

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL
Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año V

Septiembre de 1929

Núm. 57

La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?

Al estudiar los efectos de la partición de bienes hereditarios, plantean los autores de Derecho civil el problema que el título de este trabajo ofrece y entonces nos presentan con categoría de sistemas opuestos las soluciones traslativa y declarativa.

El sistema declarativo lo expone Planiol (1) diciendo: que durante la indivisión, cada objeto es, a la vez, propiedad de todos los coherederos, cada uno de ellos tiene una parte de propiedad en cada cosa. Una vez realizada la partición, cada uno de ellos es propietario exclusivo de los objetos incluidos en su lote; los otros no tienen sobre ellos ningún derecho y a la recíproca, el mismo no tiene derecho sobre las cosas puestas en el lote de los demás, de las cuales era antes de la partición propietario proindiviso. ¿Qué es lo que ha pasado? Ha habido entre los coherederos un *cambio de porciones indivisas*: cada uno de ellos ha cedido a los otros la parte que tenía en su lote, y ha recibido en su lugar la que los otros poseían en el suyo. De esta suerte, cada coheredero es causahabiente directo del difunto solamente en la parte que le pertenecía primitivamente en su lote; en el resto, es causahabiente de los otros copartícipes. Este análisis de la partición hace de ella un acto atributivo o traslativo de propiedad.

Considerada, pues, la partición como una transferencia o cesión recíproca de bienes entre los coherederos, queda equiparada a cual-

(1) «*Traité élémentaire de Droit civil*», novena ed., tomo III, pág. 564.

quier acto traslativo del dominio (compraventa, permuta, etc.) y de aquí la consecuencia lógica que lleva en sí tal sistema, o sea que los actos de enajenación o gravamen verificados por cualquier heredero durante la indivisión, deben mantenerse intactos al cesar ésta, y que, como mientras la partición no se verifique, cada coheredero se le reputa ser dueño de una participación indivisa de cada cosa singular del patrimonio hereditario, tiene la facultad de enajenarla y gravarla y, por lo tanto, la hipoteca constituida por uno de ellos sobre su cuota, continuará gravando cada cosa hereditaria en su porción respectiva, aún después de verificada la partición y adjudicados separadamente los bienes a los herederos, encontrándose cada uno de ellos con sus lotes gravados y sin poder liberarlos parcialmente de dicha hipoteca, por su naturaleza indivisible.

En cambio, en el sistema declarativo, la partición no se considera como un título de adquisición, sino como un acto determinativo de las cosas respecto de las cuales cada coheredero ha sucedido al causante—dice Pothier—(1) y cada uno de los herederos, que no es más que heredero de una parte, no ha podido suceder en todos, sino solamente en aquellos que les asignó un día la partición.

La partición queda reducida aquí, a un acto material, una operación o expediente en que se declara cuáles deben ser los bienes del causante que deben pertenecer a cada heredero y no tiene otra virtualidad que la de determinar, especificar y delimitar la parte de cada sucesor. Se considera que cada heredero sucede al causante desde el momento de abrirse su sucesión, únicamente, en los bienes comprendidos en su lote, sin que nunca haya tenido participación alguna en los de las hijuelas de los demás. El estado de indivisión, es destruido y aniquilado y referida retroactivamente la situación creada por la partición al momento de la muerte del «de cuius».

Queriendo explicar esta solución, quien la encuentra en el desenvolvimiento propio de una condición suspensiva, considerando tal la partición al igual que la aceptación de efectos retroactivos; otros, como Demolombe, en el doble juego de una condición resolutoria que afecta al derecho potencial de cada heredero

(1) «Successions», pár. I, art. 5.º, cap. IV.

sobre todos los bienes, cumplida en cuanto a las cosas excluidas de su lote e incumplida respecto los bienes a su favor adjudicados, doble efecto que se retrotrae a la fecha de la defunción del causante; y, finalmente, algunos buscan la causa de tal resultado por medio de una ficción, por obra de la que se supone que desde el primer momento cada coheredero sucedió al difunto exclusivamente tan sólo en los bienes de su hijuela. Creemos que si se quiere buscar un justificante al sistema declarativo, en la esencia del acto particional, hay que procurarlo, como veremos más adelante.

La consecuencia o derivación lógica de tal sistema, consiste en que todo acto de enajenación o gravamen verificado por algún coheredero durante la indivisión, se halla supeditado al resultado de la partición, o sea a la amplitud de la adjudicación de bienes herenciales al coheredero que dispuso de su cuota, ya que tales actos dispositivos no pueden afectar a los bienes atribuidos a los demás coherederos.

Enfocados así ambos sistemas, no es ocioso discutir tal problema, dadas las consecuencias y resultados tan contrarios como ambos provocan. Tuvo importancia esta cuestión en el período feudal a los efectos del pago de laudemios e imposiciones señoriales sobre traslaciones y la tiene hoy en muchos aspectos (requisitos de capacidad, formalidades, tracto sucesivo, consideración de tercero, rescisión, prescripción, etc., y hasta para el impuesto de sucesiones). Para hacerse cargo de la importancia del tema, es suficiente observar la diferente protección que uno y otro sistema implica para los terceros que han adquirido un derecho real sobre una porción indivisa, cuya adquisición en el uno se mantiene íntegra, independientemente del acto particional y de los arreglos posteriores entre coherederos, mientras que en el otro se halla condicionada a las adjudicaciones respectivas y supeditada a los efectos retroactivos de las mismas, suscitando interesantes y graves problemas en el orden hipotecario.

Expondremos someramente la concepción romana del problema, su evolución histórica posterior y su cristalización en el derecho positivo actual en los principales países, su discusión dogmática, para terminar con el estudio de la cuestión en la doctrina y legislación patria.

I

Preséntase el Derecho romano como el prototipo de la legislación de sistema particional de efectos traslativos. Ciertos textos del «Corpus juris civilis» avalan tal afirmación, a pesar de que no faltan otros que la ponen en grave trance.

Una de las disposiciones más concretas la da el Código, al prescribir las reglas comunes a los juicios divisorios, al determinar que la división de predios haga las veces de compra (1).

Un texto de Ulpiano, aportado para reforzar el criterio traslacional romano, ya no es tan claro, pues si bien parece analogar la división hereditaria con la permutación (2), es en el punto concreto de la procedencia de la acción «praescriptis verbis» en un caso de reclamación de un acreedor contra los herederos, uno de los cuales se niega a responder de la parte proporcional de las deudas hereditarias distribuídas por el causante entre los herederos al verificar la partición el mismo causante, supuesto en que no cabe discutir los efectos de la partición por faltar un previo estado de comunidad.

Aparece patente en los juicios divisorios romanos la transferencia recíproca de partes indivisas, que, como vimos, es el juego esencial del sistema particional traslativo y que se realiza en ellos por medio de la «adjudicatio», parte de la fórmula que se encuentra en las dos acciones particionales «familiae erciscundae» y «communi dividundo» y que concede al juez el poder de *transferir* la propiedad, adjudicando alguna cosa a uno de los litigantes y si la parte de uno pareciere excesiva, condenar, a su vez, a éste en cierta cantidad para el otro (3).

Según Windscheid (4), la misión del juez en la partición no es sólo la división en sentido estricto, sino la separación de los in-

(1) «Divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit». C. lib. III, tít. XXXVIII, ley 1.^a.

(2) «... quasi certa lège permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint». D. lib. X, tít. II, ley 20, pár. III.

(3) I. lib. IV, tít. IV, páu. XX, y lib. IV, tít. XVII, pár. IV.

(4) «Diritto delle Pandette», trad. Fada y Bensa, tomo III, pág. 346.

tereses de los herederos, y considera como cesión la asignación que el juez hace de un crédito a un heredero.

A falta de acuerdo entre las partes—expone Shom—(1) el juez tiene atribuciones para convertir la copropiedad en dominio exclusivo, realizando jurídicamente una *transmisión* de propiedad que recae sobre las partes correspondientes en condominio a los restantes comuneros. La «adjudicatio» se entiende que *traspasa* el dominio de uno a otro litigante y aquel cuyo derecho de propiedad se transmite al otro por ministerio del juez, se considera como su *antecesor* jurídico, siendo la «adjudicatio» un modo derivativo de adquirir (2). Cada partícipe, una vez operada la partición, resultaba causahabiente del otro (3).

Durante la indivisión, los bienes hereditarios se hallan cada uno en comunidad (4), por cuotas, de que cada cual puede libremente disponer (5).

Si, como antes dijimos, la consecuencia lógica de un sistema traslativo particional, es que la enajenación o gravamen hecha por un coheredero, de su porción indivisa de una cosa singular de la herencia, debe mantenerse y el adquirente no está afecto a las contingencias de la partición, un texto de Neracio atribuye tal resultado al Derecho romano, al excluir del juicio de partición la porción de una cosa hereditaria enajenada por un heredero (6), y otro de Paulo, en un caso de constitución de servidumbre (7).

El texto más explícito es uno de Gayo comentando la fórmula hipotecaria, en el cual expone, que si alguien hubiere dado en

(1) «Instituciones de derecho privado romano», trad. W. de Rocas, páginas 265 y 266.

(2) «Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim alius fit, cui adjudicatum est». I. lib. IV, tit. XVII, pár. último de «Off. jud.».

(3) Ruggiero. «Instituzioni di diritto civile», tomo II, pág. 795.

(4) «... cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata..., aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit...» D. lib. XVII, tit. II, ley 31.

(5) D. lib. V, tit. IV, de «Si pars hereditatis petatur». Serafini, «Instituciones de derecho romano», trad. Trías, tomo II, pág. 412, y Shom, obra citada, pág. 410.

(6) «... neque ea pars, quae mea fuit in iudicio veniet, quum alienate de hereditate exierit...». D. lib. X, tit. II, ley 54.

(7) D., libro X, tit. II, ley 25, pár. IX.

hipoteca parte indivisa de una casa común, hecha la división con el socio, no queda obligada al acreedor solamente aquella parte que obtuvo el que dió en prenda, sino que la parte indivisa de ambos permanecerá obligada por la mitad (1).

No obstante, no faltó en el mismo Derecho romano quien sostuviera la teoría declarativa. Labeon cita a Trebacio e impugna la opinión de éste, el cual sostenía que la imposición por un comunero de un usufructo sobre su porción, después, al venir la división, el usufructo no podía pesar sobre la parte al otro adjudicada, sino sólo sobre la que correspondió al constituyente, doctrina que, como el mismo Labeon dice, no prosperó (2).

El principio romano «*concursu partes fiunt, cessante concursu partes cessant*», fundamento del derecho de acrecer, atribuyendo a todos los herederos la representación del causante y estimando a cada uno de ellos *sucesor en el todo con la limitación de los demás*, acercan la comunidad hereditaria romana al tipo de una copropiedad «*in sólido*» o germana, que, como después veremos, provoca lógicamente una partición de efectos declarativos, lo que, junto con el concepto romano de la transmisión hereditaria, hace dudar de la consistencia del criterio traslacional en el Derecho romano.

Estudiando un poco a fondo el problema—dice Covián—(3) puede dudarse de que los romanos dieran a la partición el carácter de traslativa de propiedad, porque profesaban el principio hoy abandonado por los Códigos modernos, de que el dominio no se transfería por solo el consentimiento, sino que se requería también la tradición; así, el enajenante conservaba el dominio de la cosa si no intervenía esta última. Por el contrario, el coheredero adquiría la propiedad de su haber, mediante la adjudicación, y esto nos lo dice otro texto: «*quod autem istis judiciis alicui adjudicatum est, id statim ejus fit cui adjudicatum est*» (4), y, por

(1) «... si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, que ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dividia manebit obligata». D. lib. XX, tít. VI, ley 7.^a, pár. IV. Ver también D. lib. X, tít. III, ley 6.^a, pár. VIII y IX.

(2) D. lib. XXXIII, tít. II, ley 31.

(3) «Enciclopedia jurídica española», tomo XXIV, pág. 374.

(4) I. lib. IV, tít. XVII, último.

tanto, bastaba ésta sin la tradición característica diferencial que separaba la partición de la compraventa y de la permuta. Añádase que el heredero, conforme a los dos sistemas, trae causa directa o indirecta del difunto, nunca de los demás partícipes en la herencia, y sólo, como pie forzado, se admitirá por los defensores del primer sistema.

No obstante la opinión de Covián, creemos que la ausencia de tradición en la «adjudicatio» no destruye su carácter traslativo de propiedad en el Derecho romano, pues, por su propia naturaleza, no la requiere. La «adjudicatio» era un modo derivativo de adquirir, de carácter *civil*, mientras que la «traditio» era un modo *natural*. Además—según Shom—(1), en ambos casos (partición judicial o privada) realizase jurídicamente una *transmisión* de propiedad, que recae sobre las partes correspondientes en condominio a los restantes comuneros. Este acto de transmisión, que convierte la participación por cuotas ideales en plena y exclusiva propiedad, emana de los mismos copartícipes interesados cuando la división se efectúa amistosamente, en cuyo caso ha de mediar para ejecutarse una *tradición* o entrega mutua de posesión.

Es de notar aquí la opinión de Gregorio López, que sólo veía en la partición hereditaria una serie de actos conducentes a hacer cesar el estado de indivisión, pero no por medio de *contratos*, sino de actuaciones judiciales o actos notariados o privados y que si bien las muchas cuestiones que podían suscitarse se solucionaban por medio de contratos, estos constituían incidentes de la partición, que no le privan su especial naturaleza.

En suma, la generalidad de los autores patrios y extranjeros, coinciden en encasillar el Derecho romano, dentro del sistema traslativo particional, presentándolo como la legislación tipo de tal sistema. El criterio romano era de protección a terceros. «Non potuisse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare», dice Labeon al rechazar a Trebacio. Hay que mantener intangibles los derechos de los que han contratado con algún condueño y no subordinarlos al resultado particional. Será una solución poco científica, pero eminentemente práctica.

(1) Ob. cit., pág. 265.

II

El sistema traslativo fué el imperante en plena Edad Media, viniendo el Derecho romano, con su renacimiento, a reforzar las pretensiones y derechos del feudalismo, pues interesaba a los señores, a los efectos de la percepción de laudemios y gabelas sobre las traslaciones de fundos, calificar de traslativa la partición hereditaria. De aquí que una razón semifiscal viniese a poner en debate la cuestión objeto de nuestro tema, si bien, en el fondo, se discutía en pleno terreno de Derecho civil, provocando una fuerte corriente en pro del sistema declarativo. Como dice Glasson (1), una vez el principio «*de mort saisit le vif*», que había servido de arma a los legistas para atacar los derechos que los señores pretendían percibir en ocasión de las divisiones hereditarias, fué consagrado para la transmisión del difunto al heredero, se esforzaron en hacerlo aceptar en lo referente a las particiones. El feudalismo probó aún de resistir a esta corriente, como así lo hizo, contra las consecuencias de la adquisición hereditaria, y sus pretensiones fueron defendidas por algunos jurisconsultos. Estos sostuvieron que la partición era un verdadero cambio o mutación de derechos, y que, por consiguiente, el señor podía pretender los derechos que se adeudaban en casos semejantes. Pero esta opinión no tardó mucho en ser generalmente rechazada, prefiriendo la doctrina opuesta, según la cual la partición era una *alienación necesaria*. Bartolo sostuvo ya, acerca de la ley 12, «*De conditione furtiva*», que ningún derecho de mutación era debido, no solamente respecto a los bienes hereditarios, sino en cuanto a las otras cosas comunes.

Sin embargo, hasta el siglo xvi, los jurisconsultos reconocieron que la partición era traslativa de propiedad y solamente la consideraban como una alienación necesaria. Fué en la época de Dumoulin cuando se pensó seriamente en dar a la partición distinto carácter. Dumoulin tuvo gran influencia en la nueva orientación doctrinal, llegando a rechazar las pretensiones señoriales, incluso en los casos de partición verificada adjudicando a un heredero

(1) «*Le droit de succession au moyen age*», pág. 113.

cosas que excedan de su partición, con abono de saldo a los otros, y, cuando, en caso de licitación, un heredero resultaba adjudicatario único, fundándose en que la intención de las partes era la de verificar una partición, y este aspecto era el que debía dominar. No obstante, él mismo había combatido el efecto declarativo en materia de hipotecas.

D'Argentré siguió la teoría de Bartolo, fundada en el carácter de «alienatio necessaria» que la partición ofrecía, para exonerarla de tasas feudales.

El triunfo del sistema declarativo se operó muerto Dumoulin, siendo aceptado, incluso en materia de hipotecas, por la jurisprudencia francesa, en 1569, y reformada la «Coutume de Paris», en 1580, declarando exento de derechos de traslación la adjudicación en subasta, respecto a las partes de los demás herederos. A partir de entonces, tomó carta de naturaleza en el Derecho francés la teoría declarativa, que fué ampliada por la jurisprudencia a otros casos en que los efectos declarativos eran discutibles.

El Código Napoleón aceptó el sistema que condensó en el artículo 883 (1), preceptuando que cada heredero debe reputarse haber sido siempre el propietario único de los bienes a su favor adjudicados y que no tuvo derecho alguno de propiedad respecto a los otros. La Ley de transcripciones, del 23 de Marzo de 1855, no sujeta las particiones de bienes a transcripción, fundándose en su naturaleza de acto declarativo.

A pesar del estado caótico de la jurisprudencia francesa—como dice Planiol—(2), los efectos declarativos, o retroactivos, de la partición, se aplican, además del caso de partición pura y simple («partage en nature»), en que cada heredero recibe su parte en los mismos bienes relictos, a las particiones con adjudicación de bienes a un coheredero con exceso de su parte, con abono de diferencias en metálico; a las adjudicaciones de bienes indivisibles a un heredero

(1) Art. 883: «Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession». Este artículo es copia literal de las palabras de Pothier en su «Traité de communauté», núm. 140.

(2) Ob. cit., págs. 568 y siguientes.

de previa licitación, no las hechas a un extraño (1), y hasta se llega a discutir su aplicación a las ventas o cesiones gratuitas verificadas por los coherederos a uno de ellos, todo como consecuencia del principio de que todo acto consentido por los herederos, que haga cesar el estado de indivisión, producirá los efectos declarativos de la partición (2).

El sistema declarativo rige a través del Código Napoleón en Bélgica, si bien la partición está sujeta a transcripción, pues la ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1851 sujeta a registro, tanto los actos declarativos como los traslativos. También es aceptada por los Códigos civiles de Italia (3), Holanda (4) y Rumania (5), y seguido por los de Uruguay, Chile, Colombia y Argentina.

Las legislaciones alemana y suiza siguen también el sistema declarativo, si bien llegan a él por un conducto más científico que el Código francés. Este viene a tal resultado después del esfuerzo de tener que buscar una ficción o presunción «*juris et de jure*»; en cambio, aquéllos encuentran la misma solución como consecuencia lógica de la verdadera naturaleza y esencia de la comunidad hereditaria. Libres de presiones romanistas, ven, en la indivisión de herencia, un estado de comunidad, no de tipo romano o por cuotas, que, dislocando el Derecho global sobre el patrimonio relicto, se erige en valor patrimonial sustantivo y susceptible de disposición independiente, sino un caso de propiedad mancomunada o condominio germánico («*gesammte hand, gesamthandverhältnis*») aplicada a una «*res universitas*» (patrimonio), en que la titularidad de la

(3) «*Licitation vaut partage*» es el principio de la jurisprudencia francesa, y esto, aunque en la subasta hayan intervenido personas extrañas, pues los tribunales de la vecina república ya desde 1587 sostienen que la admisión en la licitación de no herederos no desvirtúa el carácter declarativo, siempre que la adjudicación sea a favor de un coheredero, pues si se hace a un extraño la «*licitation vaut vente*» surge en un acto traslativo de propiedad.

(2) Ver sentencias de la corte de casación de 19 de Octubre de 1896, 7 de junio de 1899, 18 de Junio de 1900, 21 de Junio de 1904, 11 de Enero de 1909, 2 de Febrero de 1915, 23 de Abril de 1918, 2 de Febrero de 1925, 2 de Julio del mismo año y otras.

(3) Art. 1.034.

(4) Art. 1.129.

(5) Art. 787.

misma está atribuída al conjunto de herederos, cada uno de los cuales tiene derecho a la totalidad juntamente con los otros, sin que puedan los herederos, aisladamente, disponer en tal estado de participación alguna de los objetos de la sucesión, resolviendo las cuestiones prácticas que en el estado de indivisión puedan sobrevenir el consentimiento de todos los herederos (1). Ostentando los herederos juntos la titularidad del patrimonio hereditario, al renunciar uno de ellos, o ser eliminado, no tiene lugar la transmisión de una parte de la propiedad sobre las cosas hereditarias—dice Huber—(2) a los restantes herederos, sino que éstos conservan la totalidad como antes, concurriendo con un partícipe menos. Al verificarse la partición no se opera, pues, otra cosa que una eliminación de los otros herederos, desapareciendo una limitación a su propiedad, del mismo modo que, al no aceptar los demás herederos, se produce por derecho de acrecer una titularidad exclusiva a favor del único heredero aceptante, sin que se opere transmisión alguna entre los coherederos.

Preséntanse, como legislaciones que siguen al sistema traslativo, las de Méjico, Guatemala y Portugal.

III

En el orden doctrinal, el efecto declarativo, o traslativo, de la partición, dependerá de la clase de comunidad que durante la indivisión hereditaria se estime establecida entre los coherederos. Pues bien, ¿qué clase de comunidad es ésta?

Prescindiendo de la propiedad de la persona jurídica, que sólo de un modo lato, entendida la noción de comunidad, cabe calificar de tal, ya que el caso de propiedad colectiva debe equipararse al de **propiedad individual**, la lucha está circunscrita entre los dos tipos de comunidad: romana o «pro indiviso», y germana o «in solidum».

Ya sabemos que la comunidad germánica, o propiedad mancomunada («gesamnte hand»), es aquella forma de atribución de un

(1) Arts. 2.032 y 2.033 del Código civil alemán y 342 del suizo.

(2) «Estudios sobre la publicidad en el derecho privado», pág. 33.

derecho sobre una misma cosa, a una pluralidad de sujetos, sin que éstos lleguen a constituir un nuevo ente, ni aquél se desintegre en cuota, o sea, como dice Shom (1), un régimen de mancomunidad de bienes como el alemán, que centraliza en ella el poder de disposición, de suerte que sólo el mancomún colectivamente puede decidir; o en que, cada propietario común—dice Huber—(2), tiene el derecho de propiedad completo, pero limitado, porque otro tiene igual el derecho total, y de aquí que deben producirse en un ejercicio mancomunado («zur gesamtenhand») y no según sus cuotas.

Nada de esto se produce en la comunidad romana, en que cada comunero es el titular de una cuota determinada a modo de fracción de su titularidad total sobre la cosa, adquiriendo el carácter de valor patrimonial independiente con vida jurídica autónoma.

En la primera, sin llegar los herederos a perder su personalidad propia, provocando el nacimiento de una persona jurídica y no estando ligados contractualmente vínculos de sabor personal con tonos de solidaridad los entrelazan, como derivados del carácter señaladamente personal de la sucesión hereditaria y de la vocación conjunta a la titularidad integral de un patrimonio relicto, que, conservando su unidad y cohesión, es, al igual que todo patrimonio, a modo de emanación de la personalidad del «de cujus».

En cambio, en la comunidad por cuotas, las relaciones entre los comuneros son puramente patrimoniales y las obligaciones que de ella emanan les afectan objetivamente, como obligación real o «*propter rem*», surgida exclusivamente de su condición de tenedores de la cosa y exonerables por abandono, haciendo pensar a algunos en la existencia de un «cuasi-contrato», y este fenómeno es debido a que toda situación jurídica, formada tan sólo por la mera relación con un objeto, no puede tener energía bastante para ligar personalmente a los sujetos respectivos.

Por tratarse de una *sucesión* en el cargo de titular de un patrimonio relicto, encarnan los herederos conjuntamente en ciertos momentos la personalidad patrimonial del causante. En la herencia hay algo más que una sucesión en un acervo de derechos y un simple cambio en la titularidad de las cosas, ya que, por mucho que

(1) Ob. cit., pág. 411.

(2) Ob. cit., pág. 30.

quiera patrimonializarse y despojar a la sucesión hereditaria de su aleación personal, siempre tendrá que reconocerse que, en el fondo, se produce un fenómeno de subrogación en la personalidad patrimonial del difunto, y, por lo tanto, que a un patrimonio cuyo titular ha muerto, vacante el cargo de titular del mismo, el conjunto de herederos, no formando ente propio, pero si a modo de asociación tácita, vienen a llenar el vacío, ostentando, juntos, la titularidad en el cargo, mientras no llegue la desintegración del patrimonio como consecuencia de la partición.

Por supuesto que nada de esto se produce en la comunidad por partes indivisas, ya que en ella cada comunero sustenta exclusivamente su propia personalidad, sin suceder en sentido técnico a nadie.

En aquélla, los coherederos responden íntimamente, y de un modo solidario, de las deudas o aspecto pasivo del patrimonio. Manteniéndose éste en su unidad, pasando en bloque a los coherederos, y estando integrado por derechos y obligaciones, afectan éstas, en cuanto sean transmisibles, a los herederos, no cancelándose su titularidad pasiva. En cambio, en la comunidad «pro partibus indivisis», los comuneros no responden como tales de pasivo alguno. Caben deudas y obligaciones de la comunidad, pero nacidas durante su existencia.

En la comunidad romana hay cuota fija, especialmente adjudicada, que, erigida en valor substantivo, con contenido concreto y valoración determinada, es susceptible de todos los actos de disposición. Esta división en cuotas desintegra el derecho de propiedad, atribuyendo a cada partícipe una porción sintética. En la herencia, no hay nada de esto, ya que ni la cuota es fija, concreta y determinada, sino que el derecho de cada heredero es abstracto, indeterminado y de contenido problemático, sin tener parte ni cosa especialmente adjudicada, pues el derecho de los coherederos se extiende *potencialmente* a todos y cada uno de los bienes sucesorios y cada heredero se reputa que hereda todo el patrimonio, si bien el alcance y extensión de su adquisición se halla comprimida por los derechos de los demás, pero sin llegar a dividir la titularidad global, y si bien cabe hablar de cuotas hereditarias, esto es sólo a modo de tasa, montante o módulo cuantitativo a los efectos de determinar, matemáticamente, la valoración de sus lotes el día de la

partición, y si bien no hay dificultad técnica alguna en permitir la libre disposición de las mismas, ésta no será definitiva como en la comunidad romana y no entrañará otra cosa que una disposición de lo que en lo futuro, y como resultado de la partición, a cada coheredero corresponda, sin poder, el heredero, responder del contenido económico de su derecho ni dislocar la titularidad global.

Asimismo, como el comunero no ostenta ninguna condición personalísima, y por ende intransmisibile, al disponer de su cuota subroga totalmente, en su lugar, al cesionario, quedando aquél descartado en lo sucesivo y sin que deba intervenir al verificar la división, lo que no ocurre en la comunidad hereditaria, en que siendo el título de heredero incrustado en la persona del mismo, no puede desprenderse de él una vez aceptada la herencia, pudiendo únicamente enajenar su contenido económico, representado por lo que en su día se le asigne en la partición, momento tan interesante aquí, que requiere el concurso del heredero.

Consecuencia del hecho de soportar conjuntamente los herederos la titularidad patrimonial íntegra de su causante, son llamados cada uno a toda la herencia en general, y sólo el concurso de los otros herederos limitan o comprimen este derecho. Todas las personas conjuntamente llamadas, representan una sola entidad—dice Manresa—que no desaparece mientras uno subsista. De aquí surge el derecho de acrecer. Al no aceptar, premorir o no poder adquirir un coheredero, queda éste eliminado y su derecho se reabsorbe en la comunidad.

Es indudable que nada de esto ocurre en la comunidad por cuotas.

La índole de la titularidad de los herederos sobre los elementos singulares de la herencia, impide calificar la comunidad hereditaria de comunidad romana, pues, respecto de cada cosa en particular, los herederos, conjuntamente, acaparan su pertenencia, asumiendo sobre cada una de ellas la plenitud de derechos que antes correspondía al causante, no resintiéndose su situación jurídica del cambio de titular y no provocando una división de cuotas en cada una de ellas, pues, aparte que esto equivaldría a una previa adjudicación, que no existe, no son llamados a ellas los herederos, sino a todo el patrimonio, y, por lo tanto, su derecho sobre las mismas no se manifiesta aisladamente, sino por efecto reflejo y como conse-

cuencia derivada de su titularidad global, abstracta y sintética del patrimonio hereditario y sin que a ellas pueda afectar la valoración o tasa de lo atribuible a cada coheredero, pues sólo respecto al patrimonio todo, y en cuanto a su valor, puede tolerarse el hablar de cuotas.

También es claro que esto no sucede en la comunidad romana.

La comunidad hereditaria es siempre forzosa, mientras que la romana puede ser voluntaria. Aquélla es incidental y transitoria siempre, y ésta no siempre lo es.

En fin, el régimen jurídico, normas de responsabilidad y otros puntos más, confirmarían aun más tal diferenciación.

Por lo dicho, hay que concluir que la comunidad hereditaria no es romana o «pro indiviso», y que, como consecuencia, hay que ver en ella un caso de comunidad «in solidum», y efectivamente así debe considerarse, pues todos los rasgos de ésta en ella se dan. Esto no quiere decir que la comunidad hereditaria no tenga algún punto de contacto con la romana. Colocada la comunidad «in solidum» entre la propiedad colectiva y la comunidad romana, participa como todo tipo intermedio de alguno de los caracteres de los tipos extremos, y en lo que respecta a la propiedad «pro indiviso», mantienen cierto parentesco, al considerar que ambas son formas de concurrencia de varios sujetos en un solo objeto, y por eso a las dos se les llama comunidad; en que estos varios sujetos no provocan la creación de un nuevo ente, sino que cada partícipe conserva su propia personalidad, si bien en la «in solidum» hay un asomo de asociación; en que la petición de división es consubstancial en ambas y hasta si se quiere, la determinación alícuota de los derechos de los comuneros, si bien en distinto respecto.

Ahora bien, si la comunidad hereditaria encaja en los moldes de la propiedad mancomunada, los efectos de la partición no pueden ser nunca traslativos, ya que, no teniendo los coherederos partes indivisas especialmente adjudicadas, ni en el conjunto global, ni en los elementos singulares que integran el patrimonio relicto, no hay posibilidad de que se produzca el cambio recíproco de partes indivisas en la partición. Luego, como el derecho de cada heredero se extiende «in potentia» sobre todos y cada uno de los objetos de la masa hereditaria, estando comprimido virtualmente por la concurrencia del derecho de los demás, al efectuarse la partición, aquel

derecho potencial sobre todas las cosas se torna actual sobre los bienes colocados en su lote, habiendo sido eliminados o extinguidos (no traspasados) los derechos de los demás, cesando la comprensión que su titularidad exclusiva sufría, consolidándose su pertenencia única en los bienes adjudicados, en virtud del carácter elástico del derecho de propiedad. Por lo tanto, la partición no hace mas que eliminar, en cada lote, el derecho o las pretensiones de los no adjudicatarios, y, al desaparecer aquellas restricciones, cada heredero conserva la totalidad de las cosas a él atribuidas, pero de una manera libre y exclusiva. De aquí que la partición opere a modo de expediente, instrumento u órgano que declara las porciones exclusivas de cada heredero, según la extensión cuantitativa de su participación en la comunidad, actuando, respecto a los derechos eliminados en cada lote, a modo de condición resolutoria cumplida, y, respecto al derecho declarado en cada lote, puede verse una condición suspensiva cumplida y a la vez resolutoria incumplida, aquélla afecta a la titularidad exclusiva o que deviene actual, y ésta, a la potencial, si bien es más lógico observar que el derecho exclusivo al lote adjudicado al venir la partición resulta con ésta cancelado de restricciones y libre de presiones que la concurrencia hereditaria provocaba y surgido desde el momento de la apertura de sucesión.

Estímese así o quíerese ver el mecanismo de condiciones cumplidas e incumplidas con su efecto substancial: la retroacción, siempre aparecerá la partición como un acto declarativo, o, mejor dicho, determinativo, y nunca traslativo de propiedad.

Todo lo que acabamos de exponer desvirtúa la opinión de Losana, expuesta por Manresa (1) y Morell (2), y la argumentación en que se basa la teoría traslativista en la forma presentada por Planiol, que antes vimos.

Para Losana, la división, por su propia esencia y naturaleza, es un acto de traslación o conmutación de dominio. La comunidad representa sólo un derecho de propiedad meramente abstracto, que se exterioriza en la facultad que indeterminadamente corresponde a

(1) «Comentarios al Código civil español», segunda ed., tomo VII, página 585.

(2) «Comentarios a la legislación hipotecaria», segunda ed., tomo II, página 510.

todos los partícipes sobre cada una de las cosas comunes. Si se enajena una fracción cualquiera, el adquirente tiene, en realidad, por causantes inmediatos, a todos los coherederos. Al procederse a la división, y por virtud de la misma, cada heredero cede, en realidad, a sus copartícipes, el derecho de condominio que le correspondía en los bienes que a éstos se adjudican en el reparto, y obtiene, a su vez, de los demás, el derecho que a éstos pertenecía sobre las cosas que a él se le asignan... Cada heredero tiene por transmitente inmediato al otro, y viceversa. Simula el acto una verdadera permuta.

La opinión de Losana—para Morell—(1), aunque *realmente fundada*, no es, sin embargo, la admitida en nuestro derecho.

Para nosotros descansa sobre una base falsa y un enfoque erróneo, pues parte del supuesto de que cada heredero tiene adjudicada una parte indivisa sobre cada *cosa o elemento singular* de la masa y creemos bastante demostrado que esto no es así. La partición no tiene otra función que la de delimitar y fijar los bienes en que cada heredero sucede al causante, transformando la atribución «in potentia», sobre todas y cada una de las cosas relictas, en una titularidad «in actu» sobre los bienes adjudicados. El acto realmente traslativo es el testamento o el supuesto legal de la sucesión intestada o forzosa, y, desde la muerte del «de cuius», se opera la transmisión, siendo la partición únicamente su complemento, pues «ella, por sí sola, carece de virtualidad, siendo una accesoriedad de la transmisión ya realizada. Sólo así, o sea partición y testamento o declaración de herederos juntos, se puede hablar de traslación de propiedad.

Como dice Laurent, en el hecho o acto de la partición, no hay porque un acto material no puede determinar el derecho, y, en este que buscar la causa jurídica de la propiedad de los partícipes, sentido, la partición declara solamente cuáles son los bienes que desde la apertura de la sucesión han pertenecido a cada uno de los herederos.

Además, el ser un acto forzoso, y en el que la voluntad concordada puede faltar (contador, imposición judicial), y aun cuando exista, no caber en los estrechos moldes del contrato, sino en la

(1) Ob. cit., tomo II, pág. 511.

fórmula amplia de una convención, hace imposible calificarla de acto traslativo en sentido técnico.

En resumen, en el orden doctrinal creemos que la partición sólo es un acto de efectos declarativos. Esto será lo rigurosamente científico, si bien, como apuntamos antes, no protege, entendida así, el interés de terceros que han contratado o han adquirido algún derecho sobre una cuota, quienes se encuentran bajo la amenaza de los efectos retroactivos de la partición. Estos efectos repercuten en el sector hipotecario, provocando asientos intermedios de un valor condicionado, no susceptibles de aplicarles las garantías del sistema, originando hondos problemas registrales, cuyo estudio alargaría con exceso este trabajo.

I V

En nuestro Derecho, una curiosa coincidencia muestran la mayoría de los civilistas patrios al calificar de traslativos los efectos de la partición hereditaria, antes y después del Código civil.

Manresa, al comentar el artículo 1.068 del dicho cuerpo legal, estima que la partición es de efectos traslativos y no declarativos. Hasta puede afirmarse—dice—(1), que dicho artículo erige la partición en título de propiedad distinto e independiente al de herencia, reconociendo, con ello, dos actos traslativos diversos: uno, en que los partícipes tienen por transmitente inmediato al testador o causante de la sucesión, y otro, en el que cada coheredero tiene, como transmitente inmediato, a los demás.

Mucius Scaevola (2), después de señalar los dos grandes grupos en que se dividen en este punto los más importantes Códigos civiles extranjeros, incluye nuestra legislación entre las que siguen el sistema de la partición traslativa de propiedad.

Covián (3) sigue el mismo criterio, apoyándose en el artículo 1.068 en Mucius Scaevola y en la doctrina de la Dirección general de los Registros.

Jaén (4) también atribuye virtualidad traslativa al acto particional.

(1) Ob. cit., tomo VII, pág. 705.

(2) «Código civil concordado y comentado», tomo XVIII, pág. 388.

(3) Ob. cit., tomo XXIV, artículo «Partición».

(4) «Derecho civil», pág. 385.

Para Sánchez Román (1), en el Derecho patrio, anterior y posterior al Código civil, la partición constituye un título traslativo del dominio de los bienes adjudicados a cada partícipe en pago de su haber, siguiendo el sistema romano y diferenciándose del francés.

Por este precepto (artículo 1.068), se ve que el Código—expone Valverde—ha venido a confirmar lo que decía la ley primera, título 15 de la Partida sexta, o sea que la partición constituye un título traslativo de dominio a favor de los herederos (2).

Según Castan (3), el principio declarativo francés no ha sido admitido en la legislación española, la cual, antes y después del Código civil, la partición constituye un título traslativo de dominio, encontrando su confirmación en el artículo 1.068 del Código y en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas las de 4 de Abril de 1905 y 26 de Enero de 1906, en cuya doctrina ve una consecuencia de la concepción traslativa del acto particional.

Campuzano (4) empieza por considerar la comunidad hereditaria como una «propiété en main común», en que no existen cuotas o en que las cuotas que existen no recaen sobre la cosa considerada como objeto material, sino sobre su valor en cuanto forma parte de un patrimonio, o sea que esta cuota quiere decir sólo que cada comunista tendría derecho a una parte del valor que el conjunto patrimonial arroje, pero que su derecho en cuanto a la cosa misma se extiende a toda ella, y, como consecuencia, los actos de disposición han de llevarse a efecto por todos los herederos, sin que ninguno pueda disponer de una parte material o ideal de la misma, y que si bien nuestro derecho positivo no regula expresamente esta clase de propiedad, opina que, dentro del Código y la jurisprudencia, cabe construir dicha figura jurídica, siendo señaladamente una nota característica de ella en las sentencias dichas de 4 de Abril de 1905 y 16 de Enero de 1906. Pero después (5) llega, contra

(1) «Estudios de derecho civil», segunda ed., tomo VI, pág. 2079.

(2) «Tratado de derecho civil español», segunda ed., tomo V, pág. 570.

(3) «Derecho civil común y foral», segunda ed., tomo I, vol. II, pág. 414.

(4) Cuarto apéndice a los temas modificados por el programa de 19 de Junio de 1922 de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a Registros de la Propiedad, pág. 163.

(5) Pág. 169.

lo que era de esperar, a la afirmación de que el Derecho civil español, coincidiendo con el alemán, se inclina en el sentido de considerar la' partición o adjudicación, de efectos atributivos o traslativos y que así lo reconoce la doctrina expuesta en las sentencias dichas.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 11 de Junio de 1897 y 29 de Enero de 1916, reiterando antigua jurisprudencia y apoyándose en la ley 1.^a, título XV de la partida 6.^a y en el artículo 1.068, declara que la partición constituye un título traslativo de dominio a favor de los herederos.

En cambio, Morell (1) tiene un criterio opuesto, pues, a pesar de considerar realmente fundada en el orden dogmático la opinión traslativista de Losana, sostiene que no es la admitida en nuestro derecho, porque si se trata de una cosa particular común, su división no hace más que concretar, individualizar o determinar la parte separada independiente de cada partícipe, y a la fracción indivisa o abstracta del objeto sustituye una parte igual, aunque determinada del mismo, existiendo, por tanto, sólo un acto declarativo, una determinación cierta de lo que antes aparecía confundido o indeterminado. A pesar de que dicho autor muestra alguna vacilación, después, al decir que lo mismo ocurre si se atiende a la cosa universal considerándola como una sola y prescindiendo de las cosas particulares que comprenda, «aunque en ella parezca observarse más marcadamente el carácter traslativo», acaba por afirmar que se tiene que considerar la partición de la herencia sólo como un acto o título declarativo, confirmado por el artículo 1.059 del Código civil y la jurisprudencia.

RAMÓN M. ROCA,

Registrador de la Propiedad.

(1) Ob. cit., tomo II, pág. 511.

(Concluirá.)