

**APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL DERECHO A PARTIR LA
HERENCIA Y A LA PROHIBICIÓN DE SU EJERCICIO**

Luis A. Godoy Domínguez

Profesor Asociado de Derecho Civil.

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO:

I. DERECHO ROMANO.

- A) Etapa primitiva.
- B) Epoca clásica.

II. DERECHO INTERMEDIO.

- A) El florecimiento del derecho germánico.
- B) La glosa medieval.
- C) Antecedentes prácticos.
 - 1) Italia.
 - 2) Francia.
 - 3) España;
 - a) fase inicial;
 - b) recepción romano-canónica;
 - c) Partidas.

III. ETAPA CODIFICADORA.

- A) Códigos mediterráneos.
 - 1) Francia;
 - a) la regla de la absoluta divisibilidad;
 - b) las restricciones al derecho a partir;
 - a') posibilidad de mantenimiento con vencial de la indivisión;
 - b') hipótesis de la prohibición testamentaria de dividir;
 - c) el desarrollo legislativo posterior.
 - 2) Italia;
 - a) precedentes legislativos;
 - b) Código civil de 1865;
 - c) Código civil de 1942.
- B) Código centro-europeos.
 - 1) Alemania.
 - 2) Suiza.
- C) Codificación española.
 - 1) El Proyecto de 1851.
 - 2) El Proyecto de 1882.
 - 3) El Código civil de 1888.

El derecho a solicitar la extinción de la comunidad hereditaria con el consiguiente reparto del caudal relicto, consagrado en los artículos 1.051 y 1.052 del Código civil español, es el fruto de una larga experiencia histórica que pone de manifiesto la frecuente adaptación normativa a las necesidades de cada tiempo. Y, aunque del desenvolvimiento jurídico de esta institución se hayan decantado principios específicos que condensan el espíritu fundamental en la materia: absoluto derecho a partir la herencia, no siempre ha sido así. A lo largo de los siglos abundan los ejemplos de situaciones y ordenamientos que prescribieron precisamente lo contrario. Y en cuya virtud los sucesores, generalmente sobre la base del mandato del testador, debieron continuar aprovechando en común los bienes del “*de cuius*”.

I) DERECHO ROMANO

El Derecho romano conoció respecto de la comunidad originada a la muerte del pater familias, dos situaciones claramente diversas. En una primera fase, y con la mira de preservar el patrimonio familiar, instituye una situación permanente de cotitularidad entre los herederos de aquél en la que la división no es posible. Tiempo después, en una etapa más avanzada, admitirá la posibilidad de poner término a la comunidad hereditaria a voluntad de cualquiera de sus integrantes.

A) Etapa primitiva

En este sentido, los fragmentos descubiertos en Egipto de la obra de Gayo,¹ informan de la existencia en el Derecho antiguo de un *consortium domesticum* constituido a la muerte del padre de familia, según puede verse en Instituciones, III, 154 a)².

En esta época primaria, en que la economía se basaba de modo fundamental en la riqueza agrícola, los hijos continuaban en la comunidad después de la muerte del padre como medio de evitar la fragmentación del patrimonio de la familia³. De tal manera, el estado de comunidad doméstica impedía una parcelación del dominio que perjudicase el rendimiento de las tierras sobre las que incidía⁴.

Para ello se concibe este consorcio en el que los comuneros tendrían un derecho proindiviso inalienable sobre el patrimonio hereditario, sin parte en objetos determinados⁵, a semejanza de lo que sucede con la propiedad en mano común del Derecho germánico, y en el que cada uno podía disponer con efecto para los demás, de las cosas pertenecientes a la herencia⁶. Bien entendido que en la *societas fratrum* este derecho de disposición del consorte estaba limitado a los objetos jurídicos en espera de división (esclavos, animales, fundo, aperos, etc...), y no se extendía de ningún modo a los objetos de *potestas* doméstica de cada *fratres* (esto es, a los respectivos *filii* y a los relativos a *mulieres in manu*), que les habían venido a ser automáticamente atribuidos por efecto de la muerte del *pater* común y de la asunción de su parte de la cualidad jurídica de *paterfamilias*. Se trataba, de todos modos, de un poder de disposición de notable relevancia práctica y que implicaba, en el terreno

1 GAIUS, *Instituciones* (traducción de M.Abellán, J.A.Arias, J.Iglesias y J.Roset). Madrid, 1985, p.274 y 275.

2 «Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo pater familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur "ercto non cito", id est dominio non diviso. "Erctum" enim dominium est, unde "erus" dominus dicitur: "ciera" autem dividere est: unde "caedere" et "secare" et dividere dicimus».

3 VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t.I. Madrid, 1982, p.378.

4 Junto a este motivo económico no faltan razones de índole diferente pero tan influyentes como las expuestas. Así puede verse en FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*. Barcelona, 1954, p.57 y 58, donde señala como determinante el móvil afectivo y, sobre todo, el político, pues viviendo en común los consortes figurarían en la misma clase a que pertenecía su padre en el Censo, en lugar de ser inscritos en la que les correspondería según su parte, si se hubiera dividido la comunidad.

5 VELASCO, *La sociedad*, en *Derecho romano de obligaciones*. Madrid, 1994, p.613.

6 GAIUS, *Instituciones*, III, 154, b): «Alii quoque volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum ceterorumque, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat [unus], quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat».

del derecho, la posibilidad para el conjunto de los consortes de no vivir cerrado en la misma, sino de conciliar fructuosamente la utilidad del estado de indivisión con la oportunidad del comercio jurídico⁷.

Sin embargo, esta facultad dispositiva individual no entrañaba un peligro para la agrupación⁸, puesto que la vida en común era asaz intensa y consentía el ejercicio de un estrecho control sobre los actos de cada uno, impidiendo así aquéllos que pudieran resultar perjudiciales. Obviamente, para este buen entendimiento entre sus miembros es determinante el peso de la inspiración ética que se encuentra en el substrato de sus relaciones, pues en la base de esta situación de copropiedad existe un claro vínculo de solidaridad moral que nace de las relaciones familiares⁹. A lo cual se añade la existencia de un *ius prohibendi*, a favor de cada comunero para vetar las actuaciones nocivas en el patrimonio común¹⁰. De manera que todo copropietario tenía la facultad de realizar cualquier actividad sobre la cosa común mientras no fuera detenido por la *prohibitio* de otro¹¹.

Pero, fundamentalmente, si algo caracteriza la *erctum non cito* es la ausencia aún de una acción que permitiese a los copartícipes solicitar la división de la *communium* existente entre ellos. Probablemente fuera el resultado de tratarse de un consorcio voluntario, por lo general *inter frates*, no impuesto por el *de cuius* y, por tanto, en el que no interviene el Derecho sino que, al decir de KASER¹², su desenvolvimiento se va a dejar en manos del equilibrado y recíproco entendimiento entre los herederos¹³. Esto no significa que en ningún modo pudiera ponerse fin a esta situación de comunidad, sino que ello sólo va a ser posible mediante el acuerdo de todos los coherederos, sin posibilidad de intervención judicial¹⁴.

En último término, lo cierto es que de toda esta situación no se deduce la existencia de un verdadero *ius prohibendi* a favor del causante para establecer la indivisión hereditaria; pero vale la referencia como testimonio de una indivisibilidad sucesoria en el Derecho antiguo, siquiera sea de carácter convencional, y que separa este consortium de la comunidad ordinaria posterior, aun cuando aquél no sea ya en Gayo sino un mero recuerdo histórico¹⁵.

B) Epoca clásica

Con el tiempo se fue produciendo una paulatina desintegración del concepto romano de la familia que supuso el debilitamiento de los vínculos entre sus miembros

7 GUARINO, *Comunione (diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t.VIII. Milano-Varese, 1961, p.237.

8 Cfr. D'ORS, *La función de la propiedad en la Historia del Ordenamiento Civil*, en *Historia del Derecho Privado. Homenaje a F. Valls i Taberner*, t.X. Barcelona, 1989, p.2.849.

9 FERNANDEZ BARREIRO y PARICIO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*. Madrid, 1991, p.269.

10 D'ORS, *Derecho privado romano* (8ª ed.). Pamplona, 1991, p.245.

11 VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid, 1988, p.326.

12 KASER, *Derecho romano privado* (2ª ed.). Madrid, 1982, p.332.

13 Como afirma ZENATI, *Les biens*. París, 1988, p.276, «el espíritu comunitario que anima -esta forma de comunidad- explica que cada miembro, lejos de pretender su interés personal aspirando a la partición o alienando su parte intelectual, pueda obrar sobre la integridad de la cosa; un acto contrario a los intereses del grupo no es de temer puesto que la mentalidad individualista no existe todavía».

14 BURDESE, *Divisione*, en *Enciclopedia del Diritto*, t.XIII. Milano, 1964, p.412.

15 ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho romano*, t.II (18ª ed.). Madrid, 1986, p.908.

bros. Muchas causas (entre las que se pueden enumerar la disgregación familiar romana, la transformación de la economía agraria en mercantil, el predominio de la sucesión testamentaria, y el reconocimiento de derechos hereditarios en favor de extraños) determinaron que la comunidad hereditaria familiar evolucionara hacia formas más liberales y amplias¹⁶. El régimen comunitario, como consecuencia de dicha transformación, fue cediendo terreno frente a la progresiva penetración de una tendencia individualista que acabó por atribuir a cada partícipe una porción ideal o cuota sobre la cosa común¹⁷, para cuya efectividad se instituye una acción divisoria especial: la *actio familiae erciscundae*.

De la antigüedad de este remedio procesal da cuenta el propio Gayo en el Digesto, Lib.X, tít.II, ley 1, Proemio, situando sus orígenes¹⁸ en la misma Ley de las Doce Tablas:

«Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum; namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur»¹⁹.

En su virtud, el derecho a pedir la división de la herencia aparece ya como expresión clara del espíritu individualista que inspira la legislación civil romana, y que se traduce, en la completa desaparición del primitivo consorcio familiar²⁰; auspiciada, en parte también, por la evolución de la institución testamentaria hacia fórmulas distintas a las practicadas originariamente²¹.

Consagrada la acción divisoria en el ámbito de la comunidad hereditaria, las alusiones al derecho a poner fin a aquélla son constantes en los textos del Digesto y del Código, como manifestaciones de un estado provisorio en el que todo heredero puede demandar la puesta en posesión de su parte. Así, se percibe la presencia de una casuística que reitera la posibilidad de extinguir dicha comunidad, en el marco de relaciones jurídicas de distinta naturaleza. Y esto es precisamente lo que acontece en Digesto en materia de servidumbres²², fideico-

16 PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, t.V, v.3º. Madrid, 1965, p.138 y 139.

17 SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema* (17ª ed.), p.410.

18 Sin embargo, la primitiva formulación de la acción de partición, de acuerdo con Gayo, 4, 17 a), se encuentra en una anterior *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*: «per iudicis postulationem ageretur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicut lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur... Item de hereditatem diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit».

19 Vid. VALIÑO, *El comentario de Gayo al Edicto Provincial*. Valencia, 1979, p.63.

20 SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*. Barcelona, 1960, p.288.

21 Cfr. KASER, op. cit., p.332.

22 D. Lib.VIII, tít.II, ley 26: «In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quo minis alter faciat; nulli enim res sua servit. Itaque propter inmensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit; sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat, aut ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest opus tolli».

misos²³ y legados²⁴; así como en Codex, si bien en éste la formulación de la actio se hará de un modo más técnico²⁵. Estos pasajes constituyen una expresión clara de la frecuencia con que era utilizada la acción de partición de herencia²⁶; que se presentará como instrumento idóneo para obtener la más pronta individualización de la propiedad perteneciente a cada heredero²⁷.

El favorecimiento de una concepción individualista de la propiedad termina por hacer depender el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* de la simple voluntad de cualquiera de los comuneros, sin que valgan prohibiciones u oposiciones de los copartícipes en la herencia²⁸. De esta manera, la comunidad hereditaria cesaba en cuanto lo quisiera así uno de los herederos, procediéndose entonces a la partición ya de mutuo acuerdo ya por vía judicial²⁹.

Y a pesar de aceptarse la validez de un pacto entre los coherederos, de naturaleza exclusivamente temporal, destinado al mantenimiento de la indivisión surgida entre aquéllos³⁰, el derecho a poner fin a dicho estado se constituye en un principio capital en la materia, que se impone a la finalidad de conservar el patrimonio familiar sin desintegrarlo³¹. En este sentido, el deseo del testador cederá siempre ante el inexorable ejercicio de la acción de partición de herencia.

II. DERECHO INTERMEDIO

El desenvolvimiento del Derecho intermedio está marcado por el paulatino retroceso del modelo romano frente a la constante incorporación de los elementos provenientes de la experiencia jurídica germánica.

23 D. Lib.XXXI, ley 77, §.20: «"Dulcissimis fratibus meis, avunculis autem tuis, quaecunque mihi supersunt in Pamphilia, Lycia, vel ubicunque de maternis bonis, concedi volo, ne quam cum his controversiam habeas"; omnia corpora maternae hereditatis, quae in eadem causa dominii manserunt, ad voluntatem fideicommissi pertinet. Ex iisdem igitur facultatibus percepta pecunia, et in corpus propii patromonii vers, item iure divisionis res propriae factae non praestabuntur, quum discordiis propinquorum sedandis propexerit, quas materia communionis solet excitare».

24 D. Lib.XXXIII, tít.III, ley 4: «Si is, qui duas aedes habebat, unas mihi, alteras tibi legavit, et medius paries, qui utrasque aedes distinguat, intervenit, eo iure eum communem nobis esse existimo, quo, si paries tantum duobus nobis communiter esset legatus, ideoque neque me, neque te agere posse, ius non esse alteri ita immisas habere; nam quod communiter socius habet, et in iure eum habere constitit; itaque de ea re arbiter communi dividundo sumendus est».

25 C. Lib.III, tít.XXXVI, ley 8: «Bona, quaecunque tibi sunt communia cum fratre tuo ex hereditaria successione patris vel matris, cum eodem familiae erciscundae iudicio experiens, ut dividantur, impetrabis».

26 SIESSE, Contribution a l'étude de la commune d'hereditaire en Droit Comparé. París, 1923, p.15.

27 SERAFINI, Instituciones de Derecho Romano, t.II (9ª ed.). Madrid, 1927, p.467.

28 D. Lib.X, tít.II, ley 43: «Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest; nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse, palam est; igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere».

29 C. Lib.III, tít.XXXVI, ley 1: «Si non omnem paternam hereditatem ex consensu divisisti, nec super ea re sententia dicta vel transactio subsequuta est, iudicio familiae erciscundae potes experi».

30 D. Lib.X, tít.III, ley 14 §.2: «Si conveniat, ne omnio divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet».

31 C. Lib.III, tít.XXXVII, ley 5: «In comunione vel societate nemo compellitur invitus detineri; quae propter aditus praeses provinciae, es, quae communia tibi cum sorore perspexerit, dividi providebit».

A) El florecimiento del derecho germánico

Paralelamente al sistema romano, se había ido desarrollando, en determinados territorios del continente, un régimen asentado sobre principios distintos. El derecho germánico concibió la agrupación, y en especial la sucesoria, desde una perspectiva organicista del patrimonio, en función de la cual la comunidad familiar se fundamenta en los lazos sanguíneos y de vida en común que unen a sus miembros. En este sentido, el cabeza de familia no es un elemento primordial en la pervivencia de la comunidad³²; hasta tal punto que su muerte no determina el nacimiento de una nueva *communio hereditaria*, persistiendo la anterior en toda su intensidad. Aquella íntima fusión de los miembros del grupo, basada en el parentesco y en la convivencia, sobrevive al causante porque no existe interés alguno en disolver el estado de indivisión. De forma que el hecho de la muerte de un partícipe deja la comunidad intacta, y todos los fenómenos sucesorios se producen automáticamente *ope legis*³³.

Esta concepción organicista del patrimonio en la tradición germánica determina la existencia de un conjunto de relaciones jurídicas ligadas por la afección común a un mismo fin³⁴. Y es precisamente este aspecto el que trae consigo que el patrimonio esté gravado por un vínculo o carga real en cuya virtud no existe entre los comuneros la facultad de pedir la división³⁵.

Si se piensa en los resultados, dicho tipo de organización presenta evidentes afinidades con el primitivo *consortium* romano. Sin embargo, no hay mayor analogía entre uno y otro modelo, pues la *ercto non cito* sufrió una evolución que condujo, como se ha visto, a su progresiva liberalización, de la que la *actio familiae erciscundae* es una manifestación más. Mientras, el sistema de comunidad germánica permaneció inalterable a lo largo del tiempo. Quizás esto último se debió a la inexistencia de una auténtica estructura política de naturaleza estatal; lo cual implicaba que los individuos buscaran su seguridad y protección mediante la permanencia en el grupo como medio de garantizar la defensa de sus personas y bienes. Esta idea influirá decididamente en la configuración jurídica de la propiedad en dicho régimen³⁶.

B) La glosa medieval

De esta manera, la posibilidad de que el causante impusiese la permanencia en la comunidad fue admitida entre los autores medievales. En la obra de distintos glosadores se aceptó la validez de dicha disposición³⁷: BARTOLO consintió la viabilidad del mandato paterno mediante el cual se obligaba a los hijos a mantenerse juntos en indivisión durante cierto tiempo, como treinta años. Para ello se basó en el pasaje contenido en Digesto, Lib.XXXIII, tít.1, ley 7:

32 PUIG PEÑA, op. cit., p.139.

33 NUÑEZ LAGOS, "El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil", en R.G.L.J., nº 4 (1951), p.391

34 SIESSE, op. cit., p.86.

35 SALIS, *La comunione.*, Torino, 1939, p.23.

36 PUIG PEÑA, op. cit., p.139.

37 VALLET DE GOYTISOLO, op. cit., p.378.

«Fili filiaque meae ibi sunt, ubi eos mater sua esse volet, iisque heres meus, in annos singulos, inque pueros puellasque singulas damnas esto dare cibarii nomine aureos decem».

A partir de esta cita obtiene el glosador una solución favorable para que a los hijos pudieran imponérselos válidamente la continuación en la comunidad durante cierto tiempo, aunque sólo fuera *respectu bonorum et habitationis personarum*. No importa que el texto no planteara el tema de si podía disponerse la indivisión hereditaria, ni que los autores de esta regla tampoco lo trajeran a colación al tratar de la cláusula. Tal vez dicha solución se deduzca del comentario que Pomponio dedica al pasaje de Quinto Mucio, en el que deja entrever que este tipo de menciones tenía por finalidad la conservación de la autoridad del difunto, en la medida que no perjudicase injustificadamente los derechos de los afectados por ella³⁸. Reveladora puede resultar la siguiente afirmación del jurista:

«Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est, sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perducí»

De suerte que podía aceptarse, si bien no en modo absoluto, la prohibición testamentaria de partir, como también la admitieron CAEPOLLA, ALEXANDRO o MARSILIO, aun cuando la limitasen en el caso de que la división se pidiera *aliqua ex causa* o se efectuara por consenso unánime. O como en el caso de BOERIO³⁹, se estimara que el padre pudiera imponer esta comunidad a sus hijos con carácter temporal, pero nunca a perpetuidad.

C) Antecedentes prácticos

El asentamiento de los pueblos bárbaros en las zonas que antiguamente se encontraban bajo la organización política romana supuso la instauración de este nuevo sistema, aunque a menudo conviviendo, y en ocasiones hasta confundido, con los regímenes que todavía pervivían del pasado latino⁴⁰.

1) Italia

En Italia, tuvo su más claro reflejo en la comunidad tácita familiar surgida al fallecimiento del cabeza de familia, y que constituye el resultado de la confluencia de distintas regulaciones cuyos orígenes se sitúan en el ordenamiento de la familia agraria romana, en los edictos de los Rotarios, en la influencia del derecho longobárdico y del instituto germánico de la comunidad en mano común. Por ello, a pesar de haberse criticado con serias razones la tesis que atribuye su difusión a la expansión del

38 En el mismo comentario de Digesto, XXXIII, I, 7, Pomponio indica «Itaque haec Quinti Mucii scriptura: «liberi mei ibi sunt, ubi eos mater sua esse volet», nullam obligationem parti, sed ad auctoritatem defuncti conservandam id pertinebit, ut, ubi iusserit, ibi sint».

39 BOERIO, *Decisiones Aerae, Pars Prima*. Lugduni, 1547, fol.240.

40 GROSSI, *Divisione (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto Civile*, t.XIII. Milano-Varese, 1964, p.415.

derecho germánico, no puede desconocerse la fuerte analogía entre la comunidad germánica y la comunidad tácita familiar. Lo que conduce a admitir una cierta influencia, a pesar de no ser ni exclusiva ni preponderante, del mencionado ordenamiento⁴¹. Se constituye así un instituto en el que los copartícipes tienen derecho al aprovechamiento de los bienes pero sin que al mismo tiempo pudieran poner término a aquélla mediante el ejercicio de la acción divisoria. Como afirma GUALAZZINI⁴², aunque la cosa pertenece a las personas que componen la familia, a ninguna de ellas les corresponde todavía una cuota real o ideal. De tal manera que el derecho del participante se traduce, en la práctica, en un parcial derecho de aprovechamiento sin que a ello se añada, durante la comunidad, ningún señorío sobre la cosa. Carece, pues, el participante en un condominio así organizado, del derecho de poner en práctica la *actio communi dividundo*, en cuanto falta la cualidad que lo presupone.

Ahora bien, no obstante la generalización de esta figura, las razones que justifican la permanencia de la comunidad son distintas en función de los estratos sociales en los que se produce. Así, en los sectores de la nobleza responde al interés de conservar el poder que ya ostentaba, mientras que entre los colonos se procuraba mediante esta fórmula impedir la restitución de las tierras al señor⁴³.

2) Francia

El derecho antiguo del territorio francés confirió una importancia considerable a todo tipo de comunidades y, en especial, a la hereditaria⁴⁴; la cual, por encima incluso de sus imprecisos contornos, presenta dos rasgos que la identifican: la naturaleza comunitaria de la apropiación y la finalidad «laboral» de la asociación. En este sentido, el patrimonio pertenece a la comunidad misma, como entidad distinta de los miembros que la componen. Además, en la base de la asociación se encuentra la voluntad de trabajar unidos; esto es, existe un compromiso expreso o tácito de poner sus fuerzas al servicio del aumento del valor de los bienes comunes⁴⁵. Tal como estaba organizada en la Edad media, la comunidad era el soporte de un patrimonio que escapaba a la apropiación individual sin que a ello se opusiera el que fuese reconocida como una entidad jurídica distinta de la de sus miembros.

Sin embargo, con el paso del tiempo y como sucedió en el resto de los países del continente, la concepción individualista romana terminó por triunfar sobre las formas de propiedad colectiva de origen germánico y particularmente sobre la propiedad en mano común, la *GesammteHand*. En este sentido, la idea que subsiste de la indivisión hereditaria no es la de un “estado de derecho”, sino la de un “estado de hecho provisional”, poco favorable a la organización de un régimen legal de gestión común de los bienes. La precariedad de esta situación se acentúa superado ya el siglo XV⁴⁶,

41 FLORE, *Comunione tacita familiare*, en *Enciclopedia del Diritto Civile*, t.VIII. Milano, 1961, p.285.

42 GUALAZZINI, *Comunione (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto Civile*, t.VIII. Milano, 1961, p.244.

43 FLORE, op. cit., p.284.

44 MALAURIE y AYNES, *Cours de Droit Civil*, t.IV (3ª ed.). Paris, 1994, p.195.

45 PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*. París, 1989, p.65.

46 NERSON, *Indivision*, en *Encyclopédie du Droit*, t.V. Paris, 1973, p.6.

a partir del cual se conoce una fuerte desafección por la vida en comunidad que se puso de manifiesto en las nuevas redacciones de las Costumbres de Orléans, Bourbonnais y Nantes, mediante las cuales el principio de absoluta división conoce una rápida y amplia difusión. En consecuencia, la regla romana de que la partición es obligatoria a petición de cualquiera de los coherederos recibió muy pronto aplicaciones consuetudinarias en materia de comunidades serviles, probablemente para facilitar al señor el ejercicio de su derecho de manos muertas. A ello se suma el esfuerzo de los juristas por generalizar la adopción de la regla de partición forzosa, que se aplica particularmente en las zonas de montaña⁴⁷.

3) España

En lo que concierne a la Península española la comunidad hereditaria no recibió un tratamiento unitario en el derecho medieval, pudiéndose distinguir a lo largo de todo este periodo diversos tipos que responden a una constante evolución social y normativa⁴⁸.

a) fase inicial

Aún así, ha podido afirmarse que existe, durante una primera época, una corriente de Derecho autóctono no romanizado, de claro influjo germánico, en la cual la permanencia en la comunidad era bastante frecuente, como también lo era que tal situación fuese fruto de una disposición testamentaria.

Por ello, en principio, la comunidad hereditaria tenía unos caracteres notablemente similares a la denominada germánica, de forma que el estado de indivisión era lo normal entre los herederos, quienes proseguían en unión la explotación que con anterioridad había venido desarrollando el padre. Las fuentes visigodas exigían la actuación conjunta de los coherederos, como ocurría con la germánica. Esta estructura no cambió en los primeros tiempos de la reconquista, en los que los parientes heredan por ley o costumbre la parte sustancial de los bienes del difunto, sin señalamiento de partes, siendo la indivisión un estado normal: los hijos continuarían en común la explotación agrícola del padre, quedando el derecho de mayorazgo restringido a las familias nobles⁴⁹. Los motivos que determinaron esta continuidad de la comunidad familiar fueron, al igual que en otros territorios de Europa, eminentemente económicos: evitar el detrimento que para la productividad de las tierras suponía su parcelación. Aunque tampoco faltaron razones de índole personal, entre las que la más fuerte fué sin duda la estrecha solidaridad que caracterizaba la familia española altomedieval⁵⁰.

Por esta misma razón, la herencia no va a ser susceptible de división a petición de uno sólo de los partícipes⁵¹, siendo usual que se exija el acuerdo mayoritario de

47 PATAULT, op. cit., p.183 y 184.

48 Sobre las diferentes clases de comunidades surgidas a la muerte del causante, puede verse MARTINEZ GIJON, "La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español", *A.H.D.E.*, t.XXII-XXIII (1957-1958), p.227 a 236.

49 LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCIA, *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, t.V, v.1º. Barcelona, 1961, p.340.

50 MARTINEZ GIJON, op. cit., p.237 y 238.

51 SANCHO REBULLIDA, *Estudios de Derecho civil*, t.I. Pamplona, 1978, p.488.

los mismos, como se comprueba en el Fuero Juzgo⁵², donde se recoge la tradición visigoda del Liber Iudiciorum. Con posterioridad, el Fuero Real⁵³ y el Fuero de Ayala⁵⁴ reproducen este mismo requisito⁵⁵.

Igualmente, el estado de comunidad forzosa impuesta por el padre a los hijos sobre determinados bienes es, como indica HINOJOSA⁵⁶, una situación bastante habitual en la Edad Media, a la que se suele recurrir bajo la fórmula «et alias hereditatem habeant communiter». Con la misma finalidad y frecuencia se impone, fuera ya de la esfera familiar, esta indivisión por el propietario de las tierras al colono que las recibe en arrendamiento perpetuo⁵⁷.

b) recepción romano-canónica

Sin embargo, a partir del siglo XIII se empieza a considerar la *communio hereditatis* como un estado transitorio. La razón de este cambio debe verse en la recepción del concepto romano de propiedad, más individualista que el de siglos anteriores⁵⁸. Ello determina que se declare la nulidad de los acuerdos celebrados entre los coherederos comprometiéndose a mantener una comunidad perpetua, siendo lícito por el contrario el acuerdo de no partición si se limita a cierto periodo de tiempo, como puede apreciarse en el Código de Tortosa⁵⁹.

52 F.J. Lib.X, ti.I, ley 3: «Si plures fuerint in divisione consortes, quod a multis vel melioribus iuste constitutum est, a paucis vel deterioribus non convenit aliquatenus inmutari».

53 F.R. Lib.III, tit.IV, ley 12: «Como debe valer la partición que ficieren los mejores herederos, aunque los menores contradigan. Si muchos herederos fueren en algunas cosas que se pudieren partir, é los unos quisieren partir, é los otros no, lo que los mejores ficieren partiendo vala: é no se pueda desfacer la partición por la menor partida, si non mostrare razón derecha porque no deba valer».

54 F.A. ley 83: «Si muchos fueren herederos en algunas cosas que se pueden partir, e los onos quisieren partir, é los otros non, lo que los mas, é los mejores hicieren partiendo vala, é non se pueda desfacer la partición por la menor partida, si non mostraren razon derecha porque (non) vala la partida».

55 Sin embargo, existe cierta discrepancia doctrinal pues, frente a la opinión expresada, estiman otros autores que los pasajes transcritos se limitan a recoger el antiguo principio de absoluta división del Derecho romano. Este es el caso de MUÑOZ XANCO, *Antecedentes y fundamentos histórico-legales de la acción divisoria del condominio*, La Ley, nº 2 (1985), p.1089.

56 HINOJOSA, *La fraternidad artificial en España*, en *Obras*, I. Madrid, 1948, nota 27 p.268, indica, a estos efectos, el documento gallego del año 1.126, contenido en el Archivo de San Martín Pinario en Santiago, en virtud del cual Oveco Díaz dispone por testamento que sus hijos hereden separadamente ciertos bienes y otros los sigan teniendo en común: «Et mando ut filii mei habeant meas hereditates, id est Didacus Ovequiz habeat Sollar et Petro Ferrairo habeat Barantes, et alias hereditates habeant communiter».

57 Un ejemplo de esta práctica lo podemos ver en el testamento de Gundinsalvo, Abad del Monasterio de Monterramo, del año 1.215, contenido en Documento particular del Monasterio de Monterramo, II, en el que ordena que las tierras arrendadas queden en beneficio de todos los hijos: «Ego Gundinsalvus abbas Montisrami... facio pactum... tibi Johanni Ferrandi et uxori tue Marine Suariz de nostro monte quem habemus in Sancto Johanne de Cova... Et Benedictus Suariz sit in societate cum societate huius hereditatis Johannes Fernandi, et filii sui similiter» (citado por HINOJOSA, op. cit., nota 28 p.268).

58 LACRUZ BERDEJO Y ALBALADEJO GARCIA, op. cit., p.341.

59 C.T. Lib.III, tit.XIII, ley 11: «Couinça que sia feyta entre alguns sobre coses que ajen comunes, ço es saber, que facen couinça que nuyl temps, d'aqueles coses no facen parcio, e que tots temps o ajen e o tenguen en comu, aytal couinça no val» «Ma si sera feyta couinça entro a cert temps que no partesquen aqueles coses comunes, aquela couinça val tro a aquel cert temps, que no's pot partir si doncs entr'ells no's auenien».

Esta evolución se traduce con el tiempo en el favorecimiento de la partición, facultándose a los coherederos para que acudan al juez en solicitud de la misma cuando el acuerdo entre ellos no prospera. Así, terminará por verse en la comunidad hereditaria una situación anómala y transitoria, y se alienta por esta misma razón su extinción⁶⁰.

En este sentido, no parece haber indicios de la persistencia de la *actio familiae erciscundae* en la época visigoda, ni tampoco en el derecho postgótico. Será en los fueros extensos cuando comience a perfilarse la facultad de cada partícipe para exigir de los demás la división de los bienes. Este es el caso, entre otros, del Fuero de Cuenca⁶¹, en el que la efectividad de la partición se condiciona a la simple solicitud de cualquiera de los coherederos, es decir «quando uni heredum placuerit», en palabras del propio Fuero; con previsión asimismo de condena, mediante multa, del comunero renuente a su práctica. Por su parte, el Código de Tortosa⁶², en el ámbito del derecho catalán, contempla de forma terminante la imposibilidad de obligar al coheredero a permanecer en aquella situación de indivisión, para lo que concede con carácter general la acción dirigida a su extinción.

c) Partidas

Es así como en Partidas se consagra el derecho a solicitar y obtener la división de la herencia, sin que valgan pactos ni prohibiciones en contra. En este sentido, en Partida VI, tít.XV, Proemio, se declara de manera concluyente que:

«Entregados seyendo los herederos, de la heredad e de los bienes del finado, acaesce muchas vegadas desacuerdo entre ellos, por razon de las cosas que son apoderados, todos comunalmente porque por fuerza han de venir a partición...»

El fundamento de este derecho está no sólo en los inconvenientes que tiene siempre la mancomunidad, y más aún en una sociedad formada contra o sin la voluntad de los socios, como sería la hereditaria si todos los partícipes hubieran de permanecer constantemente en la indivisión, sino también en la indiscutible conveniencia que tanto, en el orden jurídico como en el económico, reporta el que cada uno pueda disponer libremente de lo suyo sin necesidad de intervenciones extrañas en el caso de tener capacidad para ello⁶³. Por lo cual, tras definir la partición como

60 MUÑOZ DE DIOS, *La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos*, en *Homenaje a J.Castán Tobeñas*, t.I. Pamplona, 1969, p.619.

61 F.C. Tít.10, ley 26: «Quod heredes diuidant cum alteri corum placuerit. Particio fiat post mortem parentis, quando uni heredum placuerit. Siquis hoc facere noluerit, pectet cotidie decem aureos alcadibus et quereloso, donec parciantur, si testibus hoc firmare potuerit». En el mismo sentido se pronuncian el Fuero de Plasencia (ley 465), el Fuero de Zorita de los Canes (ley 210), y el Fuero de Teruel (ley 441).

62 C.T., Lib.III, tít.13, ley 9: «En compaynia, ne neguna cosa comuna, axi en heretat com en altres coses, nuyl hom no y pot ne y deu esser detengut a força, n'en pot esser forçat que sia en compaynia ab los altres, no en comunitat; mas si simplament entr'ells no volen partir, per sentencia deuen partir, e deuen esser forçats de fer participacio entr'ells». Y con idéntica claridad vuelve a pronunciarse en Lib.III, tít.13, ley 12: «Cosa que sia comuna entre alguns, la un dels parçoners o pus, poden forçar los altres que venguen ab ells a parcio sens contrast que no y poden fer».

63 MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t.V (7ª ed.). Madrid, 1972, p.360.

repartimiento de lo que se tiene en común por mor de la herencia⁶⁴, atribuye la antigua *familiae erciscundae* a todos los herederos para obtener la división de los bienes en cuestión⁶⁵.

En definitiva, con la partición se persigue evitar los conflictos que origina este estado, vedándose tanto el pacto de permanencia indefinida en la indivisión como las prohibiciones testamentarias con la misma finalidad⁶⁶. Y hasta tal punto se quiere favorecer la desaparición de la situación indivisoria que la violación de la partición será normalmente considerada un acto delictivo sujeto a sanción⁶⁷.

A todo lo cual se añade otro dato: al recogerse la antigua tradición romana, la acción para pedir la división de la herencia se declara imprescriptible, sin que llegue a perder eficacia por el transcurso del tiempo⁶⁸. No obstante, en algunos territorios pervivió el deseo y la práctica de seguir manteniendo la comunidad indivisa con rechazo de la partición. Así ocurre con el Código de Tortosa⁶⁹, cuando dispone, en contraposición al derecho romano, que la acción de partición deba entablarse en el plazo de treinta años y, caso contrario, no procedería judicialmente; siendo entonces susceptible de efectuarse exclusivamente por acuerdo unánime de todos los coherederos⁷⁰.

III. ETAPA CODIFICADORA

El principio de absoluta divisibilidad de la herencia conoce en esta época un auge desmesurado, probablemente como consecuencia de la paulatina imposición de los criterios legales expuestos con anterioridad. El derecho a solicitar y obtener la parti-

64 *Partida VI*, tít.XV, ley 1^a: «Partición es repartimiento que fazen los omes entre si de las cosas que han comunalmente por herencia, o por otra razon. E viene ende grand pro, quando es fecha derechamente. Ca se tiran por ella desacuerdos muy grandes, que nascen entre los omes a las vegadas, por razon de las cosas que han de so uno, e tienesse cada uno por pagado con su parte, quando la ha, e aliñala mejor, e aprouechasse mejor, e mas della».

65 *Partida VI*, tít.XV, ley 2^a: «Cada uno de los herederos que ha derecho de heredar los bienes del finado puede demandar a los otros que los partan entre si... ».

66 GONZALEZ LLAMA, *Particiones hereditarias*, t.I. Madrid, 1977, p.14.

67 *Partida VI*, tít.XV, ley 10: «Poderio ha el juez ante quien pidiere la partición los herederos, de la mandar fazer en la manera quel entendiere que sera mas guisada, e a mas pro dellos... e los herederos, e los otros que vienen a la partición, deue obedecer al juez en estas cosas sobredichas: e a los que lo non fiziesen, puede les poner pena de pecho segund su aluedrio, fasta que gelo faga fazer».

Con el mismo tenor se había pronunciado el Fuero de Soria, ley 353: «Despues que la partición derecha mientre fuere fecha entre los herederos, si alguno dellos la quebrantare et la parte del otro entrare, tanto pierda de lo suyo quanto tomare de lo ageno».

68 Así puede verse, entre otros cuerpos legales, en el *Fuero Viejo de Castilla*, Lib.V, tít.III, ley 9, *Fuero de Cuenca*, Tít.X, ley 17 o en el *Fuero de Soria*, ley 339.

69 C.T., Lib.III, tít.XIII, ley 15: «Les sobredites actions o demandes se prescriuen per espay de XXX ans; on si alguna cosa es comuna e per XXX ans estara en comu pacificament, de XXX ans aenant los uns no poden forçar los altres que venguen d'aquela cosa a parcio, ans ha a estar en comu, si donchs entr'ells no's nanauen que venguessen a parcio».

70 Advierte MARTINEZ GIJON, op. cit., p.288, que «Esta peculiaridad de las Costums de Tortosa debe circunscribirse al ámbito territorial de aplicación de este derecho, en cuanto que en el resto de Cataluña ha tenido vigor el principio romano de que las acciones divisorias no prescriben por el transcurso del tiempo, pero posiblemente revele la tendencia a una continuidad de la comunidad familiar en contra de una disolución del patrimonio doméstico por la partición».

ción y reparto de los bienes hereditarios es recogido en la inmensa mayoría de los códigos modernos, hasta el punto de ser elevado a la categoría de principio universal, a cuya consideración no escapan siquiera los cuerpos legales inspirados en los moldes de la comunidad germánica⁷¹.

A) Códigos mediterráneos

1) Francia

a) la regla de la absoluta divisibilidad

El primer y más claro ejemplo lo ofrece el Code napoleónico que, bajo el influjo del radical individualismo preconizado por la Revolución francesa, implanta el mencionado principio de divisibilidad, evidenciando de forma nítida la antigua mentalidad jurídica romana marcada, al decir de SOHM⁷², por un sed rabiosa de partir. Es en materia sucesoria donde se aprecia con mayor claridad la aversión del legislador francés a la comunidad, de la que procura que no subsista ninguna consecuencia⁷³. Por ello dispone el Código en su artículo 815:

«Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; et le partage peut être toujours provoqué, non obstant prohibitions et conventions contraires»

La justificación de una declaración tan terminante, que otorga la acción de partición a pesar de la existencia de prohibiciones o convenciones en contrario, se encuentra sobre todo en los temores a que el mantenimiento del estado de indivisión provoque constantes conflictos y, en especial, impida la deseable circulación económica de los bienes que proclaman los postulados liberalistas de la Revolución⁷⁴.

b) las restricciones al derecho a partir

a') posibilidad de mantenimiento convencional de la indivisión

Sin embargo, todas estas razones no fueron suficientes para evitar que el propio codificador previese, en el párrafo segundo de la misma norma, la posibilidad de que los herederos se obligaran contractualmente a permanecer en la indivisión por un tiempo limitado, sin que pudiera exceder de cinco años, si bien era susceptible de renovación sucesiva por decisión de los interesados⁷⁵. En esto sigue la ley francesa al Derecho romano⁷⁶, con la salvedad de que este último no fijaba el tiempo de duración de dicha convención⁷⁷, en tanto que sí lo hace el Código galo. A los recelos del legislador se impuso, pues, la evidente necesidad de que en determinadas circunstancias se consintiese el mantenimiento de la indivisión; aun cuando fuera de manera residual, ya que la regla general seguía siendo la de

71 Muñoz de Dios, op. cit., p.411

72 SOHM, op. cit., p. 411.

73 PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t.IV (2ª ed.). Paris, 1952, p.540.

74 Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.II (2ª ed.). Paris, 1899.

75 LARROUMET, *Droit civil*, t.II (2ª ed.). Paris, 1988, p.164.

76 Cfr. MALAURIE y AYNES, op. cit., p.195.

77 D., Lib.X, tít.III, ley 12 §.2 y C., Lib.III, tít.XXXVII, ley 5.

absoluta divisibilidad, que termina por constituirse en verdadera excepción al principio de autonomía de la voluntad⁷⁸.

b') hipótesis de la prohibición testamentaria de dividir

Ahora bien, no debe perderse de vista que el poder para continuar manteniendo el estado de comunidad fue atribuido por el Code explícitamente a los coherederos, y guardó un absoluto mutismo respecto del causante⁷⁹. Esto determinó, tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial, el planteamiento de la hipotética validez de una cláusula testamentaria en la que se impusiese a los sucesores la referida indivisión.

La tesis sostenida con más frecuencia fue la de estimar válida la previsión del testador prohibiendo la partición de los bienes de su sucesión, siempre que se mantuviese dentro del estricto plazo quinquenal que marcaba el precepto⁸⁰. Pero también se dieron pronunciamientos radicalmente contrarios a su eficacia, comúnmente sobre la base de la interpretación literal del precepto que, en cuanto excepción a la regla general de absoluta divisibilidad, debía aplicarse de manera restrictiva⁸¹ o, cuando no, recurriendo a razones de conveniencia y utilidad⁸². A pesar de todo ello, se ha mantenido durante un largo periodo de tiempo la ausencia de un criterio unívoco⁸³.

c) el desarrollo legislativo posterior

El Código civil francés había considerado la situación de indivisión hereditaria como algo poco deseable y, a salvo las disposiciones relativas al ejercicio de la acción de partición, apenas se ocupaba de ella, presentándola como un estado inorganizado y provisional⁸⁴. Pero, desde el punto de vista económico, este régimen resultaba muy incómodo y con frecuencia hacía imposible una correcta gestión de los bienes. De otra parte, el carácter teóricamente temporal de la situación de comunidad era contradicho a menudo por la práctica, y el derecho reconocido a cada coheredero de solicitar la salida de la comunidad podía conducir a particiones inoportunas⁸⁵.

Todo ello empujó al legislador a una progresiva atenuación de los rígidos criterios del Código. Los más claros exponentes vienen constituidos por la ley de 12 de julio de 1909, relativa a los bienes de familia; las leyes de 5 de diciembre de 1922 y de 13 de febrero de 1937, sobre viviendas de renta moderada (posterior-

78 PLANIOL y RIPERT, op. cit., p. 552.

79 «Art.815, pfo.2º: On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité: cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans; mais elle peut être renouvelée».

80 AUBRY y RAU *Cours de droit civil français*, t.X (5ª ed.). Paris, 1917. También la Sentencia de la Cour de Bordeaux, de 20 abril 1831, en SIREY, Code civil annoté, t.II (5ª ed.). Paris, 1912, p.84 y 85.

81 MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, t.IV, v.1º (5ª ed.). Paris, 1982, p.25. En el mismo sentido, la Sentencia de la Cour de Cassation, de 19 enero 1865, vid. SIREY, op. cit., p.85.

82 PLANIOL y RIPERT, op. cit., p.556.

83 Cfr. NERSON, op. cit., p.15.

84 WEILL, TERRE y SIMLER, *Droit civil. Les biens* (3ª ed.). Paris, 1985, p.482.

85 JOURDAIN, *Les biens*. Paris, 1995, p.83.

mente derogadas por la ley de 10 de junio de 1978); el decreto-ley de 17 de junio de 1938, relativo a pequeñas y medianas explotaciones agrícolas; la ley de 19 de diciembre de 1961, sobre viviendas y locales de uso profesional así como de los objetos muebles destinados al ejercicio de una profesión⁸⁶. Por último, esta evolución legislativa se vió culminada con la aprobación de la ley de 31 de diciembre de 1976 (parcialmente modificada por la citada ley de 1978), sobre organización del estado de indivisión, y en la que se opera una profunda reforma del artículo 815, para facilitar el mantenimiento de la comunidad, ya por vía convencional ya por la judicial, aun contra la oposición de cualquier coheredero⁸⁷.

2) Italia

a) precedentes legislativos

Esta facultad particional de los sucesores, canalizada por el Código francés, fue reproducida por casi todas las legislaciones latinas, no sin que se introdujeran ciertas matizaciones, y se extendió así por el mundo jurídico como un remedio infalible del derecho hereditario⁸⁸. Dichas modulaciones tenía como finalidad, por lo general, lograr la efectiva protección de los intereses de los miembros más débiles de la comunidad.

Este es el caso del Código Sardo, cuyo artículo 1.038 añadió al texto del 815 del napoleónico la previsión de que el testador pudiera prohibir la partición cuando alguno de los herederos fuese menor de edad. Ahora bien, esta limitación sólo podía durar hasta la expiración del año siguiente a la mayoría de edad del más joven. Aún así el Tribunal conservaba las suficientes facultades, de acuerdo con la letra del mismo precepto, para permitir la división según la urgencia y gravedad de las causas concurrentes⁸⁹.

b) Código civil de 1865

De este precepto del Código Sardo derivó, con igual contenido, el artículo 1.030 del Código Albertino, que fue tomado para redactar el originario artículo 984 del Codice italiano de 1865. En este último, la partición de la herencia puede siempre pedirse incluso si existe una disposición en contrario del testador. Conjuntamente, se admite también que, cuando todos los herederos instituidos o algunos de ellos sean menores de edad, el testador pueda prohibir la partición hasta que transcurra un año de la mayor edad del último. La autoridad judicial mantiene, en todo caso, las mismas facultades que en el Código Sardo para autorizarla cuando así lo aconsejara la gravedad y urgencia de las circunstancias concurrentes.

86 WEILL, TERRE y SIMLER, op. cit., p.486.

87 Cfr. DAGOT, *L'indivision (Commentarie a la loi du 31 décembre 1976)*. Paris, 1977, p.38 y s.

88 Cfr. NAVARRO AMANDI, *Código Civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes*, t.II. Madrid, 1880, p.619, la directa influencia de la regulación francesa en otros cuerpos legales.

89 VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios a los artículos 1.035 a 1.087 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* de M.Albaladejo, t.XIV, v.2º. Madrid, 1989, p.100.

El legislador italiano intentaba de esta manera evitar los nocivos resultados que podía acarrear una operación particional acometida con premura, para lo cual conferiría al testador, como mejor conocedor de la situación familiar, la posibilidad de determinar la existencia de intereses que hicieran necesaria la espera de condiciones más beneficiosas para partir. Ahora bien, con la mira de evitar posibles abusos, se reserva a los jueces la facultad de apreciar la conveniencia de mantener el mandato prohibitorio o, por el contrario, de dejarlo sin efecto; razones que habían quedado suficientemente plasmadas en la Exposición de Motivos del Código Albertino⁹⁰. Estas mismas motivaciones condujeron a estimar que la regla del artículo 984 del Codice era susceptible de extensión a supuestos diversos de los de la minoría de edad de todos o algunos de los coherederos⁹¹.

c) Código civil de 1942

El nuevo Código italiano mantiene en lo sustancial la antigua disposición aunque amplía algo más los poderes del testador. Así, en el nuevo artículo 713⁹² le otorga potestad para prohibir la partición, aun cuando no hubieran menores interesados, pero con limitación del plazo a cinco años. En cualquier caso, la autoridad judicial sigue conservando la capacidad suficiente para valorar la conveniencia o inoportunidad del mantenimiento de la prohibición de dividir la herencia.

B) Códigos centro-europeos

1) Alemania

El influjo francés se dejará sentir, con posterioridad, incluso en sistemas que no organizaban la comunidad conforme a las enseñanzas del modelo romano. Así sucedió con el Código alemán, el cual se apartó de los principios tradicionales germánicos que regulaban la propiedad en mano común sin posibilidad de división. De suerte que, en opinión de KIPP⁹³, una vez que el individuo ha pasado a ocupar el centro del derecho privado, la comunidad de herederos será por lo regular de naturaleza transitoria y tendente a su disolución por partición de la herencia. Por ello el BGB, en su parágrafo 2.042, autorizó en términos generales a todo heredero a pedir en cualquier tiempo la división de la herencia, sin perjuicio de prever también el hecho de que concurren causas legales⁹⁴ o convencionales⁹⁵ que

90 RICCI, *Derecho Civil teórico y práctico*, t.IX. Caracas, 1985, p.292.

91 Ibidem, p.293.

92 «Art.713: I coeredi possono sempre domandare la divisione.

Quando però tutti gli eredi istituiti o alcuni di essi sono minori di età, il testatore può disporre che la divisione non abbia luogo prima che sia trascorso un anno della maggiore età dell'ultimo nato.

Egli può anche disporre che la divisione dell'eredità o di alcuni beni di essa non abbia luogo prima che sia trascorso dalla sua morte un termine non eccedente il quinquennio.

Tuttavia in ambedue i casi l'autorità giudiziaria, qualora gravi circostanze lo richiedano, può, su istanza di uno o più coeredi, consentire che la divisione si effettui senza indugio o dopo un termine minore di quello stabilito dal testatore».

93 Cf. KIPP, *Derecho de Sucesiones*, t.V, v.2º (2ª ed.). Barcelona, 1976, p.237 y 238.

94 Especialmente las de indeterminación de las porciones hereditarias por pender el nacimiento de un heredero (parágrafo 2.043) y de existencia de un procedimiento intimatorio (parágrafo 2.045).

95 «El causante puede excluir la partición por disposición de última voluntad en relación al caudal relicto o a objetos particulares del mismo, o hacerla depender de la observancia de un plazo de denuncia» (párrafo primero, parágrafo 2.044).

impidan el ejercicio de la acción de partición. Además, declara aplicables las disposiciones de los párrafos segundo y tercero del parágrafo 749, relativo a la disolución de la comunidad de bienes con pacto de permanencia por concurrir circunstancias importantes.

2) Suiza

Otro tanto sucede poco después con el Código civil Suizo, aunque en menor medida por cuanto la influencia germanista se hace notar con mayor vigor en la ordenación de determinadas figuras comunitarias. El legislador suizo no se dejó influir, en este punto, por los mismos temores del legislador francés. Aquel desconfiado escepticismo de los redactores del Code dió paso, en el caso del Código civil suizo, al más reconfortante optimismo. Así, se puede leer en su Exposición de Motivos lo siguiente: “Se sabe por experiencia que la indivisión no aparecía sino en circunstancias favorables a la solución amistosa de las diferencias, y que los procedimientos entre indivisarios son raros...”⁹⁶.

En materia sucesoria, el párrafo primero del artículo 604 consagra la acción de partición al disponer que «Chaque hériter a le droit de demander en tout temps le partage de la succession, à moins qu’il ne soit conventionnellement ou légalement tenu de demeurer dans l’indivision». Amén de sancionar la acción de partición por voluntad de cualquier coheredero, se planteaba si, efectivamente, a través de este precepto era admisible la prohibición testamentaria de dividir de carácter unilateral, puesto que el término “convención” no parecía permitir dicha posibilidad.

El problema ya se había planteado durante la discusión del proyecto y se decidió cambiar la redacción originaria («salvo disposición o convención en contrario»), por la que a la postre resultó definitiva («a menos que esté -el heredero- convencional o legalmente obligado a permanecer en la indivisión»). Se supedita así el establecimiento convencional de la permanencia en la comunidad a la observancia de los requisitos exigidos por el artículo 337 del mismo Código⁹⁷, al tiempo que se exige para su validez el otorgamiento de escritura pública en la que intervengan todos y cada uno de los interesados. Con lo que parece excluirse la eficacia de la disposición unilateral del testador cuando por su sola voluntad impone a sus herederos la continuidad en la indivisión⁹⁸. Pero además, y al igual que había sucedido con el Código Sardo, el Albertino y el Italiano de 1865, también el Suizo contempló el supuesto de no proceder a la partición si la misma implicaba un relevante detrimento económico de los bienes⁹⁹ o si existía un heredero concebido y no nacido¹⁰⁰.

96 ROSSEL y MENTHA, *Manuel du Droit civil suisse*, t.I (2ª ed.). Lausanne-Genève, 1920, p.503 y 504.

97 «Artículo 337: L’indivision ne peut être constituée valablement que par un act authentique portant la signature de tous les indivis ou de leurs représentants».

98 Abordan esta cuestión con detenimiento ROSSEL y MENTHA, op. cit., t.II, p.215 y 216, quienes intervinieron en la redacción del Código suizo de 1.911.

99 «Art.604, pfo.2: A la requête d’un hériter, le juge peut ordonner qu’il soit sursis provisoirement au partage de la succession ou de certains objets, si la valeur des bien devait être notablement diminuée par une liquidation immédiate».

100 «Art.605, pfo.1: S’il y a lieu de prendre en considération les droits d’un enfant conçu, le partage es ajourné jusqu’a la naissance».

C) Codificación española

Por lo que respecta a España, todos los intentos codificadores sancionaron el imperio de la antigua *actio familiae erciscundae*, reconociendo a los sucesores el poder para exigir la liquidación de la comunidad hereditaria en términos muy similares a como lo había hecho el Code francés. Aún así, se mantuvieron diferencias notables, como veremos, entre los distintos proyectos de Código civil.

1) Proyecto de 1851

En primer lugar, el Proyecto de 1851 consagró de forma rotunda el derecho a ejercer la acción de partición en su artículo 893:

«Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, puede pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia»

Y aunque el Código galo podía resultar a primera vista más terminante que el hispano, pues admitía la procedencia de la referida acción «no obstante cualesquiera prohibiciones y convenciones en contrario», lo cierto es que el Proyecto de 1851 era mucho más radical pues, al contrario de lo que se hacía en el cuerpo legal napoleónico, no contemplaba ninguna excepción o limitación -por cualesquiera circunstancias o condiciones- a la procedencia de tal remedio. Como advierte GARCIA GOYENA¹⁰¹, pese a que en los trabajos preparatorios se habían aceptado las excepcionales restricciones previstas en algunos códigos extranjeros (esto es, las del pacto temporal de mantenimiento de la indivisión y la de minoría de edad de alguno de los coherederos), en la redacción definitiva se optó por suprimir las mismas, santificando así en toda su plenitud el derecho a extinguir la comunidad hereditaria.

A pesar de que este proyecto no llegó a prosperar, debe reconocerse que recogió con claridad el tradicional sentimiento divisorio que desde antiguo latía en nuestra legislación, como con posterioridad se manifiesta en algún intento compilador¹⁰², y que postulaba la prosperidad de la partición como remedio idóneo a los grandes y graves perjuicios que se estimaba causaría el mantenimiento de la indivisión hereditaria.

2) Proyecto de 1882

Tiempo después, en el Proyecto de 1882, se volvería a introducir un precepto similar, el artículo 1.068 del mismo, en el que se constata una mayor aproximación al texto francés y se introduce por primera vez la posibilidad de aplazamiento de la partición; si bien contemplando sólo la posibilidad de que sea el testador quien imponga dicha permanencia, al afirmar:

«Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.

101 GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t.II (ed. facsímil de la de 1852). Barcelona, 1973, p.261.

102 Cfr. NAVARRO AMANDI, op. cit., p.619 y 621.

Pero, aun cuando lo prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las que se anula o disuelve la sociedad o comunidad»

3) Código civil de 1888

Con ligeras variantes, como fueron las supresiones de la referencia a la comunidad y a la posibilidad de la anulación, este precepto se convirtió, en el definitivo artículo 1.051 del Código civil español vigente. Según sus redactores -comenta VALLET¹⁰³- este precepto fue tomado de los artículos 4.041 del Código mexicano y 942 del Anteproyecto de Código belga del jurista Laurent, siendo de notar que ninguno permitía la previsión en contrario del testador y el Anteproyecto belga tan sólo admitió el pacto de suspensión por término que no puede exceder de cinco años.

Ha de tenerse presente que la base 18 de la Ley de 11 de mayo de 1888 ordenaba tan solo regular la partición mediante el preciso desenvolvimiento de la «doctrina legal vigente, explicada y completada por la jurisprudencia», con lo cual las disposiciones del Código civil en general contienen meras aclaraciones del Derecho anterior¹⁰⁴. No obstante, el artículo 1.051 constituye una verdadera innovación en nuestro ordenamiento civil¹⁰⁵.

En síntesis, esta disposición del Código sigue siendo una muestra de los intentos conciliadores del codificador español por armonizar los principios romanos, que por espacio de tantos siglos había constituido la savia de nuestra legislación en materia sucesoria, con los criterios que reflejaban el originario sentir del Derecho histórico patrio¹⁰⁶.

103 VALLET DE GOYTISOLO, Comentarios..., cit., p.100.

104 NUÑEZ LAGOS, op. cit., p.404 y 405.

105 CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t.VI, v.1º (9ª ed.). Madrid, 1989, p.323.

106 MANRESA Y NAVARRO, op. cit., p.372.

BIBLIOGRAFIA

- AUBRY y RAU: *Cours de Droit Civil Français*, t.X (5ª ed.). Paris, 1917.
- ARIAS RAMOS y ARIAS BONET: *Derecho Romano*, t.II (18ª ed.). Madrid, 1986.
- BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.II (2ª ed.). Paris, 1899.
- BOERIO: *Decisiones Aerae, Pars Prima*. Lugduni, 1547.
- BURDESE: *Divisione*, en *Enciclopedia del Diritto*, t.XIII. Milano, 1964.
- CASTAN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t.VI, v.1º (9ª ed.). Madrid, 1989.
- DAGOT: *L'indivision (Commentarie a la loi du 31 décembre 1976)*. Paris, 1977.
- D'ORS: *La función de la propiedad en la Historia del Ordenamiento Civil*, en *Homenaje a F.Valls i Taberner*, t.X. Barcelona, 1989.
- Derecho Privado Romano* (8ª ed.). Pamplona, 1991.
- FERNANDEZ BARREIRO y PARICIO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*. Madrid, 1991.
- FERRANDIS VILELLA: *La comunidad hereditaria*. Barcelona, 1954.
- FLORE: *Comunione tacita familiare*, en *Enciclopedia del Diritto Civile*, t.VIII. Milano, 1961.
- GAIO: *Instituciones* (traducción de M.Abellán, J.A.Arias, J.Iglesias y J.Roset). Madrid, 1985.
- GARCIA DEL CORRAL: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t.I y II (ed. facsímil de la de 1892). Valladolid, 1988.
- GARCIA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t.II (ed. facsímil de la de 1852). Barcelona, 1973.
- GONZALEZ LLAMA: *Particiones hereditarias*, t.I. Madrid, 1977.
- GROSSI: *Divisione (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto Civile*, t.XIII. Milano-Varese, 1964.
- GUALAZZINI: *Comunione (diritto intermedio)*, en «Enciclopedia del Diritto Civile», t.VIII. Milano, 1961.
- GUARINO: *Comunione (diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t.VIII. Milano-Varese, 1961.
- HINOJOSA: *La fraternidad artificial en España*, en *Obras*, t.I. Madrid, 1948.
- JOURDAIN: *Les biens*. Paris, 1995.
- KASER: *Derecho Romano Privado* (2ª ed.). Madrid, 1982.
- KIPP: *Derecho de Sucesiones*, t.V, v.2º (2ª ed.). Barcelona, 1976.
- LACRUZ y ALBALADEJO: *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, t.V, v.1º. Barcelona, 1961.
- LARROUMET: *Droit Civil*, t.II (2ª ed.). Paris, 1988.
- LOPEZ: *Las Siete Partidas*.
- MALAURIE y AYNES: *Cours de Droit Civil*, t.IV (3ª ed.). Paris, 1994.
- MARTINEZ GIJON: *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español*, A.H.D.E. XXII-XXIII (1957-1958), p.221-303.
- MAZEAUD: *Leçons de Droit Civil*, t.IV, v.1º (5ª ed.). Paris, 1982.
- MUÑOZ DE DIOS: *La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos*, en *Homenaje a J.Castán Tobeñas*, t.I. Pamplona, 1969.
- MUÑOZ XANCO: *Antecedentes y fundamentos histórico-legales de la acción divisoria del condominio*, *La Ley* 2 (1985), p.1.087-1.093.
- NAVARRO AMANDI: *Código civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes*, t.II. Madrid, 1880.
- NERSON: *Indivision*, en *Enciclopédie du Droit*, t.V. Paris, 1973.
- NUÑEZ LAGO: *El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil*, en *R.G.L.J.* 4 (1951), p.391.
- PATAULT: *Introduction historique au droit des biens*. Paris, 1989.
- PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de droit civil français*, t.IV (2ª ed.). Paris, 1952.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, t.V, v.3º. Madrid, 1965.
- RICCI: *Derecho Civil, teórico y práctico*, t.IX. Caracas, 1985.
- ROSSEL y MENTHA: *Manuel du Droit Civil Suisse*, t.I (2ª ed.). Lausanne-Genève, 1920.
- SALIS: *La comunione*. Torino, 1939.
- SANCHO REBULLIDA: *Estudios de Derecho Civil*, t.I. Pamplona, 1978.
- SCHULZ: *Derecho Romano Clásico*. Barcelona, 1960.
- SERAFINI: *Instituciones de Derecho Romano*, t.II (9ª ed.). Madrid, 1927.

- SIESSE: *Contribution a l'étude de la communauté d'héritière en Droit Comparé*. Paris, 1923.
- SIREY: *Code civil annoté*, t.II (5ª ed.). Paris, 1912.
- SOHM: *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema* (17ª ed.). Madrid, 1976.
- VALIÑO: *El comentario de Gayo al Edicto Provincial*. Valencia, 1979.
- VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t.I. Madrid, 1982.
- Comentarios a los artículos 1.035 a 1.087 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de M.Albaladejo, t.XIV, v.2º. Madrid, 1989.
- VELASCO: *La sociedad*, en *Derecho Romano de Obligaciones*. Madrid, 1994.
- VOLTERRA: *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid, 1988.
- WEILL, TERRE, y SIMLER: *Droit Civil. Les Biens* (3ª ed.). París, 1985.
- ZENATI: *Les biens*. París, 1988.