

Cotitularidad y comunidad

Gesammte Hand o comunidad en mano común (1)

V. LAS COMUNIDADES DE PASTOS.

La propiedad comunal o colectiva es un fenómeno de todos los pueblos y de todos los tiempos. Ni siquiera han podido acabar con ella las exageraciones individualistas del Derecho romano y del liberalismo jurídico (2).

Manifestación particularizada de la propiedad colectiva, y quizás la más importante es la de los aprovechamientos comunales de pastos en sus múltiples formas y variedades.

De gran arraigo en nuestro Derecho histórico, existente; sin duda, en la España indígena primitiva, adquirió dicha forma de pastos especial desarrollo durante la Edad Media, viniendo a menos a causa de las leyes desamortizadoras y desvinculadoras, hijas legítimas del pensamiento político-jurídico del pasado siglo. Todavía, no obstante, quedan algunas supervivencias que felizmente se conservan (3).

De dichas comunidades trata el Código civil en los artículos 600

(1) Conclusión. Véanse núms. 214, 215, 217, 218 y 219.

(2) Vid. Altamira: *Historia de la propiedad comunal*. Madrid, 1890; Cárdenas: *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*. Madrid, 1873; Azcárate: *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*. Madrid, 1879; Flórez de Quiñones: «Comunidad o servidumbre de pastos», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1933, págs. 161 y sigs.; Beneyto Pérez: «Notas sobre el origen de los usos comunales», en *Anuario de Historia del Derecho español*, IX, año 1932; y García Gallo, ob. cit., I, páginas 97, 279-282 y 495, con bibliografía.

(3) Vid. Costa: *Derecho consuetudinario y Economía popular de España, y Colectivismo agrario en España*. Madrid, 1915.

a 604, si bien—como afirma Flórez de Quiñones (1)—, el Código civil no regula, en verdad, esta forma de comunidad, ya que sus escasos preceptos están encaminados a hacerla desaparecer.

Además, su técnica defectuosa y ambigua, por no decir contradictoria, y su oscura redacción, hacen que los referidos artículos hayan sido objeto de las más variadas y encontradas interpretaciones, apoyadas, sobre todo, en el hecho de que el Código emplee con sentido equivalente, al menos en apariencia, los términos comunidad y servidumbre, a veces en un mismo artículo (2).

Mientras algunos autores (Sánchez Román (3), Navarro Amandi (4), Flórez de Quiñones (5), entre otros), afirman que la figura mencionada en los referidos artículos es una comunidad, otros, por el contrario (Valverde (6), De Buen (7), etc.), sostienen que dicha institución es una servidumbre.

Por nuestra parte, seguimos totalmente a Ossorio Morales (que ha hecho un magnífico estudio sobre este punto) (8), y admitimos con él la existencia, en los artículos 600-604, de dos instituciones distintas—comunidad y servidumbre—, que cabe distinguir, a pesar de la inadecuada terminología legislativa.

La formidable argumentación que este autor ha desarrollado en defensa de su tesis nos exime de la obligación de demostrar este punto de vista. Lo que sí es indudable es que dicha teoría es la única que permite una integración armónica de los artículos 600 a 604 con los que el propio Código dedica a las servidumbres (9), y además lleva a la coexistencia lógica y compatible de las normas contenidas en los referi-

(1) Flórez de Quiñones, ob. y lug. cits., pág. 162.

(2) Así, arts. 600 y 602.

(3) Sánchez Román: *Derecho civil español, común y foral*, 2.^a edición, III. Madrid, 1891, pág. 651.

(4) Navarro Amandi: *Comentarios al Código civil reformado*. Madrid, 1890, II, pág. 346.

(5) Flórez de Quiñones, ob. y lug. cits., pág. 171.

(6) Valverde: *Tratado de Derecho civil español*, II, 1910, pág. 373.

(7) De Buen: *Anotaciones a Colin et Capitant*, II, 2, pág. 822.

(8) Vid. la excelente monografía de Ossorio, *Las servidumbres personales*. Madrid, 1936. En igual sentido, Isábal: «Pastos (Servidumbre de)», en *Enciclopedia Jurídica Española*, XXIV, pág. 467.

(9) Así, únicamente considerándolo aplicable tan sólo a las comunidades de pastos, se armoniza el art. 600 con el 531.

dos preceptos, salvando la oposición irreductible que de otro modo se plantearía. Así, la facultad de redimir la carga a que se refiere el artículo 603, es solamente aplicable a las servidumbres de pastos, mientras que el cercamiento regulado en el art. 602 es privativo de la comunidad de pastos, sin que, de otro lado, sea lícito admitir que se trata de medios alternativos indistintamente aplicables a una u otra institución, pues en tal caso la redención en metálico no dejaría de convertirse en letra muerta (1).

La propiedad comunal tiene en los territorios forales interesantes manifestaciones consuetudinarias y legales. En Aragón, la *aleria foral* (2) y los *boalares* (3). En Navarra, los *pastos de facería* (4). Y en Cataluña, los bienes de *emprius*.

No son escasos, ciertamente, los autores que sitúan las comunidades de pastos en el campo de la *gesammte Hand*, y un estudio objetivo y libre de prejuicios lleva necesariamente a adscribirse a esta opinión. Incluso hay autores, como De Ruggiero (5), que, a pesar de rechazar la comunidad germánica a propósito de otras instituciones (v. g. la comunidad conyugal de bienes), la aceptan con referencia a los dominios y usos colectivos y estos aprovechamientos en mancomún. En Italia ha sido Ferrara (6) quien con más energía ha defendido la coincidencia entre la comunidad de derecho germánico y estos aprovechamientos comunes. En España, ya el que fué ilustre presidente de nuestro más alto Tribunal de Justicia, D. Felipe Clemente de Diego (7), sostuvo que donde más evidentemente se manifiestan

(1) Vid. a este respecto la sólida argumentación de Ossorio, ob. cit., páginas 100-105.

(2) Vid. «Aleria foral», en *Enciclopedia Jurídica Española*, II, páginas 611-613.

(3) Vid. Fairen Guillén: *Consideraciones jurídicas sobre los boalares de Aragón*. Zaragoza, 1944.

(4) Covián: «Pastos de facería», en *Enciclopedia Jurídica Española*, XXIV, págs. 464-466. Incurriendo en patente error, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de enero de 1934, considera los pastos de facería como «una *pecoris pascendi* recíproca, constitutiva de una *mutua servitus*».

(5) De Ruggiero, ob. cit., I, pág. 574.

(6) Ferrara: «Tracce della comunione di diritto germanico nel diritto italiano», en *Rivista di Diritto civile*, 1909; y *Teoría de las personas jurídicas*, trad. española, págs. 447 y sigs.

(7) Clemente de Diego: *Instituciones de Derecho civil español*. Madrid, 1929, I, pág. 476.

las huellas de la *Gemeinschaft zur gesamme Hand* es en los bienes comunales de los pueblos. Y Flórez de Quiñones (1) concluye afirmando rotundamente que la comunidad de pastos constituye una modalidad clarísima de la *gesamme Hand*. Tesis ésta que recoge Ossorio Morales (2), y que últimamente acepta también el insigne hipotecario D. Ramón María Roca Sastre (3).

Finalmente, es de interés consignar que esta doctrina ha sido patrocinada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, en resolución de 8 de julio de 1933, después de distinguir el *condominium iuris romani* y el *condominium iuris germanici*, dice, si bien de modo incidental, que "la propiedad de tipo germánico es reconocida en nuestro Derecho en los casos de *propiedad comunal*, entre otros".

Indudablemente, en los aprovechamientos comunales de pastos se dan las notas sustanciales que integran y definen la comunidad de derecho germánico.

a) Los sujetos que disfrutan dichos pastos colectivos suelen, por regla general, estar unidos por un *vínculo de carácter personal*. Los titulares son, ordinariamente, todos o parte de los vecinos de un pueblo (4), están vinculados por una *relación de vecindad*. Es la primitiva comunidad del grupo familiar, ampliada más tarde a todos los que proceden de un común linaje, si bien sea remoto, y viven en una misma aldea o agrupación rural. De ahí que los individuos no son titulares por sí, sino de un modo mediato, en razón de una condición jurídica previa: la de vecino. Son titulares de un derecho de pastos a favor de sus ganados, porque forman parte de un Municipio. Nos encontramos, en verdad, ante lo que la doctrina ha llamado *derechos mediáticamente pertenecientes* (5), o con titular determinado de un modo mediato, y que Crome, no sin razón, ha calificado de derechos de estado, ya que presuponen en el sujeto un concreto *status* o calidad jurídica.

(1) Flórez de Quiñones, ob. y lug. cits., págs. 177-179.

(2) Ossorio Morales, ob. cit., pág. 109.

(3) Roca Sastre: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.^a edic., Bosch, II, Barcelona, 1945, pág. 130.

(4) Cfr. Ferrara: *Teoría de las personas jurídicas*, págs. 451 y sigs.

(5) Vid. Ferrara: *Trattato di Diritto civile italiano*, págs. 448-449; y De Castro, ob. cit., págs. 509-510.

b) Por eso el número de titulares es *indeterminado y variable*, de tal forma que el disfrute o aprovechamiento se hace sin delimitación precisa (1), faltando la idea de cuota, al menos en el sentido romano del término, esto es, como porción fija perteneciente a un sujeto de modo exclusivo. No es posible fijar la cuota que a cada individuo corresponde, pues el derecho de los mismos se extiende a toda la cosa, hallándose limitado tan sólo por el concurso de todos los demás titulares (2), gozando cada comunero en la medida precisa para satisfacer sus necesidades.

c) Y esta ausencia de cuotas como porciones económicas concretas y delimitadas, determina la *inalienabilidad* de los derechos que al comunero corresponden, lo cual, por otro lado, se compagina con el carácter personal del vínculo corporativo de vecindad que liga a los cotitulares.

d) Asimismo, esta indisponibilidad de la participación que a cada comunero corresponde implica la *intransmisibilidad* de la misma a sus herederos. Como en la *gesammte Hand*, aquí no rigen las reglas de la sucesión *mortis causa*, sino normas especiales (3). Al morir un titular, su parte no pasa a sus herederos, sino que acrece a los demás copartícipes, y si aquéllos entran a disfrutar de los comunes aprovechamientos, lo hacen no por sucesión sino por derecho propio, y no en la medida en que disfrutaba el causante, sino en paridad con los demás comuneros.

e) El especial carácter de estos aprovechamientos y la función social que realizan (especialmente en comarcas pobres y montañosas), impone su *indivisibilidad*, o sea la improcedencia del ejercicio de la *actio communi dividundo*. Y esta regla, natural exigencia de la índole de dichas instituciones, se conserva todavía en las legislaciones forales (4), pero ha sido modificada por el Código civil (art. 602), si bien, como claramente se deduce del precepto, con relación a los bienes de propiedad particular tan sólo.

(1) Ferrara: *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 452; Ossorio, ob. cit., págs. 108-110.

(2) Flórez de Quiñones, ob. y lug. cits., págs. 178-179.

(3) Ferrara: *Teoría de las personas jurídicas*, págs. 451-452; Flórez de Quiñones, ob. y lug. cits., págs. 178-179.

(4) Vid., respecto a los pastos de facería de Navarra, la sentencia de 20 de enero de 1934.

Y es que el Código nuestro—como el napoleónico y tantos otros—, producto de una época de euforia liberal, olvidando una realidad histórica y vigente (como lo son las comunidades de pastos de los pueblos), y dejándose llevar por las aparatosas soflamas de la Revolución y la Enciclopedia, trató, por todos los medios, de acabar con dicha institución, a fin de conservar uno, indiviso e indesmembrado, el derecho de propiedad.

VI.—LA COMUNIDAD HEREDITARIA

En este lugar nos planteamos el problema de la naturaleza jurídica de la comunidad entre coherederos, considerándola únicamente en su forma inestable y transitoria, esto es, como estado provvisorio y accidental, que desaparecerá mediante la partición y división de los bienes relictos, no, naturalmente, con relación a la comunidad hereditaria considerada como organismo estable y duradero, tales como el consorcio foral aragonés, las sociétés *taisibles* de las clases rurales en el antiguo *Droit coutumier* francés y las comunidades familiares de comercio de las ciudades italianas del Medievo, estados éstos de indivisión organizada que, en otros tiempos, especialmente en la Edad Media, tuvieron extraordinario arraigo y florecieron de modo sorprendente (1).

Ya se dijo anteriormente que el Código civil alemán configura la comunidad entre coherederos bajo el esquema de la *gesammte Hand*. Pero, realmente, como ha puesto Siesse de relieve (2), no acepta en toda su pureza los cánones de la mano común, y de hecho la regulación positiva es una mezcla de principios germánicos y de las soluciones tradicionales del Derecho romano.

En la doctrina española, en méritos, principalmente, de los tradistas del Derecho Inmobiliario, y de los esfuerzos de la Dirección General de los Registros, se ha llegado por un cierto sector a configurar la comunidad cohereditaria como un supuesto de comunidad en mano común o propiedad mancomunada. Así, Campuzano (3) y

(1) Vid. Siesse: *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en Droit comparé*. París, 1923, págs. 14 y sigs.

(2) Siesse, ob. cit., págs. 494 y sigs.

(3) Campuzano: *Elementos de Derecho Hipotecario (Notarías)*, I. Madrid, 1931, págs. 370-371.

Roca Sastre (1) han sostenido la identidad fundamental entre una y otra. Y una postura en cierto modo análoga es la sostenida por el ilustre hipotecario D. Jérónimo González (2), el cual ha considerado "situada técnicamente la comunidad de herederos entre la persona jurídica y la copropiedad."

Sin que, como es natural, sea difícil encontrar autores que se hayan manifestado en contra de esta visión germánica de la comunidad entre coherederos. De la Cámara (3), aunque no da razones para ello, niega que la comunidad hereditaria sea una aplicación de la propiedad colectiva o en mancomún, considerándola como una comunidad de tipo romano que recae sobre un elemento patrimonial incorporal.

Con más fuerza argumentativa, Chamorro Piñeiro (4), adoptando como premisas la inexistencia del llamado derecho hereditario *in abstracto* y de la herencia como objeto único que sirva de soporte a aquél, llega a la conclusión de que "en la herencia indivisa hay *tantas comunidades de bienes como cosas y derechos reales* haya en ella (y *tantos créditos y obligaciones mancomunadas como derechos u obligaciones existan*)" (5). Y que dichas comunidades son de tipo romano y no de tipo germánico, estimando que "la única especialidad de las comunidades hereditarias—que no las aleja del tipo romano o legal, ya que el citado artículo 392 deja paso a las disposiciones especiales—es la restricción que para el comunero implica la carencia de la facultad de disponer (no de contratación, sino de enajenación de

(1) Roca Sastre: «La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, septiembre y octubre 1929. Sin embargo, es de notar que dicho autor parece haber cambiado radicalmente de criterio, abandonando la tesis que tan enérgicamente defendiera. Así, dice en sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, 1.^a edic., págs. 200-201, que respecto a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, «si bien hay notas que la acercan a la llamada comunidad germánica o *in solidum*, no obstante la configuración de cuotas y sobre todo la negociabilidad de las mismas (art. 1.607 C. c.), revela la característica esencial de la comunidad romana o *pro indiviso*».

(2) J. González: «La comunidad hereditaria», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, marzo 1931, pág. 182.

(3) De la Cámara: «El derecho hereditario *in abstracto*», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, julio 1926, págs. 501 y sigs.

(4) Chamorro Piñeiro: «Los derechos hereditarios», en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, abril 1941.

(5) Chamorro Piñeiro, ob. y lug. cits., pág. 331

presente) de su derecho en cada comunidad, que no podrá ser enajenado, cedido o hipotecado antes de la partición, como sería posible en otros casos al amparo del artículo 399 del Código civil, inaplicable transitoriamente a las comunidades de bienes heredados, y sólo por lo que a disposición con efectos reales inmediatos se refiere" (1).

La originalidad y la apariencia sugestiva de esta tesis no pueden, sin embargo, movernos a aceptarla.

Y para refutarla nos basta traer a colación la autorizada pluma del profesor De Castro (2), quien afirma que la construcción doctrinal de tantas comunidades de bienes, como cosas y derechos de la herencia en liquidación, desconoce la distinción que apunta el Código entre la comunidad de bienes o titularidad sobre cosas comunes (3), y la copropiedad de cada cosa o derecho está en contradicción con lo dispuesto en los artículos 319, 1.068, 1.067, 1.056, 1.057 y 1.058, con la interpretación jurisprudencial, y va contra el fin simplificador de la institución de la comunidad de bienes, creando tantas acciones de división como objetos, con sus correspondientes divisiones especiales, que para conjugarlas con la partición por cuotas de la totalidad del patrimonio originaría una multitud de permutas, subrogaciones y tradiciones, con su correspondiente séquito de acciones. "La pluralidad de titulares sobre un patrimonio—escribe el propio autor (4)—no impone una copropiedad sobre los distintos derechos, lo impide la necesidad de mantener la unidad patrimonial abstracta, tanto en su función de unidad de garantía en favor de los acreedores (y de los legatarios en la herencia) como para la simplificación de las relaciones internas, tanto mientras dura la comunidad como al disolverse."

Cuando por la muerte del causante todos sus derechos y obligaciones se transmiten a varias personas, que actúan como sucesores jurídicos comunes—*Gesammtrechtsnachfolger*—del mismo, su sucesión jurídica es una sucesión común individual, incluso cuando lo heredado contenga derechos u obligaciones divisibles (5), conservando su unidad y su integridad todos los elementos singulares de la *hereditas*. Y es

(1) Chamorro Piñeiro, ob. y lug. cits., pág. 333.

(2) De Castro, ob. cit., pág. 496.

(3) Epígrafe del título III, libro II, art. 394 C. c., y art. 71 Reg. Hip.

(4) De Castro, ob. cit., pág. 495.

(5) Cosack: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, Jena. 1924; lib. V, página 415.

porque la comunidad recae no sobre dichos objetos individuales, sino más bien sobre *la simple titularidad hereditaria*. Lo que se encuentra sujeto a un régimen de comunidad *no es el conjunto de los derechos subjetivos relictos, ni tampoco la herencia*, considerada como unidad patrimonial (1) con existencia jurídica propia distinta de las cosas, derechos reales, créditos y obligaciones que la componen (2), sino *la titularidad hereditaria universal, el título de heres*, que pertenece conjuntamente a los coherederos como si fuesen uno solo. Sin que, ello no obstante, pueda objetarse que los derechos subjetivos vienen de esta suerte a quedar sin sujeto, pues—como dice De Castro (3)—, respecto a los mismos, la pluralidad de sujetos tiene la titularidad interina y cada uno de los sujetos cotitulares tiene una titularidad preventiva, correspondiente a su derecho eventual.

Ahora bien, ¿funciona dicha comunidad patrimonial según las normas de la indivisión romana o, por el contrario, acomodándose a los principios de la *gesammte Hand*?

a) En primer lugar, la comunidad hereditaria es una cotitularidad sobre un patrimonio, sobre una cosa incorporeal, lo cual la separa del condominio romano y la aproxima a la comunidad germana (4), y es por esta consideración de patrimonio separado (*Sondervermögen*) por la que entra en juego el principio de la subrogación real (5).

b) Afirma Endemann (6) que la comunidad hereditaria actual no es una *gesammte Hand* típica, porque no se apoya en lazos personalísimos, sino en *consideraciones objetivas meramente patrimoniales*.

(1) La cotitularidad patrimonial no supone un derecho en o al patrimonio como objeto, sino que es título en la situación interina existente respecto a cada derecho subjetivo que comprenda el patrimonio. (De Castro, ob. cit., pág. 496.)

(2) Pues la herencia, al fin y a la postre, no deja de ser una ficción jurídica o, si mejor se quiere, un expediente técnico de unificación, de reducción de lo múltiple a lo uno.

(3) De Castro, ob. cit., pág. 496.

(4) La resolución de 29 de agosto de 1925 dice que la situación jurídica de una masa hereditaria perteneciente a varias personas se distingue de la copropiedad *pro indiviso* inscribible por cuotas en que se refiere a un patrimonio y no a un objeto singular.

(5) Endemann: *Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Berlin und Leipzig, 1923, pág. 116; Enneccerus: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 2.^a edic., IV; *Das Erbrecht* (Kipp), IV, 2.^a, Marburg, 1919, pág. 253.

(6) Endemann, ob. cit., pág. 116.

les. Opinión esta que estimamos errónea, incluso dentro de una concepción germánica o marcadamente económica del proceso sucesorio. El título de *heres*, por mucho que se despersonalice acentuando su carácter y contenido patrimonial, lleva siempre en el fondo *un cierto sentido de continuación, si no de la personalidad, sí al menos de la posición jurídica del causante*. Y los coherederos, miembros al fin de una sucesión jurídica común—*Gesammtrechtsnachfolge*—, participan de este carácter personal y se encuentran, por ello, ligados de modo más estrecho que los comuneros en la simple copropiedad romana, entre los cuales no se dan más que relaciones fundamentales en supuestos patrimoniales ajenos a todo matiz personalísimo (1 y 2).

c) Este carácter personal de la relación hereditaria crea entre los coherederos una situación de *responsabilidad solidaria* en cuanto al pago de las deudas de la herencia (artículo 1.084 del Código civil), solidaridad ésta que es inconcebible en una estricta copropiedad románistica (3). Frente a los acreedores de la herencia aparecen los coherederos como deudores del todo, concibiéndose la masa hereditaria como un objeto unitario de responsabilidad (*Haftungsobjekt*) (4).

d) Pero los coherederos, a diferencia de los miembros que forman

(1) Roca Sastre, ob. y lug. cits., págs. 653.

(2) Dice así el Centro directivo, en resolución de 21 de febrero de 1923: que «entre las distintas personas llamadas a la sucesión de otra fallecida se establece, por el hecho de la muerte del causante y aceptación pura, sin distribución de la herencia, una comunidad forzosa de caracteres específicos que liga a los interesados de forma mucho más enérgica que la indivisión ordinaria, tanto por las consecuencias derivadas de la *representación del «de cuius»* y de la *solidaridad* con que responden de sus obligaciones como por la indeterminación de los derechos que a cada coheredero pertenecen en las cosas hereditarias».

Y la resolución de 22 de septiembre de 1924 sentó la siguiente interesante doctrina: que la comunidad formada por los herederos, «que recogen su patrimonio con arreglo a las normas establecidas en la ley y en el testamento, responden íntimamente de las deudas y cargas de la masa relictiva, encarnan en ciertos momentos la personalidad del causante común y son propietarios *in potentia* de cada uno de los bienes y de todos ellos, sin tener partes expresamente adjudicadas, no puede compararse con las situaciones de copropiedad romana».

(3) Según el Derecho romano, los acreedores no podían dirigirse contra los coherederos sino por la porción de su crédito.

(4) Endemann, ob. cit., pág. 116.

parte de la *gesammte Hand*, tienen una cuota patrimonial que exclusivamente les pertenece; si bien, por contraposición al condominio romano, dicha cuota no es fija, concreta y determinada, sino abstracta, indeterminada y de contenido problemático (1), siendo por ello indisponible (2). Aunque el Código civil, en su artículo 1.067, admite la venta del derecho hereditario antes de hacer la partición, en rigor no se trata de una verdadera enajenación, esto es, de una transmisión de la titularidad entera de un derecho, desapareciendo el cedente de la esfera jurídica, sino simplemente—como dice Roca Sastre (3)—de una mera enajenación del contenido económico, pues la cualidad de heredero es personalísima e intransferible (4).

e) En el orden de administración de la cosa común, procede una distinción: para los actos de simple administración interna vale lo que acuerde la mayoría; para los actos de disposición se exige, por el contrario, la intervención de la colectividad.

f) Finalmente, mientras que la *gesammte Hand* suele tener un cierto carácter de estabilidad, de permanencia, la comunidad hereditaria, en cambio, se asemeja en este punto a la romana, y es puramente *accidental, transitoria e inestable*, mero estado provvisorio que desaparece en el momento en que se opera la partición y adjudicación de los bienes velictos (5).

En resumen, pues, creemos que no son totalmente extrañas a la comunidad hereditaria las notas de la *gesammte Hand*, aunque, fuerza es reconocerlo, en ciertos aspectos se parece más al condominio romano. De todo ello puede deducirse que la comunidad hereditaria es una institución híbrida o intermedia que presenta puntos de coincidencia tanto

(1) Así, la resolución de 21 de febrero de 1923 habla de «la indeterminación de los derechos que a cada coheredero corresponden en las cosas hereditarias». Vid. también, en igual dirección, las resoluciones de 22 de septiembre de 1924 y 6 de diciembre de 1926, así como la sentencia de 18 de noviembre de 1918, entre otros fallos jurisprudenciales.

(2) Por el contrario, admite Endemann (ob. cit., pág. 117) que por consecuencia de dicho acto de disposición sobre la cuota se opera una verdadera sustitución subjetiva en la comunidad hereditaria. Igualmente Kipp (ob. y lug. cits., pág. 254) afirma que el adquirente se coloca en la misma situación jurídica que el heredero vencedor.

(3) Roca Sastre: *Inst. Derecho Hipotecario*, 1.^a edic., I, pág. 203, nota 1.

(4) Cfr. resolución de 29 de agosto de 1929.

(5) Endemann, ob. cit., pág. 116; Cosack, ob. y lug. cits., pág. 421.

con la comunidad romana como con la germánica. En el régimen interno y en cuanto al goce de las cosas comunes, se rige por las reglas de la *pro indivisión romana*, de la que toma también su carácter transitorio y la existencia de cuotas. En el régimen externo, a efectos de garantía de los acreedores de la herencia y de ejercicio de los poderes dispositivos, actuan los principios rectores de la *gesammte Hand*, de la que asimismo recibe la indeterminación e inconcreción de los derechos eventuales de los coherederos (1). Se nos aparece, por tanto, la comunidad entre coherederos como una de aquellas formas, de que ya nos habla Gierke (2), intermedias entre la *gesammte Hand* (*condominium turis germanici*) y el *Miteigentum* (*condominium iuris romani*), en las cuales la separación en cuotas queda limitada por una cierta unicidad en la esfera común o en las que la mano común se modifica por división en cuotas.

VII.—CONCLUSIÓN

Hemos dado ya fin a esta perspectiva general sobre las posibilidades de aplicación de la *gesammte Hand* a nuestro sistema jurídico. Sólo viejos prejuicios romanistas se oponen a dar carta de naturaleza a dicha comunidad y, en cambio, su admisión reportaría indiscutibles ventajas para la explicación racional y técnica de ciertas figuras jurídicas que constituyen auténticos rompecabezas dogmáticos y que, dígase lo que se quiera, no encajan ni con mucho en el concepto que del *condominium* nos legaron las fuentes romanas.

Nuestro propósito al escribir estas páginas era simplemente pretender demostrar que el vigente ordenamiento jurídico español no es refractario, ni ofrece serios obstáculos, a la aceptación de este *tertium genus* o figura intermedia entre la copropiedad y la persona jurídica, y que, sin constituir un nuevo ente o personalidad moral, liga a los

(1) Cfr. Siess, ob. cit., págs. 498 y sigs.; Endemann, ob. cit., pág. 116; Cosack, ob. y lug. cits., págs. 415 y sigs.; Kipp, ob. y lug. cits., pág. 247.

(2) «Wenn nun aber dies die reinen Formen des Miteigenthums einerseits und der gesammten Hand andererseits sind, so gibt es manchfache Zwischenstufen, auf deren Sphäre die gesammte Hand durch Quotenheilung modifiziert wird.» (Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II; *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlin, 1873, pág. 953; vid. también pág. 947.)

individuos de modo mucho más enérgico que la indivisión romanística.

Y cuando llegue para nuestro Código civil el esperado momento de su renovación (así como de su rehispanización), no será ciertamente inoportuno dar expresa acogida en nuestro primer cuerpo legal a la diversificación de la comunidad en sus dos formas de comunidad por cuotas y comunidad en mano común, como otras legislaciones más progresivas (la alemana y la suiza) han hecho hace ya algunos años, abandonando con ello el estrecho y miope criterio de los redactores del Código francés. Y si los autores del vecino país prefieren seguir el criterio tradicional, incensando al mohoso y *demodé* *Code Napoleon* como quien adora a un viejo fetiche, háganlo enhorabuena hasta que bien les pluguiere, que no hemos de ser en verdad nosotros los que turbemos a los que tal hagan o piensen al otro lado de esos benditos y providenciales Pirineos.

JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ