse el precio entre ellos.

Conforme al § 752 CC alemán, la división de la comunidad se efectúa *in natura*, si el objeto u objetos comunes pueden repartirse en partes similares correspondientes a las cuotas de los partícipes, sin

pública subasta<sup>232</sup>; y también, como se ha dicho, cuando la división material origine un gasto excesivo o desproporcionado a los partícipes<sup>233</sup>.

### 6.5.2. Aplicación jurisprudencial

Se ha constatado «el desmerecimiento grave que experimentaría la cosa a dividir, una casa de labranza aunque sita en un núcleo urbano integrada por las dependencias destinadas a vivienda de sus moradores y por otra serie de dependencias (cochera, corral, pajar y cuadra) propias de un inmueble habitado por personas dedicadas a la agricultura en una zona agrícola, pues al quedar separadas estas dependencias de los espacios»<sup>234</sup>.

Se ha considerado también indivisible una pequeña isla, situada al norte de Formentera, dedicada desde hacía ochenta años al esparcimiento y recreo de sus dueños, respecto de la cual existía una oferta de compra de 30.050.000 de euros, haciendo propia la sentencia la declaración del perito de que «quien está dispuesto a pagar una cantidad tan grande por una isla lo hace en razón a un valor añadido cual es la exclusividad y la privacidad, que desaparece si se divide, admitiendo la dificultad de alcanzar la cantidad ofertada en caso de división, por lo que el detrimento económico que se produciría en la finca por su división y adjudicación parcial a los condóminos afectaría sin duda a su valor en venta, y obvio es que ello comporta una suerte de indivisibilidad jurídica»<sup>235</sup>.

Se ha negado la división material de las dependencias de un palacio histórico y de sus alrededores, porque todas ellas, formaban una «unidad económica», cuyo mayor valor residía «en la integridad de tales dependencias, incluyendo en las mismas jardines y

---

disminución de su valor («ohne Verminderung des Wertes»), teniendo lugar el reparto entre los comuneros por sorteo.

Añade el § 753.I CC alemán que, si la división *in natura* no es posible, la comunidad se disolverá mediante la venta de los bienes comunes de conformidad con las disposiciones sobre la venta de prendas, y, en el caso de bienes inmuebles, mediante venta forzosa y división del producto. Si la venta a un tercero no está permitida, el objeto se subastará entre los copropietarios.

El art. 651.II CC suizo prevé que, si las partes no llegan a un acuerdo sobre el modo de practicar la partición, el juez ordena la partición *in natura* y, si la «chose ne peut être divisée sans diminution notable de sa valeur», la venta, sea en subasta pública, sea entre los copropietarios.

<sup>232</sup> No es obstáculo a la división de la cosa común la circunstancia de que la «minoración económica por la división no es alta». *Vid.* SAP Zaragoza (Sección 2ª) 22 septiembre 2003, rec. nº 87/2003 (ES:APZ:2003:2173).

<sup>233</sup> Este es también un criterio, que, como veremos en el epígrafe siguiente, sirve para valorar la procedencia de llevar a cabo la división de un edificio a través de la constitución de un régimen de propiedad horizontal.

<sup>234</sup> STS (1ª) 10 mayo 1990 (ECLI:ES:TS:1990:10668).

<sup>235</sup> STS (1ª) 8 marzo 2013, rec. nº 1679/2010 (ECLI:ES:TS:2013:923).

huertos, entre otros anejos, cuya valoración por separado del conjunto es inferior, a la del todo»; se ha observado que «la división no debe ser antieconómica, efecto que acaecería en este caso al romper el destino común de tales dependencias palaciegas, privándoles del valor unitario, sin duda superior al de sus elementos disgregados»<sup>236</sup>.

Se ha rechazado la división en tres partes de una finca rústica, en la cual había un pozo artesano, porque, de llevarla a cabo, habría que construir servidumbres de paso y acueducto entre las fincas resultantes para que todas ellas pudieran acceder a un camino público y tener acceso al agua del pozo, «lo que implicaría obviamente una disminución del valor de cada lote por la carga que toda servidumbre conlleva»<sup>237</sup>.

Se ha denegado, en fin, la división en seis partes de una finca rústica, porque ello supondría una disminución de su valor como unidad de explotación agraria de un 33'73 %, y obligaría a cada uno de los propietarios de los lotes resultantes a una inversión próxima a las 49.950 €, conllevando «la creación de servidumbres varias entre las parcelas resultantes, como las de paso, acueducto, conducción eléctrica aérea o subterránea y de desagüe, lo cual constituye un evidente demérito económico para las mismas»<sup>238</sup>.

## 7. LA DIVISIÓN EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El art. 401.II CC<sup>239</sup> establece que «Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396»<sup>240</sup>.

<sup>236</sup> SAP Madrid (Sección 11ª) 15 octubre 2004, rec. nº 7/2004 (ECLI:ES:APM:2004:13070).

<sup>237</sup> SAP Málaga (Sección 5ª) 21 abril 2004, rec. nº 288/2001 (ECLI:ES:APMA:2004:1927).

<sup>238</sup> SAP Valencia (Sección 11ª) 20 septiembre 2017, rec. nº 794/2016 (ECLI:ES:APV:2017:3480).

<sup>239</sup> El segundo párrafo fue añadido al precepto por la Ley 49/1960, de 21 de julio.

Conforme al art. 552-11.2 CC de Cataluña, «Si el bien es susceptible de adoptar el régimen de propiedad horizontal, puede establecerse este régimen adjudicando los elementos privativos de forma proporcional a los derechos en la comunidad y compensando en metálico los excesos, que no tienen en ningún caso la consideración de excesos de adjudicación, distribuyendo proporcionalmente las obras y gastos necesarios».

<sup>240</sup> No es obstáculo a la división en régimen de propiedad horizontal el hecho de que el inmueble común, de hecho, mediante pacto verbal, estuviera dividido en dos mitades bien diferenciadas, con independencia estructural y funcional, constituyendo dos viviendas distintas, una de ellas en mal estado de conservación. Se observa que la fórmula propuesta «va a respetar escrupulosamente las cuotas propietarias de sendas partes, que es el requisito básico para que la división propuesta en esa forma, sea válida en derecho y respetaría el pacto verbal que propició la actual situación del inmueble», quedando probablemente como elemento común de la finca, el suelo y alguna conducción común del edificio. *Vid.* SAP Valladolid (Sección 1ª) 20 enero 2015, rec. nº 353/2014 (ECLI:ES:APVA:2015:65).

### 7.1. Requisitos para que pueda llevarse a cabo esta forma de división

La jurisprudencia condiciona el éxito de esta petición de división horizontal, que el precepto quiere promover, a que la misma sea posible desde un punto de vista estructural o arquitectónico, es decir, a que las características del edificio permitan, no solo la adjudicación de pisos o locales independientes con salidas a elementos comunes o vía pública<sup>241</sup>, sino también a que esto no suponga la necesidad de realizar obras importantes y muy costosas, que deberán ser pagadas por todos los partícipes<sup>242</sup>.

Ha de tenerse en cuenta que el coste de una división en régimen de propiedad horizontal puede ser más barato que otra forma de división.

Se ha acogido, así, la petición de un comunero de dividir un edificio en régimen de propiedad horizontal, frente a la de otro, que pretendía que se llevase a cabo una división vertical del inmueble, porque de los informes periciales resultaba que las obras que habría que realizar «para obtener la división vertical serían de tal envergadura y necesitarían tal inversión que más que división supondrían la construcción de un edificio nuevo, tras lo cual, además, quedarían dos lotes totalmente desproporcionados, uno de ellos constituido por una vivienda de 375,88 metros cuadrados de superficie edificada y el otro por una vivienda de 187,64 metros cuadrados»<sup>243</sup>.

### 7.2. Obstáculos arquitectónicos y económicos

Se ha considerado infundada la petición de división de propiedad horizontal de un edificio perteneciente a cinco comuneros, hecho por uno de ellos, porque ello implicaba realizar «costos de gran envergadura» (32.000 pesetas por metro cuadrado) y «obras de enorme importancia», «que significan un cambio total, conceptual y físico del inmueble», entendiéndose que «más que dividir un inmueble divisible se está ante el deseo de construir uno distinto para dar satisfacción a uno de los comuneros, sin que

<sup>241</sup> La SAP Murcia (Sección 1ª) 30 octubre 2012, rec. nº 1029/2011 (ECLI:ES:APMU:2012:2706), denegó la pretensión de división en régimen de propiedad horizontal de un edificio, dada la inexistencia de salida de todos los departamentos a lugar común o vía pública, «pues si no existen esas salidas no cabe el aprovechamiento independiente» de los mismos en la forma prevista en el art. 396 CC.

<sup>242</sup> Vid. en este sentido SSTS (1ª) 13 julio 1996, rec. nº 3569/1992 (ECLI:ES:TS:1996:4331), 13 julio 2007, rec. nº 3335/2000 (ECLI:ES:TS:2007:4834), y 10 enero 2008, rec. nº 4783/2000 (ECLI:ES:TS:2008:85).

<sup>243</sup> SAP Teruel (Sección 1ª) 8 mayo 2007, rec. nº 223/2006 (ECLI:ES:APTE:2007:88).

sea momento ni necesario aludir a las enormes dificultades de llevar a cabo ese proyecto imponiendo a todos la inversión»<sup>244</sup>.

Se ha considerado igualmente improcedente construir un régimen de propiedad horizontal sobre los cuatro elementos diferenciados que integraban el inmueble (local, vivienda y dos apartamentos), porque, dado su estado de deterioro, «sería preciso hacer un importante desembolso para el arreglo de la escalera y rellanos de la finca», y para llevar a cabo la reforma de las dos viviendas de la planta segunda sería «necesario previamente rehabilitar íntegramente la cubierta inclinada de la finca situada sobre ellas, además de que dicha reforma, necesaria para dejarlas en condiciones de habitabilidad», implicaría «en su conjunto la ejecución de obras importantes y sustanciales, con un alto coste, que, en modo alguno, puede imponerse [al comunero demandado], y que, de no realizarse, dejarían las viviendas inservible para su habitabilidad»<sup>245</sup>.

### *7.3. Edificio en estado de ruina*

Un caso evidente de desproporción de los costes de la división es el que tiene lugar cuando el edificio se halla en estado de ruina.

Por ello, se ha negado la división, a través de la constitución de un régimen de propiedad horizontal, de un edificio en situación de ruina técnica, respecto del que se había ordenado su demolición y su inscripción en el registro de solares, «considerándose dicho edificio como jurídicamente inexistente a efectos urbanísticos pues queda en pie únicamente su fachada, de modo que para su puesta en uso», según indica el informe pericial, «sería preciso su vaciado interior y posterior rehabilitación». Se ha recordado que «existe indivisibilidad jurídica no solo cuando el inmueble, en caso de división, resulte inservible para el uso a que se destina, sino cuando su división acarree un gasto considerable para los partícipes»<sup>246</sup>.

### *7.4. Existencia de gran desigualdad entre las cuotas de los comuneros*

Se considera posible la oposición a la petición de división en régimen de propiedad horizontal, cuando, por razón de la gran desigualdad de las cuotas, la posibilidad de

<sup>244</sup> STS (1ª) 30 junio 1993, rec. nº 6/1991 (ECLI:ES:TS:1993:4692).

<sup>245</sup> SAP Madrid (Sección 12ª) 30 marzo 2016, rec. nº 453/2015 (ECLI:ES:APM:2016:5610).

<sup>246</sup> SAP Orense 25 octubre 2012, rec. nº 571/2011 (ECLI:ECLI:ES:APOU:2012:685).

adjudicar pisos o locales a cada comunero suponga la necesidad de realizar elevadas compensaciones en metálico<sup>247</sup>.

Se ha desestimado, así, la petición de división de propiedad horizontal de un edificio perteneciente a nueve copropietarios, que tenían participaciones de porcentajes muy distintos (3,707%, 14,814% o 12,036%, según los casos). En el edificio, de ocho plantas, había once viviendas, dos locales comerciales, una vivienda para el portero y doce cuartos trasteros. Se afirmó «la imposibilidad práctica de adjudicar un piso o local independiente en propiedad a cada uno de los nueve condueños, pues dado el distinto valor de cada pieza y el diferente porcentaje que detentaban, ello sólo podía efectuarse a base de importantes compensaciones en metálico»<sup>248</sup>.

#### *7.5. La consideración de las circunstancias económicas de los partícipes*

La jurisprudencia aprecia el carácter excesivamente costoso de los desembolsos, teniendo también en cuenta las circunstancias económicas de los partícipes que han de realizarlos.

Así, para denegar la división de un edificio en régimen de propiedad horizontal se ha tenido en cuenta «la nula capacidad económica» de uno de los comuneros, cuyos ingresos eran «inferiores a los 700 euros mensuales, siendo ayudado económicamente por su familia», unido a «la indeterminación de la cuantía total del desembolso a realizar para dividir las viviendas en la forma señalada por el perito», entendiéndose que «el definitivo desembolso económico resultante- que en modo alguno puede calificarse como menor- no resulta factible efectuarlo» por dicho comunero<sup>249</sup>.

### 8. EFECTOS DE LA DIVISIÓN

Por la división se extingue la comunidad y se atribuye a cada comunero la propiedad exclusiva de los bienes a él atribuidos<sup>250</sup>.

<sup>247</sup> Vid. en este sentido SSTS (1ª) 26 septiembre 1990 (ECLI:ES:TS:1990:6585), y 1 marzo 2001, rec. nº 286/1996 (ECLI:ES:TS:2001:1581).

<sup>248</sup> STS (1ª) 26 septiembre 1990 (ECLI:ES:TS:1990:6585).

<sup>249</sup> SAP Murcia (Sección 5ª) 27 septiembre 2011, rec. nº 288/2011 (ECLI:ES:APMU:2011:2073).

<sup>250</sup> Conforme al art. 343-4.1 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, «Producida la división cesa la comunidad y cada comunero se convierte en titular exclusivo de lo recibido en sustitución de su cuota».

La doctrina mayoritaria<sup>251</sup> excluye que la división tenga efectos traslativos, porque no hace sino concretar la cuota que ya se tenía sobre cada uno de los bienes que formaban el objeto de la comunidad<sup>252</sup>.

En la división hay obligación recíproca de saneamiento por evicción y vicios ocultos de los bienes adjudicados (arts. 406 y 1069 CC)<sup>253</sup>.

La división produce sus efectos respecto de los comuneros y sus herederos. Sin embargo, no perjudica a terceros titulares de derechos reales o personales sobre la cosa. Por ello, no es necesario demandarlos en el juicio de división<sup>254</sup>.

<sup>251</sup> La doctrina italiana mayoritaria considera que la división tiene carácter retroactivo y declarativo, con apoyo en el art. 757 CC italiano. *Vid.* ANGELINI, M., «La comunione...», *cit.*, p. 416.

<sup>252</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 402 CC», *cit.*, p. 495, observa, así, que «La división es en alguna medida (sólo muy limitadamente) declarativa, en cuanto reconoce que el copropietario adjudicatario de una parte, ya era dueño de ella» y es «un acto de disposición, en cuanto que extingue derechos sobre las partes no adjudicadas; pero no es traslativo, porque no atribuye algo que antes no se tuviera».

La tesis de la jurisprudencia es que la división, al igual que la partición hereditaria, tiene naturaleza especificativa, ya que determina el derecho del comunero en la parte que se le adjudica.

La STS (1ª) 12 febrero 2007, rec. nº 2960/1999 (ECLI:ES:TS:2007:685) (en relación con la partición hereditaria), expone que «la doctrina de esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos».

La STS (1ª) 25 febrero 2011, rec. nº 1937/2007 (ECLI:ES:TS:2011:774) afirma que «La doctrina entiende que el “acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes”, por lo que debe ser calificado como “un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial”».

La RDGRN 19 julio 2018 (RJ 2018, 3501) observa que «En nuestro Derecho, dejando a salvo supuestos especiales, se permite, y aún se facilita, la extinción de la comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola mano, lo que puede verificarse a través de cualquier negocio traslativo de dichas cuotas a favor del que queda como titular, y también, cuando se trate de bienes indivisibles, en virtud de la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico (o mediante otros bienes o servicios), sin que por ello pueda considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito». Más adelante afirma que «la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien».

<sup>253</sup> Salvo, como dice MANRESA Y NAVARRO, José, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 501-501, pacto en contrario, o cuando «la evicción haya sido causada por actos posteriores a la división».

<sup>254</sup> *Vid.* a este respecto SSTS 28 octubre 1994 (ECLI:ES:TS:1994:18263) y 6 junio 1997, rec. nº 1698/1993 (ECLI:ES:TS:1997:4000).

### 8.1. *Inoponibilidad frente a terceros titulares de derechos reales sobre la cosa*

El art. 405 CC dice, en efecto, que «La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad». Por lo tanto, los titulares de derechos reales o personales podrán ejercitarlos, como la división no se hubiera practicado<sup>255</sup>.

Esta norma puede ser puesta en relación con el art. 535 CC, según el cual «Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda.

Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera».

Así mismo, con el art. 123 LH, conforme al cual «Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez».

Igualmente permanece el derecho al uso de la vivienda común atribuido a uno de los cónyuges tras el divorcio, que no se extingue por la venta de aquélla<sup>256</sup>.

No obstante, cuando la división se lleva a cabo mediante una venta la protección de los titulares de derechos reales estará supeditada a que el tercer adquirente no tenga la condición de tercer hipotecario protegido por el art. 34 LH.

<sup>255</sup> Como dice el § 847 CC austriaco de 1811, bastante semejante al art. 405 CC español, los derechos del tercero podrán ser ejercitados después de la división, igual que antes de ella («wie vor der Teilung ausgeübt»).

<sup>256</sup> Tal y como constatan SSTS (1ª) 27 diciembre 1999, rec. nº 1643/1995 (ECLI:ES:TS:1999:8485), 28 marzo 2003 rec. nº 2531/1997 (ECLI:ES:TS:2003:2152), 27 febrero 2012, rec. nº 2258/2008 (ECLI:ES:TS:2012:1082), y 4 marzo 2021, rec. nº 3308/2018 (ECLI:ES:TS:2021:1108).

La regla de que la división, entendida como inmutabilidad de la situación jurídica previa, no perjudica a terceros no es aplicable, en sentido estricto, a los llamados cesionarios de los partícipes (en terminología del art. 403 CC), esto es, aquellos a los que se transmiten los bienes o parte de los mismos que, tras la división, sean adjudicados al cedente en razón de cuota, o a los titulares de derechos reales sobre la cuota, como el usufructo, el cual subsistirá, pero sobre la parte que se adjudique al condueño (en este sentido, no se puede decir que la división no les afecte): quedan, pues, afectados por la división<sup>257</sup>.

## 8.2. Inoponibilidad frente a los acreedores de la comunidad

Según el art. 405 CC, «Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad».

Así pues, la división no extingue tampoco los derechos personales, como el arrendamiento de la cosa común<sup>258</sup>, no provoca la cancelación del embargo que sujeta la finca al pago de la deuda que lo produjo<sup>259</sup>, ni puede perjudicar a los acreedores en cuyo favor se haya pactado una reserva de dominio<sup>260</sup>.

<sup>257</sup> La jurisprudencia suele también entender comprendidos en el art. 405 CC los cesionarios de los partícipes, en particular, los titulares de derechos reales sobre cuota.

Sin embargo, ya MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil...*, cit., p. 316, observa que, «Si bien la doctrina del art. 405 CC rige en todos los casos, los efectos de la división son distintos según que la relación jurídica del tercero exista entre éste y uno ó más partícipes, ó entre el tercero y la comunidad», pues, en el primer caso, «la división hace sufrir al derecho del tercero las modificaciones que experimenta el del partícipe». MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 405 CC», cit., pp. 522-523, excluye claramente que el art. 405 CC se refiera a los titulares de derechos reales sobre la cuota, ya que la partición «sí que les afecta» en el sentido de que «su derecho recae sobre la parte material que haya correspondido a condueño, sobre cuya parte dichos derechos reales recaían», ocupando «en la partición la especial posición que el art. 403 CC atribuye a los cesionarios».

En realidad, estamos ante una pura cuestión puramente semántica, porque se siga una u otra tesis, existe una sustancial coincidencia en cuanto a los efectos, esto es, la subsistencia del derecho real, pero sobre la parte que se adjudique al condueño constituyente.

<sup>258</sup> Así lo afirma SSTS (1ª) 22 febrero 1994, rec. nº 1502/1991 (ECLI:ES:TS:1994:1142), y 18 noviembre 1994, rec. nº 2752/1991 (ECLI:ES:TS:1994:7446); y en la doctrina ya OYUELOS, Ricardo, *Digesto...*, cit., p. 182; y posteriormente CARRASCO PERERA, Ángel y ZURILLA CARIÑANA, M.ª Ángeles, «La estructura...», cit., 330; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios...*, cit., p. 58; o PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Bernardo, *Derechos reales*, cit., p. 512. Por el contrario, MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 405 CC», cit., pp. 528-529, entiende que el art. 1571 CC prevalece sobre el art. 405 CC; y lo mismo PÉREZ CONESA, Carmen, «Ad art. 405 CC», en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 3317.

<sup>259</sup> Cfr. STS (1ª) 13 junio 1994, rec. nº 2804/1991 (ECLI:ES:TS:1994:4532).

<sup>260</sup> Cfr. STS (1ª) 28 octubre 1994 (ECLI:ES:TS:1994:18263).

Si estamos ante derechos de crédito dinerarios por deudas de la comunidad, habrá que distinguir, según que estemos ante obligaciones parciarias o solidarias, en orden a poder exigir a cada comunero la totalidad de la deuda o, exclusivamente, la parte que le corresponda, según el régimen general de los art. 1137 y ss., pues la división no atribuye carácter parciario a las obligaciones solidarias, de modo que el acreedor podrá seguir reclamando el todo a cada uno de los acreedores o dirigirse contra todos ellos<sup>261</sup>.

No obstante, hay que recordar que en la jurisprudencia se observa una tendencia a deducir la voluntad tácita de los comuneros de obligarse solidariamente del solo hecho de existir una pluralidad de deudores, que se han obligado conjuntamente, sin haberse determinado la parte de deuda que cada uno asume, en especial, si se trata de obligaciones mercantiles<sup>262</sup>.

Así ha sucedido, por ejemplo, cuando dos cónyuges han contratado conjuntamente la ejecución de obras de carpintería artesanal en el domicilio conyugal, «sin haberse determinado la proporción en que cada uno respondería del pago» del precio de dichas obras<sup>263</sup>; o cuando se han comprado géneros para un establecimiento mercantil llevado en copropiedad, «cuyos integrantes quedan solidariamente obligados frente al proveedor»<sup>264</sup>.

La división no afecta al carácter preferente que, en su caso, pudiera tener el derecho de crédito contra la comunidad, pero el art. 405 CC no crea un privilegio para el cobro de los deudas de la comunidad respecto de los créditos de cada comunero<sup>265</sup>. No obstante, es dudoso, si realizada la división a través de la venta, conservan su preferencia los «créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles», pues el art. 1922.1º CC subordina su preferencia a que «estén en poder del deudor»<sup>266</sup>.

<sup>261</sup> Cfr., así, MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil...*, cit., pp. 316-317; y, más recientemente, ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 404 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011, p. 1648; o PÉREZ CONESA, Carmen, «Ad art. 405 CC», cit., p. 3317.

<sup>262</sup> STS (1ª) 31 octubre 2005, rec. nº 964/1999 (ECLI:ES:TS:2005:6651).

<sup>263</sup> STS (1ª) 11 julio 1998, rec. nº 1139/1994 (ECLI:ES:TS:1998:4654).

<sup>264</sup> SSTs 30 marzo 1973 (RJ 1973, 1131) y 1 febrero 1975 (RJ 1975, 323).

<sup>265</sup> Cfr. en tal sentido ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 404 CC», cit., p. 1648; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Ad art. 405 CC», cit., p. 526; y PÉREZ CONESA, Carmen, «Ad art. 405 CC», cit., 3317.

<sup>266</sup> Cfr., a favor ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Ad art. 404 CC», cit., p. 1648; y, en contra, PÉREZ CONESA, Carmen, «Ad art. 405 CC», cit., 3317.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOLLAS, Émile, *Manuel de Droit Civil. Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon, t. II*, Germer Baillière, Paris, 1874.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil. III. Derecho de bienes. Volumen primero. Parte general y derecho de propiedad*, Bosch, 7ª ed., Barcelona, 1991.

ALBIGES, Christophe, «Indivision: régime conventionnel», en *Dalloz, Répertoire de droit immobilier*, julio 2023.

ANGELINI, M., «La comunione», en *Il diritto privato nella giurisprudenza* (dir. P. Cendon), vol. II, *Proprietà e diritti reali*, Utet, Torino, 2011.

ARANA DE LA FUENTE, Isabel:

- «Ad art. 400 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011.

- «Ad art. 401 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011.

- «Ad art. 402 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011.

- «Ad art. 403 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011.

- «Ad art. 404 CC», en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández), vol. I (arts. 1 a 608), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2011.

AUBRY, Charles y RAU, Frédéric-Charles, *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae, tomo VI*, 4ª ed., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1873.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Revista Derecho privado, Madrid, 1954.

BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile, 6, La proprietà*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2017.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «La comunidad de bienes. Comunidades especiales», en *Instituciones de Derecho Civil Derechos Reales Derecho Registral Inmobiliario*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BÖHM, H. y PALMA, «Ad § 830 ABGB», en *ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dir. Andreas Kletečka y Martin Schauer), Manz, Wien, 1 de agosto de 2020.

BONEL Y SÁNCHEZ, León: *Código civil español, concordado y comentado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados*, tomo 2º, Libro II, López Robert, Impresor, Barcelona, 1890.

BONIFÁCIO RAMOS, José Luís, *Manual de diretos reais*, 3ª ed., AAFDL, Lisboa, 2022.

BORSARI, Luigi:

- «Ad art. 680 CC», en *Commentario del Codice civile italiano*, vol. II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1872.

- «Ad art. 683 CC», en *Commentario del Codice civile italiano*, vol. II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1872.

BRANCA, Giuseppe:

- «Ad art. 1101 CC», en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro III, *Della Proprietà, Comunione. Condominio negli edifici*, arts. 1100-1139, 6ª ed., Zanichelli, Il foro italiano, Bologna, Roma, 1982.

- «Ad art. 1102 CC», en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro III, *Della Proprietà, Comunione. Condominio negli edifici*, arts. 1100-1139, 6ª ed., Zanichelli, Il foro italiano, Bologna, Roma, 1982.

BRIOSO ESCOBAR, Enrique L., «Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división», *Revista de Derecho Notarial* (1980), 107, pp. 7-116.

CAPILLA RONCERO, Francisco: «La comunidad de bienes», en *Derecho civil. Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral* (coord. Mario Clemente Meoro), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

CARRASCO PERERA, Ángel y ZURILLA CARIÑANA, M.ª Ángeles: «La estructura del derecho subjetivo», en *Derecho civil* (coord. Ángel Carrasco Perera), 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2023.

CASADO PALLARÉS, «La acción *communi dividundo* y la propiedad sobre pisos y habitaciones», *Revista de Derecho Privado* (1930), pp. 132-141.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, *Derecho de cosas*, vol. 1º, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 13ª ed. (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1987.

CATINELLA SCHIFANI, Giuseppe, «Comunione», en *Il Digesto Italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza* (dir. Luigi Lucchini), vol. VII, Parte tercera, UTET, Torino, 1896-1899.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «El bienestar animal como ser sintiente: un nuevo principio general para el Derecho de los animales», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, vol. I, J. Pueyo, Madrid, 1929.

COSTA, Joaquín, *El juicio pericial (de peritos, prácticos, liquidadores, partidores, terceros, etc.) y su procedimiento*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1904.

COVIÁN, Víctor, «División de bienes», en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XII, Seix, Barcelona, s.f. (publicación autorizada por R.O. de 4 de junio de 1910), pp. 378 y ss.

DA CUNHA GONÇALVES, Luíz, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil Português*, volumen XI, Coimbra Editora, Coimbra, 1936.

DELVINCOURT, Claude Etienne, *Cours de Code civil, tomo II*, Paris, 1819.

DEMOLOMBE, Jean Charles, *Cours de Code Napoléon, XVII, Traité des Successions*, tomo 5º, Imprimerie Générale, Paris, 1875.

DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho civil* (traducido de la 4ª ed. italiana por Ramón Serrano Suñer; José Santa-Cruz Teijeiro), vol. I, *Introducción y parte general, Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, Reus, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luis:

- *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones jurídico-reales*.

*El Registro de la Propiedad. La Posesión*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1981 (1ª reimpresión 1983).

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, Reus, Madrid, 2022.

FALCÓN, Modesto:

- *Código civil español, tomo II*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889.

- *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral, tomo II*, 4ª ed.,

Imprenta Cervantes, Barcelona, 1893.

FENET, Pierre Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* t. XII, Paris, 1827.

FUZIER-HERMAN, Édouard, *Code civil annoté*, tomo II (arts. 711 a 1167), Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1891-1898.

GEHRLEIN, «Ad § 749 BGB», en *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, vol. 3º, §§ 705-1017 (dir. Wolfgang Hau, Roman Poseck, Heinz Georg Bamberger y Herbert Roth), 5ª ed., C.H.BECK, München, 2023.

GRIMALDI, Cyril, *Droit des biens*, 3ª ed., LGDJ, Paris, 2021.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia», *Anuario de Derecho Civil*, vol. II (1965), pp. 365-392.

ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, Segundo tomo, *Derecho de obligaciones*, II, Segunda parte (traducida del alemán de la 15ª ed. de la obra revisada por Heinrich Lehman), 3ª ed. española (con anotaciones de Blas Pérez

González y José Alger, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas de José Ferrandis Vilella), Bosch, Barcelona, 1966.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil. III. Derechos reales*, vol. 2º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 3ª ed., revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2009.

LAMORGESE, Antonio Pietro Maria, «Ad art. 1111 CC», en *Commentario al Codice civile* (dir. Enrico Gabrielli), *Della proprietà*, Arts. 1100-1172, Utet, Torino, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil, t. IV, Derechos reales*, 10ª ed. actualizada con la colaboración de Isabel Zurita Martínez, M.ª Amalia Blandino y M.ª Fuensanta Rabadán, Marcial Pons, Madrid, 2022.

LAURENT, François, *Principes de Droit civil français*, tomo X, 4ª ed., Bruyllant-Christophe & C. - A. Marescq. Ain, Bruxelles, Paris, 1887.

MANRESA Y NAVARRO, José, *Comentarios al Código civil* (con la colaboración de varios juristas), t. III, 2ª ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1904.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «La comunidad de bienes», en Pedro de Pablo Contreras, Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz y Miguel Ángel Pérez Álvarez, *Curso de Derecho civil* (coord. del volumen Pedro de Pablo Contreras), reimpresión 4ª ed. Actualizada, Edisofer, Madrid, 2016.

MEDINA DE LEMUS, Manuel, «De la comunidad de bienes», en *Comentarios al Código civil, II, Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, Bosch, Barcelona, 2001.

MEDRANO Y RUÍZ DEL ÁRBOL, José Antonio, «Problemas de la indivisión en la comunidad», *Revista de Derecho Notarial* (1958), XIX, pp. 53-90.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María:

- «Ad art. 400 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 2, arts. 392ª 429 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1985.

- «Ad art. 402 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 2, arts. 392ª 429 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1985.

- «Ad art. 403 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 2, arts. 392ª 429 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1985.

- «Ad art. 405 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 2, arts. 392ª 429 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1985.

MORENO TRUJILLO, Eulalia, «La copropiedad», en *Curso de Derecho civil III. Derechos reales y Registral Inmobiliario* (coord. Francisco Javier Sánchez Calero), 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil. Comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva legislación oficial, t. VII*, 3ª ed., Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896.

OYUELOS, Ricardo, *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*, tomo II (arts. 333 a 608), Cuerpo del Derecho español, Madrid, 1917.

PACCHIONI, Giovanni, *Elementi di Diritto civile*, UTET, Torino, 1926.

PARENTE, Ferdinando, «Ad art. 1111 CC», en *Codice civile commentato* (dir. G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli), t. I, *Della comunione*, Arts. 1-1677, 4ª ed, Utet, Torino, 2012.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Bernardo, *Derechos reales. Derecho hipotecario, t. I, Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2011.

PÉREZ CONESA, Carmen:

- «Ad art. 400 CC», en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- «Ad art. 401 CC», en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- «Ad art. 405 CC», en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil, t. III, Régimes matrimoniaux, Successions, Donations et testaments*, 7ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1918.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil, t. II, vol. II, Comunidad de bienes. Propiedad horizontal. Superficie. Propiedad intelectual e industrial. Usufructo. Servidumbres*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1979.

REYES LÓPEZ, María José, «La acción de división de la cosa común. Análisis de los arts. 400 a 406 CC», en *Comunidad de bienes* (coord. María José Reyes López), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

RICCI, Francesco, *Corso teorico-pratico di Diritto civile, vol. V, Comunione, possesso, prescrizione, occupazione*, 2ª ed., UTET, Torino, 1886.

SAENGER, Ingo:

- «Ad § 749 BGB», en SCHULZE *et alli*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2024.

- «Ad § 750 BGB», en SCHULZE *et alli*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2024.

SAILER, Hansjörg y PAINSI, Hebert, «Ad § 749 ABGB», en *Kommentar zum ABGB. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, EheG, KSchG, VGG, IPRG, Rom I-Rom II- und Rom III-VO* (dir. Peter Bydlinski, Stefan Perner y Martin Spitze), 7ª ed, Verlag Österreich, Wien, 2023.

SCHMIDT, Karsten, «Ad § 749 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB* (Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker y Bettina Limperg), *Schuldrecht -Besonderer Teil IV §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, §§ 705-853*, vol. VII, 9ª ed., CHBECK, München, 2024.

STOLFI, Nicola, *Diritto Civile, Il possesso e la proprietà*, vol. II, parte 1ª, UTET, Torino, 1926, p. 359.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil, t. III, Derechos reales. Derecho de propiedad y sus modificaciones*, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 2ª ed., Madrid, 1900.

STEINAUER, Paul-Henri: *Les droits réels, t. I, Introduction à l'étude des droits réels. Possession et registre foncier. Dispositions générales sur la propriété. Propriété par étages*, 6ª ed., Stämpfli, Berne, 2019.

VERNIERES, Christophe, «Régime conventionnel de l'indivision», en *Dalloz action. Droit patrimonial de la famille*, 254.61, 2021.

Fecha de recepción: 29.07.2024

Fecha de aceptación: 15.12.2024