

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL. EL EJERCICIO DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO* EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

*Joint ownership in Roman Law and Spanish Law.
The exercise of the actio communi dividundo in marriage processes*

RAQUEL PÉREZ DÍAZ
Universidad de Oviedo

Resumen: Con este trabajo se pretende analizar el ejercicio de la *actio communi dividundo* según sea el régimen matrimonial por el que se regulan los cónyuges e incluso en las parejas de hecho y dar respuesta a las cuestiones que surgen a la hora de ejercitar esta acción ante los tribunales. Dicha acción ya existía en Derecho romano, continuando en vigor en nuestro Código civil.

Palabras clave: *actio communi dividundo*, régimen económico matrimonial, régimen de gananciales, régimen de separación de bienes, parejas de hecho.

Abstract: With this work, it is intended to analyze the exercise of the *actio communi dividundo* according to the matrimonial regime governing the spouses and even in the de facto couples and to answer to the questions that arise when exercising this action before the courts. This action already existed in Roman law, continuing in force in our Civil Code.

Keywords: *actio communi dividundo*, matrimonial economic regime, marital property regime, separation regime, de facto couples.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–La copropiedad y la *actio communi dividundo* en el derecho romano. II.1–La comunidad romana. II.2–La *actio communi dividundo*. II.3–La comunidad germánica. III.–La comunidad de bienes en el derecho español. IV.–La *actio communi dividundo* en los procesos

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

matrimoniales. IV.1–Regulación. IV.2–El objeto de la *actio communi dividundo*. IV.3–Ejercicio, procedimiento, competencia, sentencia y ejecución. V.–La *actio communi dividundo* independiente al proceso matrimonial. VI.–La *actio communi dividundo* en el régimen de gananciales. VI.1–Cuestiones previas. VI.2–Concepto de vivienda familiar. VI.3–El ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar tras la separación, divorcio o nulidad. VII.–La *actio communi dividundo* en parejas de hecho.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho español, al igual que el derecho romano contempla la figura del condominio o copropiedad –*communio pro indiviso*– y recoge la vieja regla romana con la que nadie está obligado a permanecer en la división. Ambos ordenamientos coinciden en la idea de que los condóminos son varias personas que tienen derechos sobre la misma cosa y como quiera que nadie puede ser obligado a mantenerse en copropiedad, el cauce para salir de la comunidad es el ejercicio de la *actio communi dividundo*.

Una de las cuestiones que suscita controversia en los procedimientos matrimoniales de separación, divorcio o nulidad e incluso en las parejas de hecho es el ejercicio de la *actio communi dividundo* en tales procesos.

La *actio communi dividundo* ya se utilizaba como juicio divisorio en el derecho romano continuado vigente en nuestro derecho español, concretamente en el Código Civil, de tal manera que se trata de una acción que queda al arbitrio judicial en caso de desacuerdo de los cónyuges.

En el presente trabajo se ha pretendido hacer un estudio práctico del ejercicio de la acción de división de cosa común según sea el régimen matrimonial por el que se regulen los cónyuges, de manera tal, que si se rigen por el régimen de separación de bienes cabe la posibilidad de su ejercicio de manera conjunto o independiente del proceso matrimonial con independencia de que sean codueños de uno o más bienes. En cambio, si se regulan por el régimen de gananciales cabe la posibilidad de ejercitar únicamente y directamente la *actio communi dividundo* tras la sentencia de separación o divorcio y para el caso de que sean cotitulares de un solo bien, pues en caso contrario, se deberá acudir al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales previsto en el artículo 806 y siguientes de la Ley Enjuiciamiento Civil. Finalmente, en caso de parejas de hecho solo se puede acudir a esta acción con independencia de que tengan una comunidad ordinaria de uno o más bienes.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

II. LA COPROPIEDAD Y LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO EN EL DERECHO ROMANO

II.1 La comunidad romana

En cuanto al concepto de condominio o copropiedad –*communio pro indiviso*–, se puede definir como la concurrencia de dos o más personas en el derecho semejante de propiedad sobre una misma cosa¹. La comunidad romana se caracteriza por ser un tipo de cotitularidad que se ha regido por unos principios claramente individualistas. Los condóminos son denominados «dueños o socios» y el derecho que corresponde a cada uno de ellos se llama en los textos romanos *dominium pro parte pro indiviso*, con lo que se entiende que cada uno tiene una fracción ideal del derecho de propiedad sobre la cosa y no el derecho sobre una parte material de la misma (*non pars quanta sed pars quota*)². Ello se traduce en que cada comunero puede disponer de su cuota en favor de un extraño sin necesidad de requerir consentimiento de los demás, y salir de la comunidad mediante el ejercicio libre por cualquier copartícipe de la *actio communi dividundo*. En ese sentido, Ulpiano recoge la idea nítidamente al referirse a un esclavo común, al decir que «no todo él es de cada uno de los condóminos, sino más bien *pro partibus indivisi*, esto es, que la parte que cada uno tiene sobre el esclavo es más bien ideal que corporal»³.

Debido a su naturaleza intrínseca, es una relación jurídica poco estable y por ende en permanente conflicto, por ello ya desde el Derecho romano se ha querido garantizar la división, prohibiendo los pactos entre los condóminos en los que se obligasen a no disolver jamás la comunidad y a mantenerla a perpetuidad, pero admitiendo el acuerdo de mantenerla durante cierto tiempo.

La división de la cosa común puede ser voluntaria o judicial. La primera tiene lugar por el acuerdo de los condóminos, adjudicándose respectivamente las partes materiales de la cosa, correspondientes a sus cuotas ideales. Si no hay acuerdo, cualquiera de los condóminos puede intentar la *actio communi dividundo* que da lugar a un juicio divisorio, en el que el juez divide la cosa en partes proporcionales a las cuotas de cada uno, adjudicándoselas (*adiudicatio*)⁴.

¹ BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, 3.º edición, Sevilla, Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2007, p. 344.

² ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, Málaga, Ediciones del Genal, 2007, pp. 135-138.

³ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., 2019: *El condominio en Derecho romano*, <https://www.derecho-romano.es/2011/12/el-condominio.html> (última consulta realizada el 2 de abril de 2019).

⁴ La cláusula de la *adiudicatio* faculta al juez no solo para atribuir la propiedad, sino también para constituir cualquier otro derecho real. En cualquier caso, la fórmula de la acción divisoria trae la cláusula

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Si la cosa no fuese perfectamente divisible, de tal forma que las partes materiales adjudicadas no correspondiesen exactamente con las cuotas de cada uno de los condóminos, el juez o árbitro tenía la facultad para establecer entre ellos relaciones de crédito y deuda para compensarlos⁵.

II.2 La *actio communi dividundo*

En el derecho romano, la *actio communi dividundo* se regulaba en el Digesto, en su libro X, Título 3, bajo la rúbrica: «*Communi Dividundo*» y en el título 37 del libro III del Codex igualmente⁶.

Su fórmula procesal es la siguiente: Quod Aulus Agerius Numerius Negidius de communi [¿eorum?]*dividundo* et si quid in communi damni datum factumve sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenit, iudicem sibi dari postulaverunt: quantum ob eam rem alterum alteri adiudicari oportet, iudex alterum alteri adiudicato: quidquid ob eam rem al-

de la adjudicación. BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, 2.ª edición, Sevilla, Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, p. 332. Zu diesem Zweck enthält die Formel der *actio communi dividundo* eine *adiudicatio*. Diese Klausel ermächtigt den Richter, durch seinen Urteilspruch, der gleichfalls *adiudicatio* heißt, Konstitutiv Alleineigentum an die Parteien zu verleihen. Die richterliche *adiudicatio* ist ein Tatbestand für den sachenrechtlichen Erwerb. Eine Definition der *adiudicatio* findest du in den Institutionen des Gaius. DROSDOWSKI THOMAS, Das Verha von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht, Berlin, Düncker & Humblot, 1998, pp.32-33.

⁵ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., 2019: *El condominio...* (última consulta realizada el 2 de abril de 2019).

⁶ FREZZA, Paolo, *Actio communi dividundo*, Estratto della «Revista Italiana per le Scienze Giuridiche» N. S. ANNO VII, Fasc. I, Roma, Attilio Sampaelesi, 1932, p. 1 dice: Dal rapporto di communio sorge nei soci l'obbligo di concorrere nel giudizio divisorio promosso da uno qualsiasi di essi, il quale obbligo è fondato sulla nota massima, passata anche nelle legislazioni moderne: «in communionem nemo compellitur invitus detineri (Codex III, 27,5)». «Sono state avanzate varie congetture intorno alla divisibilità o meno della prima forma di *communio* che si riscontra nella fase arcaica del diritto romano: voglio dire del *consortium familiare quod iure atque verbo romano appellabatur ercto non cito*. Non starò qui a ripetere le ipotesi più o meno cervellotiche a cui taluno ha fatto ricorso per determinare, fondandosi su questa espressione, se nell'epoca più remota del diritto romano, antecedente anche alla legge delle XII tavole, i *consortes* potessero o non addivenire alla divisione. Comunque stiano le cose, è certo che nella frase *ercto non cito* non può, come invece fa il C. FADDA, *Consortium collegia magistratuum communio*, in *Studi per Brugi*, Palermo, 1910, 149, vedersi un divieto legislativo di dividere. Le XII tavole, come molto giustamente osserva il C. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, in AG, XXXVIII, 1887, 5, dicono *arceram ne sternito*; e non mi sembra possa essere preso sul serio né dal punto di vista filologico né da quello giuridico il ragionamento del Fadda che qui riferisco: *erciscere* non è altro se non la riunione e la contrazione di *erctum ciere*. Dunque la negativa anteposta al *cito* esclude la divisibilità. Una cosa è certa: che nelle XII tavole era sancito il mezzo giuridico con cui i coeredi potevano sciogliere il rapporto di *communio* in cui si trovavano rispetto all'eredità: laddove la più tarda origine dell'*actio communi dividundo* ha autorizzato –e giustamente– il romanista a supporre che prima del sorgere di quest'ultima i soci non potessero addivenire alla divisione che in via bonaria, per mezzo di scambievoli emancipazioni delle parti assegnate a ciascuno».

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

terum alteri praestare oportet [*¿ex fide bona?*], eius iudex alterum alteri condemnato, si non paret absoluito⁷.

Puesto que «Aulo Agerio y Numerio Negidio» piden juez para la división de la cosa común y también por el daño causado por uno u otro o por la ventaja obtenida por uno u otro, tú, juez, adjudica «Aulo Agerio y Numerio Negidio» cuanto deba serles adjudicado y condena a uno respecto del otro en todo lo que [*¿según la buen fe?*] por tal asunto deban indemnizarse, si no resulta ser así, absuélve.

Como dice Frezza al giudice era sottoposto un dilemma: o la cosa de cui si tratta era di Aulo Agedio, o era di Numerio Negidio. Il compito del giudice era nettamente delimitato: egli non poteva uscire dai due corni del dilemma; non poteva e non doveva fare altro che troncane la lite, mediante la decisione nell'uno o nell'altro senso, della questione di diritto⁸.

La *actio communi dividundo* o acción de división de cosa común se puede definir como la acción que cada condómino tiene en particular, para ejercitar su derecho a la división de la cosa común, cuando esta no ha podido realizarse amistosamente, de común acuerdo, a través de la división⁹.

En cuanto a su estructura y características varía en relación a la época del derecho romano que nos refiramos:

Así, en la época clásica su única función era llevar a cabo la división del condominio con su correspondiente «*adiudicatio*»¹⁰ de la cuota material para cada uno, tal como se recoge en los textos clásicos como Paulo, en el texto D.8,2,26, «*Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem*

⁷ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2, Leipzig, 1907 LENEL, EP. (1927) § 81) 210 ss., y RUDORFF, EP. (1869) §72 p.86. TRAMONTANO, Tiziana, *L'adiudicatio del communi dividundo iudicium e i titolari di diritti reali limitati*, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA, Scuola di Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza Indirizzo comune ciclo XXVI, p. 54, dice que In sintesi, lo schema della formula dell'*actio communi dividundo* risultava, quindi, così composto: *demonstratio* (in cui verosimilmente era fatta espressa menzione della cosa, o delle cose, da dividere), *adiudicatio* e *condemnatio*.

⁸ FREZZA, continua «Né diversamente accade in tutte le altre azioni *in rem* o *in personam* in cui la formula ordina sempre al giudice di stabilire se un dato diritto esista o no, anche quando gli imponga di servirsi di criteri di valutazione non strettamente giuridice, ma di determinare per esempio *quid quid paret dare facere oportere ex fide bona, o ex aequo et bono ecc.*

⁹ REVUELTA SALAZAR, M., *La evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho Romano*, Jaén, Servicios de publicación de la Universidad de Jaén, 2003, p. 148.

¹⁰ L'adiudicatio può quindi essere considerata come un modo di acquisto della proprietà di carattere processuale in quanto le singole cose attribuite ai condividenti in un giudizio divisorio, vengono acquistate da essi in proprietà ex iure Quiritium, o soltanto in bonis a seconda della natura del giudizio, nel momento stesso in cui lo iudex pronuncia l'adiudicatio. L'adiudicatio viene riguardat como il mezzo processuale più proprio ad attuare la divisione, cioè secondo la definiziio es dell' Arangio- ruiz citta altrove «a sostituire a rapporti di condominio, o, in genere, di contitolarità giuridica, diritti di proprietà solitaria o titolarità , di diritti di altra natura». FREZZA, *op. cit.*, pp. 23-27.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

pervenit» o en el texto C.3,37,5: «*In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri*» «Nadie puede ser constreñido, contra su voluntad, a permanecer en comunidad»; y sus características principales son las siguientes: 1. Las acciones de división fueron concebidas como «*actiones in personam, no in rem*», puesto que el demandando está obligado a defenderse. Por ello, cada parte poseía un doble papel, a saber, demandado y demandante, existiendo una *inducia duplicia* (duplicación de la identidad)¹¹. 2. La acción se caracteriza por dar lugar a *jurgia*¹², cuya solución es confiada a un *arbiter*, es decir, el objeto de la acción no es reconocer la pretensión discutida por las partes, sino conceder derechos autónomos, y por lo tanto no supone la existencia de un conflicto con pretensiones rivales, que desemboquen en una *litis*¹³. 3. El objeto de la acción es doble: por una parte, el reparto de los bienes divisibles, que lleva a la liquidación de la indivisión; y por otra parte, la compensación de la desigualdades producidas en el reparto, además del reembolso¹⁴.

A partir de la época postclásica y en el derecho Justiniano se introduce la posibilidad de entrar a dilucidar las obligaciones recíprocas nacidas entre los condóminos, sin provocar la división. Este nuevo papel conlleva darle un doble carácter a esta acción: real, por cuanto que tiene la finalidad de dividir y repartir los bienes, y por tanto atribuir la propiedad a cada copropietario; y personal, al regular las relaciones creditorias u obligacionales que hubiera nacido entre los condóminos *manente communione*, es decir, con permanencia de la situación de condominio. De ahí, el carácter mixto de las acciones divisorias¹⁵. Sus características se resumen en que cada condómino puede ahora cumplir actos dispositivos sobre la cosa, también contra la voluntad de los otros, en consecuencia, el *ius prohibendi*, negado como defensa privada, fue admitido en vía

¹¹ Aunque esta denominación parece ser de origen postclásico, así lo testimonian juristas como Juliano (D.10,1,10), Paulo (D.10,2,44,4) o Ulpiano (D.10,2,2,3).

¹² Respecto a este término vid. Varrón, *De ling. lat.* 7,93. Asimismo, D.10,2,57; D.23,3,31; D.23,4,27, entre otros.

¹³ La oposición entre *lites* y *iurgia* viene establecida por los textos clásicos. La definición más clara es la que ofrece Nonius Marcellus, citado por Cicerón (BRUNS, Fontes, II, pag. 66-67): «*Jurgium levior re est, si quidem inter benivolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur: inter inimico dissensio lis appellatur. M. Tullius de rep. L. III: «Admiror nec rerum solum sed verborum etiam elegatiam: «si jurgant», inquit; benevolorum concertatio, no lis inimicorum, jurgium dicitur». Et in sequenti «jurgare igitur lex putat inter se vicinos, nom ligitare». Vid. Asimismo, Cicerón, Pro Murena 12,27: «... homines tam ingeniosos...statuare non potuisse utrum diem tertium an perendium, judicem an arbitrium, rem am litem dici oporteret; De leg.2,12,29*

¹⁴ Con este doble objeto de la acción comienza a verse comparaciones entre el condominio y la situación de coherederos por algunos juristas como Gayo y Paulo, que señalan la relativa relación entre la función de la acción de división y la *actio familiae erciscundae*. D. 10.3.14 interpolado; CL 3.38.3 interpolado; I. *Inst.*4.6.28.

¹⁵ RICCOBONO, S., *Dalla communio del diritto quiritario alla coproprieta moderna*, Oxford, Essays in Legal History, 1913, pp. 114 y ss.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

judicial; siguen teniendo la misma posición que en el derecho clásico, pero en este caso con una menor libertad e independencia teniendo que actuar de formas unitarias y organizadas en un colectivo; se manifiesta el derecho de goce a la conservación y al destino de la cosa y junto con esta acción se incluyen todas aquellas especiales que competen al propietario particular¹⁶.

II.3 La comunidad germánica

En el Sacro Imperio Romano Germánico se admitió, no sin alguna que otra reserva¹⁷, la concepción de haber sido elegidos por la historia para encarnar la continuación de la grandeza del Imperio Romano –*traslatio imperii*– y todo lo que ello acarreaba (emperadores como Otón II, Federico I Barbarroja, Federico II, Enrique VII y Carlos IV representaron ese ideal)¹⁸, alimentando con ello la sugestión y la nostalgia por la época gloriosa del gran Imperio de los romanos¹⁹.

Durante la compilación llevada a cabo por los pandectistas, las dos corrientes de derecho –romana y germana– acabaron mezclándose entre sí a la hora de dar forma a las nuevas conceptualizaciones de las instituciones jurídicas. En el caso concreto de la comunidad de bienes, esta se vio salpicada por los principios del derecho germánico, el cual consideraba que el condominio no era una situación incidental sino que era estática y permanente, lo que provocó que el concepto romano de cuotas y proporciones ideales sobre la propiedad desapareciera, incorporando la idea de que la propiedad era mancomunada, es decir, no tenía más límites que aquellos que se imponían al individuo para el uso y disfrute del bien o derecho común, sin llegar a una atribución real del mismo.

Por lo tanto, durante este periodo el concepto de comunidad romana se vio diluido por los principios germánicos y surge la comunidad germánica –*condominium iuris germanici*– o mano común (*Gemeinschaft zur Gesamte*

¹⁶ BATISTA MATEO, J, «Derecho romano: copropiedad y comunidad hereditaria, una aproximación conceptual», *TFG*, Universidad de la Laguna, 2016, pp. 16-17.

¹⁷ La tesis de la restauración de la grandeza de Roma en la época de Carlomagno (*traslatio o renovatio imperii*) fue cuestionada, entre otros, por KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano* (trad. española), 1955, p. 37; CANNATA, C. A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1976, pp. 11-12.

¹⁸ GRAF, A., *Roma nella memoria e nelle immaginazioni del Medio Evo*, Torino, E. Loescher, 1923, p. 25; CALASSO, F., *Medio Evo del diritto I. Le fonti*, Milano, Giufreé, 1954, p. 144; TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Madrid, Edisofer, 2007, p. 218; CANNATA, C. A., *Lineamenti ...op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹ SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo I. Dal crollo dell'Imperio romano d'Occidente alla formazione del ius commune*, Torino, 2001, p. 21.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Hand) caracterizada por tomar como referencia situaciones estables, sin la existencia de cuota, cuya disolución no quedaba bajo el libre arbitrio de cualquiera de los comuneros lo que impedía el ejercicio de la división por parte de la cosa o derecho común.

La propiedad común o comunidad en mano común en los pueblos germánicos comienza siendo una comunidad de tipo tribal que poco a poco se va transformando en una comunidad de tipo familiar²⁰. Su origen se encuentra en el matrimonio que generaba una situación en la que los cónyuges compartían un patrimonio en un estado de propiedad en mano común. Esta comunidad familiar no se disolvía tras la muerte de uno de los cónyuges, sino que continuaba con el cónyuge superviviente y los hijos que pasaban a ocupar el lugar del premuerto²¹. Con el tiempo, el vínculo de parentesco entre las personas que formaban parte de la comunidad fue sustituido por el criterio de vecindad que les unía en el desarrollo de actividades propias de la economía tradicional con el pastoreo, la ganadería o la agricultura²², dando lugar a la propiedad comunal, siendo relevante el elemento corporativo no el individual ya que el comunero sólo es un miembro más del grupo social al que pertenece²³.

Podemos concluir, que la característica esencial entre la comunidad romana y la comunidad germánica es que en la primera los copropietarios disfrutaban de derechos exclusivos sobre sus propias cuotas, mientras que en la segunda el objeto pertenece a los titulares en su conjunto, lo que impide realizar actos de disposición y por ende ejercitar la acción de división de la cosa común.

III. LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL

La comunidad de bienes, también conocida como «comunidad», «comunidad ordinaria» o «condominio» se encuentra regulada en el Título III del Código Civil, bajo la rúbrica «De la Comunidad de bienes,» desde el

²⁰ BENEYTO PÉREZ, J., *Instituciones de Derecho Histórico Español*, Barcelona, Bosch, 1930, p.168.

²¹ PLANITZ, H., *Derecho Privado Germánico*, traducción de la 3.ª edición alemana por Carlos Melón Infante, Barcelona, Bosch, 1957, pp. 316-318.

²² CAUDARADO IGLESIAS, M., *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Madrid, Servicio de publicaciones agrarias, 1980, pp. 54-57; y ALTAMIRA CREVEA, R., *Historia de la Propiedad comunal*, con estudio preliminar de Alejandro Nieto, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración local, 1981, pp. 47 y ss.

²³ SALIS, L., *La comunione*, V.4, T. 2.º del Trattato di Diritto Civile Italiano, di Filippo Vassalli, Torino, 1939, p.32.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

artículo 392 al 406, y se basa en los principios individualistas que regían la comunidad romana o por cuotas (*communio iuris romani*)²⁴.

El artículo (art.) 392 Código Civil (CC), dice que «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas», por lo tanto, la describe pero no la define, y aunque se refiere a la copropiedad como figura más relevante, el citado precepto regula una comunidad de derechos con carácter general, y así lo confirma nuestro Tribunal Supremo (TS) en Sentencia de 14 de noviembre de 1998 al manifestar que «se refiere tanto a la propiedad como a otros derechos, lo que autoriza a que puedan tener en comunidad no sólo bienes y derechos reales, sino también créditos (...)»²⁵.

En cualquier caso, nadie puede ser obligado a mantenerse en copropiedad, para ello, se habilita el mecanismo de ejercitar la acción de división conforme al art. 400 CC que se fundamenta en el principio romano *nemo invitus compellitur ad communionem* (nadie, contra su voluntad, puede ser forzado a la comunidad) y establece que «Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común»; con ello, se permite imponer a los demás propietarios la división de la cosa común, es decir, cada uno de los copropietarios pueda pedir en cualquier tiempo «que se divida la cosa común», debido al carácter irrenunciable e imprescriptible de la *actio communi dividundo* (art. 1965 CC)²⁶, dicha facultad, no es un derecho que pueda extinguirse por falta de ejercicio en determinado plazo, sino una facultad de carácter permanente que acompaña siempre a la comunidad y debe entenderse subsistente mientras dure aquella, tal como avalan las Sentencias del TS de 5 de junio de 1998 o de 27 de febrero de 2012.

²⁴ En la Ley 11, Título 10 de la Partida 5.^a y en las Leyes 1.^a y 2.^a, Título 15 de la Partida 6.^a (vid. MANRESA NAVARRO, J. M., Comentarios al Código Civil español, T. III, Reus, Madrid, 1918, pp. 392-393; y BRIOSO ESCOBAR, E. L., «Cuestiones sobre la comunidad de derecho romano y la facultad de pedir la división», *RDN*, 1980, p. 50).

²⁵ En este sentido, ROCA JUAN, J., «La renuncia liberatoria del comunero», *ADC*, 1957, pp. 109 y 110; TORRES LANA, J. A., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por Albácar, J. L., T. II, Madrid, 1991, p. 263; Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 1955, p. 905 y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de derecho civil* T. III-2, Madrid, Dykinson, 2009, p. 347. En contra, GARCÍA GRANERO, J. C. «Cotitularidad y Comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común», *RCDI*, 1946, pp. 145 y ss. y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el derecho español*, Rev. D.^o Privado, Madrid, 1954, pp. 25 y 29, quienes mantienen que la comunidad de bienes del artículo 392 C. c. sólo tiene por objeto derechos reales porque son derechos subjetivos absolutos, exclusivos, en los que no es posible, por su propia naturaleza, ni la gradación, ni la concurrencia, por lo que son los únicos susceptibles de ser tenidos en común.

²⁶ «No prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Sin embargo, el citado precepto añade en su párrafo segundo «*No obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención*». En ese sentido, hay que hacer mención a la Sentencia del TS n.º 238/2009, de 1 de abril²⁷ que recoge los dos caracteres fundamentales de la comunidad de bienes «a) *Su naturaleza incidental o transitoria*; y b) *La inexistencia de vínculo, a falta de pacto entre los particulares, por el cual los comuneros se encuentren obligados a permanecer en la comunidad. El Código Civil, inspirado en el carácter no definitivo, poco rentable y desfavorable con el que concibe la situación de comunidad, concede al comunero una acción para exigir que se divida la cosa común*».

Ahondando aún más, la Sentencia de 9 de octubre de 1986 hace referencia al concepto legal y jurisprudencial de la copropiedad, en cuanto es tenida como un estadio transitorio mirado con disfavor por la ley que, frente a ella, concede una acción que está viva mientras la comunidad subsista; la Sentencia de 19 de octubre de 1992 considera que al actualizarse el aforismo de la jurisprudencia romana *communio est mater discordiarum*, la transformación del derecho por cuota de condominio en propiedades privadas e individualizadas viene a ser la regla normal; la Sentencia de 12 de julio de 1993 incide en que el derecho a pedir la división de la cosa común es una de las características del condominio, reiterado por las Sentencias de 2 de julio de 1994 o 23 de febrero de 1995; y finalmente, la Sentencia de 4 de abril de 1997, analiza desde un punto de vista histórico y jurisprudencial la acción de división de cosa común, de tal manera que vuelve a la idea proveniente del Derecho romano de que nadie, contra su voluntad, puede ser forzado a la comunidad («*nemo invitus compellitur ad communionem*»).

No obstante, la facultad de pedir la división de la cosa común no tiene carácter absoluto, pues existen límites, tanto subjetivos como objetivos, que impedirán su ejercicio a los copartícipes. La indivisibilidad de la cosa común, puede tener su origen en el art. 400, párrafo (párr.) 2.º CC «...*será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años*» que debe ser aprobado por todos los copropietarios; en el art. 401 párr. 1.º CC «*Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina...*» o en el art. 404 CC «*Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su*

²⁷ EDJ 2009/50751.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

precio», en estos dos últimos casos, si bien no cabe la partición material si se admite la partición económica acudiendo al procedimiento de venta en pública subasta; tales causas vienen confirmadas en la Sentencia del TS de 11 de mayo de 1999²⁸. Es obvio, que a la hora de ejercitar la acción debe presidir siempre la exigencia de la buena fe consagrada en el art. 7 CC.

El Código civil legitima al «copropietario» para pedir la división de la cosa común, ante lo cual algunas Sentencias del Tribunal Supremo han exigido que se ostente la cualidad de copropietario para ejercitar tal acción²⁹. Por lo tanto, no podrán pedir la división de la cosa común quienes no sean partícipes de una comunidad, aunque todo tercero, por virtud de un derecho real o personal sobre aquélla (por ejemplo, el usufructuario pro parte, o acreedor de un comunero), podrá acogerse a lo dispuesto, bien por el art. 403 CC³⁰, bien por el art. 405³¹ del mismo cuerpo legal, para defender su interés jurídico. Ahora bien, la división de la cosa común no perjudicará a este tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de la partición³², en resumen, lo que cambia en la adjudicación a un tercero es el titular de la garantía no el de la deuda³³.

Además, esta acción representa un derecho indiscutible, incondicional e imprescriptible para cualquier copropietario, motivo por el cual su ejercicio no estará sometido a circunstancia obstativa alguna³⁴; se trata de una facultad que nace y renace en todo momento, pues proviene de la relación de comunidad y debe entenderse subsistente mientras la propiedad dure, ni siquiera la existencia de derechos reales, distintos del condominio, que pudieran ser titularidad de terceros, constituyen un obstáculo para que se ejercite la acción³⁵; el hecho de que pueda atribuirse el usufructo total de la cosa a uno sólo de los copropie-

²⁸ En su fundamento jurídico primero enumera las diversas causas de indivisibilidad «a) Cuando hay pacto vinculante entre los partícipes para continuar la situación indivisoria por el tiempo autorizado por la ley o resulta impuesta por el donante o testador (...); b) Si la cosa resultase inservible, según su uso y destino, por consecuencia de la división a practicar (artículo 401 CC.); y c) Si fuese esencialmente indivisible o desmereciese mucho por la división (...)».

²⁹ SSTs de 26 de diciembre 1981 (cdo. 3.º), y de 5 de junio de 1987 (f. j. 2.º).

³⁰ Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez.

³¹ La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad.

³² SSTs de 28 de febrero de 1991 (f. j. 5.º), y de 12 de mayo de 1997 (f. j. 3.º).

³³ STS 22 de febrero de 2012 (f. j. 3.º). ROJ STS 1318/2012.

³⁴ STS de 8 de marzo de 1999 (f. j. 1.º).

³⁵ SAP de Madrid, Sección 19.ª, de 23 de junio de 1988. RJ1988/5822.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tarios, supone la exclusión de los demás en cuanto al uso y disfrute, pero ello no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa común³⁶.

Por lo tanto, el derecho español contempla la figura de la copropiedad a través de los arts. 392 y 400 CC recoge la vieja regla romana con la que nadie está obligado a permanecer en la división, como en su tiempo la entendían los romanos; ambos ordenamientos coinciden en que tiene lugar cuando varias personas tienen derechos sobre la misma cosa y nadie puede ser obligado a mantenerse en copropiedad, dándoles el cauce del ejercicio de la *actio communi dividundo* para que cada comunero pueda salirse de la comunidad.

IV. LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

IV.1 Regulación

La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece en el art. 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que «En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos».

Tal precepto supone una novedad a la hora de ejercitar la citada acción, pues sólo será posible su acumulación a aquellos casos que exista un régimen de comunidad ordinaria entre los cónyuges, es decir, para el caso de que los cónyuges casados en separación de bienes tengan bienes en común. El motivo de tal reforma tuvo su origen en el problema procesal planteado en Cataluña por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2012³⁷ que declaró inconstitucional y nulo el art. 43.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, que permitía en el ámbito

³⁶ STS de 27 de diciembre de 1999 (f. j. 2.º)

³⁷ El argumento jurídico fue que la norma catalana invadía una «competencia exclusiva» del Estado como son las normas procesales al permitir la acumulación de la acción de divorcio y liquidación de bienes en los matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes no permitido sin embargo en aquellos momentos por la ley de enjuiciamiento civil.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

del derecho foral catalán, el ejercicio de la acción de división de cosa común dentro del procedimiento matrimonial.

Al igual que mantiene Pérez Martín considero que quizás la solución jurídica para la cuestión que se planteaba hubiese sido modificar el art. 806 LEC y hacer referencia de forma expresa a los regímenes de separación de bienes para que de esta manera pudiese sustanciarse de forma paralela al procedimiento matrimonial, que no acumulada, la acción de división de cosa común que en la práctica no es otra cosa que la liquidación del régimen de separación de bienes³⁸.

IV.2 El objeto de la *actio communi dividundo*

La primera cuestión a tener en cuenta es la de diferenciar la división de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa de la liquidación de las relaciones económicas de los cónyuges casados en separación de bienes, pues son dos operaciones distintas aunque la primera pueda comprenderse en la segunda. El art. 1438 CC regula la contribución de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio, puede ser que se hayan contraído deudas de las que deban responder ambos, que uno de ellos haya aportado más dinero del que le correspondía para atender las cargas o que haya aportado dinero en beneficio de los bienes del otro cónyuge, etc. lo que exigirá una «liquidación» cuyo término puede tener una significado más amplio en cuyo caso se deberá acudir al procedimiento de liquidación, pues al igual que opina Roca Trías, «se puede usar también cuando se trata de definir las reglas para acabar aquellas relaciones entre cónyuges generadas durante la convivencia matrimonial, no con el objetivo de determinar la masa de bienes que se habrá de adjudicar cada uno de los cónyuges, sino con la única finalidad de resolver los conflictos que se pueden haber generado a lo largo de la convivencia, resolver las titularidades dudosas y extinguir los créditos que se pueda haber creado. Del mismo modo, en el régimen de separación absoluta de bienes del Código Civil se dice que se habrá de proceder a la liquidación, entendida en el sentido del pago de las contribuciones atrasadas que hayan generado créditos de un cónyuge contra el otro y las compensaciones entre los dos patrimonios. En este sentido, si es posible hablar de la liquidación del régimen de separación de bienes». Pero tal como acertadamente afirma Pérez Martín esta operación no es la que se

³⁸ PÉREZ MARTÍN A. J., «La acción de división de cosa común acumulada al procedimiento de divorcio», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 70/2016 parte Artículos Doctrinales BIB 2016/37, p. 1.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

regula en el art. 437 LEC, esta «liquidación» requiere un procedimiento cuyo objeto sea más amplio de la mera división de los bienes, en el que tendrá que resolverse numerosas controversias entre los cónyuges, lo que dada su complejidad no puede mezclarse con el procedimiento de separación o divorcio³⁹, y así lo afirman las Sentencias de la Audiencia Provincial (AP) de Girona, Sec.1.^a, de 27 de septiembre de 2013⁴⁰ o de la AP Barcelona, Sec. 12.^a, de 22 de julio de 2015⁴¹.

Otra cuestión que surge, es que se debe tener en cuenta que el citado precepto únicamente hace referencia «a la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa», es decir, dividir bienes, sin referirse a las deudas o cargas, si bien suele admitirse por esta vía liquidar ambas cuando no existe ninguna controversia entre los cónyuges en cuanto a la titularidad común y en pro indiviso del bien o bienes que se pretenden dividir tal como establecen las Sentencias de la AP de Barcelona, Sec. 12.^a, de 24 de octubre de 2014⁴², Sec. 18.^a de 14 de mayo de 2015⁴³ o Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña Sentencia de 11 de marzo de 2010⁴⁴.

Por último, cabe preguntarse si puede admitirse la acumulación al procedimiento de separación o divorcio de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando existe un único bien y no hay controversia en el inventario; en este sentido, la jurisprudencia no es pacífica, una parte de los tribunales no ve inconveniente en acudir a la acción de división de cosa común para liquidar la sociedad de gananciales cuando hay un solo bien y no hay controversia entre los cónyuges en el inventario, tal como mantienen las Sentencias del TS de 1 de julio de 1991 o de 12 de abril de 2000, postura que comparto; mientras

³⁹ PÉREZ MARTÍN, A. J., *op. cit.*, p. 4

⁴⁰ Si la cuenta bancaria es titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, no puede estimarse la acción de división de cosa común, pues aunque uno de ellos sostenga que el saldo es común se exige una declaración judicial previa de que pertenece a ambos, y ese pronunciamiento no puede realizarse en un proceso de familia.

⁴¹ No puede atenderse la petición de la parte del reparto de cuentas comunes previa inclusión de las cantidades que se dicen sustraídas por el demandado, en beneficio propio, puesto que estas cuestiones deben sustanciarse en un procedimiento declarativo.

⁴² Conforme a lo previsto en el artículo 232-12 CCCat (CCCat) es preciso que no exista controversia sobre la titularidad común y pro indiviso del bien en cuestión para parte de ambos litigantes, lo que aquí no ocurre.

⁴³ La posibilidad de ejercitar acumuladamente a la acción de divorcio, la acción de división de los bienes comunes exige de una parte que no exista controversia sobre su titularidad en común y pro indiviso y de otra y dado que se trata de una pretensión diferenciada que se formule de forma expresa en el escrito de demanda.

⁴⁴ El vehículo en cuestión es titularidad –cuanto menos formal– del esposo y lo que la esposa pretende en su demanda reconvencional es que se declare la titularidad conjunta junto con otro vehículo inscrito también a nombre del esposo, pero el procedimiento matrimonial no es el cauce adecuado para ventilar acciones reivindicatorias.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

que otra parte no admite tal posibilidad como apoyan las Sentencias de la AP de Granada, Sec.4, de 16 de enero de 2015 o la AP de Valencia, Sec. 10 de 22 de mayo de 2013.

IV.3 Ejercicio, procedimiento, competencia, sentencia y ejecución

El legislador ha previsto que la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa pueda ejercitarse acumuladamente en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad sin diferenciar entre la demanda de mutuo acuerdo o contenciosa de separación o divorcio, y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas. Ahora bien, como el art. 437 LE no menciona la posibilidad de acumular la acción de división de cosa común a la demanda de modificación de medidas, surge la duda si es posible tal acumulación y en ese sentido el pronunciamiento de los tribunales es favorable tal como recogen las Sentencias de la AP de Barcelona, Sec.12.^a, de 4 de septiembre de 2014 o Sec. 18.^a de 12 de febrero de 2014⁴⁵.

Para el caso de que la acción de división de cosa común la ejercite el actor, dice la Sentencia de la AP de Barcelona, Secc. 18.^a, de 14 de mayo de 2015, que deberá formularse de forma expresa en el escrito de demanda. Por el contrario, para el caso de que la citada acción la ejercite el demandado el cauce será mediante reconvención expresa y no incluir tal petición simplemente en el suplico de la contestación a la demanda, como indican las Sentencias de la AP de Barcelona, Secc. 12.^a de 24 de octubre o de 24 de julio de 2014.

De cualquier manera, cabe recordar que el ejercicio de la división de cosa común recogido en el citado precepto no es una obligación sino una facultad, en consecuencia, es posible su ejercicio antes de divorciarse tal como admite

⁴⁵ Debe asimismo estimarse la acción de división ejercitada en la demanda sobre la vivienda familiar que es propiedad de ambos. No cabe estimar inadecuación de procedimiento. Desde la entrada en vigor del CCCat se estima que la acción de división de cosa común puede ejercitarse no solo en los procedimientos de divorcio sino también en los de modificación. Pese a que el artículo 232.12.1 del CCC mantiene una redacción similar a la del artículo 43 del CF refiriéndose únicamente a los procedimientos de separación, divorcio, nulidad y eficacia civil de resoluciones eclesiásticas, no pueden excluirse los procedimientos de modificación. La Disposición Adicional quinta del CCCat que determina los procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable, se remite a los procesos matrimoniales en general, sin exclusión del de modificación de medidas, permitiendo que dentro del mismo proceso pueda ejercitarse la acción de división de la cosa común. Si tratándose de pareja estable, la ley permite el ejercicio de la acción de división dentro de un procedimiento de modificación de medidas, no puede impedirse el ejercicio de dicha acción en un procedimiento matrimonial. Y así se ha afirmado por esta Sala en sentencia de 13 de septiembre de 2012. Y recientemente en la sentencia recaída en el rollo 1157/2012.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

la Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 11.^a, de 13 de diciembre de 2013; durante el divorcio; posteriormente al divorcio o no ejercitarla nunca y permanecer en indivisión si ambos cónyuges están de acuerdo.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse para la tramitación conjunta de ambas acciones, la interpretación literal y lógica del art. 437 LEC es que se seguirán por los tramites del juicio verbal especial, debiendo por tanto rechazar la postura mantenida por un sector de los tribunales cuyo cauce procesal oportuno es el de tramitarse en pieza separada conforme a las normas del juicio declarativo que corresponda según su cuantía, como avala la Sentencia de la AP de Madrid, Sec. 22.^a de fecha 28 de febrero de 2014⁴⁶.

Respecto a la competencia, serán competentes tanto los Juzgados de Primera Instancia no especializados como los de Familia, que conozcan de la acción de separación o divorcio y de división de la cosa común, pues debe prevalecer lo establecido en la citada Ley 42/2015, de 5 de octubre que es posterior y de rango superior sobre lo dispuesto en el Real Decreto 1322/1981⁴⁷ en el que no incluía la acción de división de cosa común dentro de las materias que debían conocer los juzgados de familia para las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV y VII del libro I del CC.

En relación a la sentencia, su contenido además de declarar la separación o divorcio de los cónyuges y adoptar las medidas pertinentes en su caso, deberá pronunciarse sobre si procede o no la división de la cosa común poniendo fin a la copropiedad, sin que deba entrar a valorar o repartir los bienes. Cuando medie petición expresa por parte de alguno de los cónyuges, cabría la posibilidad de que el fallo de la sentencia se extendiese también al pronunciamiento en relación a si el bien es o no divisible, pues ello condicionará los trámites posteriores⁴⁸.

Finalmente, la manera de materializar la sentencia declarativa⁴⁹ de la división de los bienes en común es en la fase de ejecución, o bien se reparten los

⁴⁶ Es lo procedente dar a dicha pretensión el cauce procesal oportuno, que no es otro que el procedimiento declarativo que corresponda, formándose pieza separada al respecto que se encabezara con el escrito de demanda en su integridad.

⁴⁷ RCL 1981, 1566.

⁴⁸ PÉREZ MARTÍN, A. J., *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ La sentencia que declara la extinción del proindiviso mediante la venta del inmueble en pública subasta, va a tener un doble contenido constitutivo de declarar la extinción de la copropiedad dejando sin efecto un estado jurídico preexistente mediante la venta del inmueble en pública subasta, y al mismo tiempo de condena al que se opuso a la acción a estar y pasar por dicho procedimiento de realización del valor del inmueble y división del producto entre los copropietarios. Incluso aunque no utilice la palabra condena debemos considerar la existencia normal de esta doble naturaleza del fallo. Por ejemplo, la AP de Castellón, Sección 3, Auto de 21 de diciembre 2007, que declarativa el fallo: « contra X acuerdo la extinción de la comunidad sobre la finca registral n.º 0000 del Registro de la Propiedad de Lucena y declaró el carácter indivisible del dicho bien, debiendo, en caso de no lograrse un acuerdo entre los propietarios relativo a su adjudicación a favor de uno indemnizando al otro, venderse en pública subasta, con interven-

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

bienes entre ambos abonando un cónyuge al otro el importe de la parte del bien que pertenece al otro, o se vende el bien a un tercero o se subasta y se reparte entre ambos el precio obtenido en función de las cuotas de copropiedad tal como añade la Sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 12.^a de 8 de octubre de 2014⁵⁰. Cabe precisar que el citado precepto en su párr. in fine dice que «*Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos*» no se pronuncia sobre el procedimiento a seguir en fase de ejecución de sentencia y no existe precepto alguno específico en dicha fase.

V. LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO INDEPENDIENTE AL PROCESO MATRIMONIAL

Para el caso de que ninguno de los cónyuges haya ejercitado conjuntamente la acción de división de cosa común dentro del procedimiento de separación, divorcio o nulidad, es posible ejercitarla con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio pues de lo contrario nos llevaría al absurdo que los cónyuges ya no podrían dividir los bienes en común jamás. En este caso, el procedimiento a seguir podría ser el de la liquidación del régimen económico previsto en el art. 806 y ss. LEC o el declarativo en función de la cuantía de los bienes.

Ahora bien, para acudir directamente al procedimiento recogido en el art.806 y ss. LEC es necesario que previamente en la sentencia de separación o divorcio se hubiese declarada la división de la cosa común tal y como en la actualidad avala la doctrina o la jurisprudencia, de tal manera que no se puede acudir si falta el imprescindible ejercicio de la acción declarativa como afirman las Sentencias de la AP de Barcelona, Sección 12.^a de 26 de marzo de 2014, de 19 de enero de 2012 o Sección 18.^a de marzo de 2011.

Consecuencia de lo anterior, a mi juicio en la práctica, es mejor acudir directamente al procedimiento declarativo ordinario que corresponda y no al procedimiento de liquidación previsto en los arts.806 y ss. LEC. En ese sentido, Roca Trías va más allá y considera que no se puede aplicar el procedimiento de los arts. 806 y ss. LEC porque en el régimen de separación de bienes no

ción de licitadores extraños y con el producto de la hacer reparto entre ambos dueños en proporción a sus respectivas participaciones».

⁵⁰ La división de la cosa común mediante adjudicaciones concretas de los distintos bienes a cada uno de los partícipes en la propiedad dividida, con oposición al respecto por la contraparte, es una cuestión que debe ser resuelta en ejecución por vía del artículo 552-11.5 CCCat o artículo 806 y ss. LEC y no en fase declarativa del proceso.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

hay una masa común y las cargas recaen sobre los patrimonios individuales de los cónyuges⁵¹. Por lo tanto, el procedimiento declarativo correspondiente en función de la cuantía es al que se debe acudir a la hora de ejercitar la acción de división de cosa común tal y como apoya la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina al entender que en el régimen de separación de bienes, los cónyuges son titulares de diferentes bienes en pro indiviso no de una masa común de bienes sujeta a cargas y obligaciones, y por tanto, no es aplicable el procedimiento 806 y ss. LEC el cual está pensado para un régimen con una masa común que es preciso liquidar como sucede en el régimen de gananciales, como el supuesto más frecuente es la división de bienes inmuebles será el juicio ordinario el adecuado para tramitar la división de la cosa común.

VI. LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO EN EL RÉGIMEN DE GANANCIALES

VI.1 Cuestiones previas

Previamente a analizar la acción de división de la vivienda familiar, con carácter general debemos tener en cuenta que para ejercitar la acción de división sobre un determinado bien ganancial es necesario haber procedido previamente a liquidar la sociedad de gananciales, siguiendo los trámites legalmente previstos en el correspondiente procedimiento de separación o divorcio, a no ser que el patrimonio ganancial esté exclusivamente compuesto por el preciso bien a dividir, sin que sea necesario en estos casos liquidar formalmente la sociedad de gananciales para ejercitar la acción de división, pues no hay otra solución que la adjudicación por mitad y en proindiviso del bien en cuestión⁵². La vivienda familiar puede haber sido adquirida por ambos cónyuges en copropiedad ordinaria por cuotas, bien porque la compraron antes o en régimen de separación de bienes, o bien porque tenga carácter ganancial y tras la separación genera una situación de condominio o de comunidad ordinaria de la que se puede salir en cualquier momento solicitando la división de la cosa (art. 400 CC), salvo que se trate de un bien esencialmente indivisible, en cuyo caso, y a falta de acuerdo, se procederá a la venta pública del bien (art. 404 CC).

Por su parte, nuestro TS ha declarado que la extinción o disolución de la sociedad de gananciales da paso a un estado de liquidación de la misma, en el

⁵¹ PÉREZ MARTÍN, A. J., *op. cit.*, p 10.

⁵² SAP de Burgos de 11 de mayo de 2005. JUR 217671.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

que intervienen ambos cónyuges. Durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fuera otra) ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros. Por tanto, desde que se disuelve la sociedad de gananciales y hasta que se procede a la liquidación de la masa de la misma, nos encontramos durante este período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial (comunidad germana o en mano común) equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición. Una vez liquidada la sociedad de gananciales, asignadas las cuotas o bienes, se podrá solicitar que cese la comunidad⁵³.

VI.2 Concepto de vivienda familiar

En la Constitución Española (CE) no hay referencia alguna específica a la vivienda familiar y en el CC es escasa la regulación que dedica al régimen jurídico de la vivienda familiar y su protección, en caso de crisis matrimonial, tan solo se limita a establecer determinadas restricciones a la libre disposición recogidas en los arts. 90 B, 91, 96, 103.2, 104 y 1320 CC estableciendo éste último que *«Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos no pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»*. Por lo tanto, para la efectiva protección resulta indiferente el título en virtud del cual se ocupa la vivienda (derecho de propiedad u otro derecho real o perso-

⁵³ ANGUITA RÍOS, R. M.^a, «Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, p. 638.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

nal) pues afecta a todos los derechos por igual, tal como precisa «aunque tales derechos no pertenezcan a uno solo de los cónyuges»⁵⁴, siendo válido el principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Nuestro legislador no ofrece ningún concepto de la vivienda familiar, siendo las encargadas de ofrecer tal definición la doctrina⁵⁵ y la jurisprudencia. A ello, hay que añadir que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar la vivienda familiar, así en el art. 96 CC alude a vivienda familiar; en el art. 1320 CC a vivienda habitual; en el art. 1357 CC en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares, en el art. 1406 CC la vivienda donde tuviera la residencia habitual y finalmente en el art. 91 Ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familiar⁵⁶, al igual que Berrocal Lanzarot considero ésta última la más adecuada.

La doctrina, ha dado múltiples y diversas definiciones sobre la vivienda familiar, Ortega Díaz-Ambrona considera que «constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación». En cambio, Elorriaga de Bonis la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación» o

⁵⁴ SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio» en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986, p. 91; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid, Dykinson, 2010, p. 129. COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Navarra, Aranzadi- Thomson Reuters 2009, p. 1567. No obstante, para HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido, por Cándido Paz-Arez Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, T. II, Secretaría General Técnica, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991 p. 588, «esta precisión –si no inútil– no parece esencial, toda vez que la titularidad moralizara el tipo de consentimiento exigido en la norma, pero no latera en absoluto la eficacia del principio contenido en el artículo 1320, para cuya aplicación el dato básico –y suficiente– es la afectación del inmueble, su destino a vivienda familiar, y respecto a los muebles su carácter de uso ordinario».

⁵⁵ ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich, Pamplona, Universidad de Navarra 1986, p. 49. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 46-194. HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, p. 158. SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio», *op. cit.* pp. 87-90; DE COSSIO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid, McGrawHill, 1997, pp. 39-40; GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español» en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986, pp.70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, núm. 588, septiembre-octubre, 1988, pp.1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, Tecnos, 1999, pp.11-12.

⁵⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de cosa común» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 734, p. 3469.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

«como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia». Para Herrero García, es «el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar». En general, la doctrina coincide en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación. En esencia, el lugar donde habitualmente y con continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y le proporciona cobijo, además de seguridad e intimidad y además, considera que la vivienda familiar es el domicilio conyugal o domicilio familiar⁵⁷.

Por su parte, coincidiendo con la doctrina mayoritaria, la STS 1.ª de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020) conceptúa la vivienda familiar, como el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. y la STS de 31 de mayo de 2012, la define la vivienda familiar como el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia.

VI.3 El ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar tras la separación, divorcio o nulidad

El ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar en la liquidación o extinción de la sociedad de bienes gananciales por parte del copropietario no adjudicatario es una de las cuestiones que más se suscita en los Tribunales.

La primera cuestión que se plantea es cuándo se debe acudir al procedimiento de extinción del condominio o división de cosa común a la hora de liquidar la sociedad de bienes gananciales que ya ha sido disuelta previamente en virtud de resolución judicial. Dicha cuestión ha sido resuelta por el TS ya

⁵⁷ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, PPU, 1992, p. 21.; GIMÉNEZ DUART, T., «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», op. cit., p. 88; SANTOS BRIZ, J., «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y del ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Vialdridch, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 211, quien precisa que «es difícil concebir que la vivienda de una familia no sea el domicilio de la misma, es decir, el lugar de su residencia habitual para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles» (Art. 400 CC). Puede considerarse también como equivalente a «vivienda», el concepto de «hogar».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

desde la Sentencia de 1 de julio de 1997⁵⁸ al afirmar que el art. 400 CC sólo es aplicable cuando lo que está en comunidad es un bien o un único objeto en este caso la vivienda familiar (sin o con pasivo y sin o con garaje anejo) a liquidar en la sociedad de gananciales, no siendo necesarias las operaciones liquidatorias, pasando los cónyuges una vez disuelto el régimen de sociedad de bienes gananciales a ser comuneros sin necesidad de acudir a mecanismo liquidatorio alguno, resultando superflua e inútil toda operación de inventario y liquidación tal como establece la STS 12 de abril de 2000⁵⁹, la SAP de Zaragoza de 30 de octubre de 2001⁶⁰, la Sentencia Sección 1.ª de la AP de Barcelona, de 20 de septiembre de 2018⁶¹ o la STS de 5 de febrero de 2013.

En base a esta doctrina jurisprudencial se está aceptando por nuestros tribunales que cuando haya un único bien de una sociedad de gananciales disuelta, por ejemplo la vivienda incluso con derecho de uso⁶², no existe obstáculo alguno para que se ejercite la acción de división de cosa común a través del procedimiento ordinario en los juzgados ordinarios aunque la sociedad de gananciales no se haya liquidado previamente (STS de 25 de febrero de 2011), a sensu contrario, cuando haya una pluralidad de bienes integrantes de la sociedad ganancial pendientes de liquidar, habrá que acudir al art. 406 CC que ordena la aplicación de las norma de la división de herencia a los partícipes en la comunidad (Sentencia 12 de julio de 1996) y por ende al procedimiento previsto en los arts. 806 y ss. LEC.

Por lo tanto, en mi opinión se puede concluir que si bien el TS no describe cual debe ser ese bien, tiene cabida en el ejercicio de la acción de división cualquier bien de la sociedad de gananciales que por lo general suele ser la vivienda familiar.

La segunda cuestión que surge es si se puede ejercitar por cualquiera de los cónyuges la acción de división de cosa común cuando la vivienda familiar está gravada con una hipoteca, en este sentido, la respuesta dada por nuestra

⁵⁸ RJ 1991/5314.

⁵⁹ RJ 2000/1827.

⁶⁰ JUR 2001/333027. Recoge la doctrina del Tribunal Supremo que admite que cuando los únicos bienes comunes son el piso destinado a vivienda familiar y el garaje anejo se proceda a su liquidación mediante el procedimiento de división de la cosa común, a practicar con arreglo al art. 404 CC por ser cosa indivisible: «Conforme a lo solicitado por ambas partes, procede en liquidación de la sociedad conyugal, constituyendo los únicos bienes del matrimonio su división, a practicar con arreglo al artículo 404 del Código Civil, al ser indivisibles, de modo que si los condueños no conviniesen en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando al otro, se venderá a tercero, incluso en pública subasta, si alguno de ellos lo pide, y se repartirá su precio; con los reembolsos que se pasa a considerar».

⁶¹ ECLI: ES: APB:2018:82969.

⁶² El Tribunal Supremo en sentencias, entre otras de 1 de julio de 1991 y 14 de julio de 1994, mantiene dicho criterio incluso en aquellos casos en los que exista un derecho de uso atribuido por sentencia judicial.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

jurisprudencia es contundente «si»; sin embargo, a mi juicio no es conveniente su ejercicio, pues la vivienda no es susceptible de división material por ello solo puede procederse a su división económica que a falta de acuerdo entre los propietarios implica la venta y el reparto del precio obtenido, pero cuando la vivienda está gravada con una hipoteca, dicha carga subsiste con independencia de la permanencia del bien en posesión y dominio de ambos comuneros. En este caso, solo cambia el responsable pues como adquirente del bien está sujeto a una hipoteca y deberá soportar la ejecución por las deudas impagadas, pero no se convierte en deudor ni se subroga en esta posición y por tanto no se produce una novación de cambio de deudor de una obligación; es decir, el adquirente resultara afectado por la hipoteca en tanto que es responsable por su cualidad de titular del bien adquirido en subasta, aunque no se produzca una novación porque el deudor se mantiene. En definitiva lo que cambiaría en la adjudicación a un tercero es el titular de la garantía, no el de la deuda⁶³. Cabe recordar, que incluso tal como nuestro TS reconoce es posible ejercitar la división de la cosa común cuando la hipoteca es superior al valor del inmueble⁶⁴.

En este contexto, no es conveniente ejercitar la división de la vivienda con hipoteca por cualquiera de los cónyuges, pues para el caso de que se ejercitase la misma se daría una situación kafkiana, cual es que el nuevo adquirente no se convertiría en deudor de la hipoteca y que ambos comuneros dejarían de ser propietarios de la vivienda pero continuarían siendo deudores solidarios del préstamo o crédito hipotecario, salvo que hubiera consentimiento de la entidad de crédito de subrogación del nuevo adquirente en cuyo caso se produciría una novación.

La tercera cuestión a determinar es si es compatible el ejercicio de la acción de división del art. 400 CC sobre la vivienda familiar con el derecho de uso y disfrute atribuido a uno de los cónyuges copropietarios y a los hijos en proceso matrimonial como efecto regulado en el art. 96 CC⁶⁵. La doctrina

⁶³ STS 22 de febrero de 2012. ROJ STS1318/2012.

⁶⁴ STS 22 de febrero de 2012 «No es esta la situación del litigio, puesto que aquí se requiere la subasta para dividir el bien indivisible y no para la satisfacción de las deudas del propietario del bien. La hipoteca subsiste de acuerdo con lo que dispone el artículo 405 Código Civil y la división de la finca no altera el crédito hipotecario».

⁶⁵ Se trata de precisar si el cónyuge cotitular de la vivienda, y que ha sido privado de su uso puede ejercitar el derecho que asiste a todo condueño de no pertenecer en la indivisión. ROBLED VILLAR: «La actio communi dividundo ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial», La Ley, 1995-4, p. 982. En ese sentido, la STS de 22 de septiembre de 1988 (f. j. 3.º) ha estimado que «en situación de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio), llegada la sentencia firme», habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 96 del CC, pero si el piso es privativo y no se ha fijado «plazo prudente de duración del uso y no permitiendo nuestro derecho la perpetuación de la división», procede dar lugar a la división.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

mayoritaria defiende que es posible la acción de división, y en su caso, la venta en pública subasta pero manteniendo el derecho de uso y disfrute⁶⁶. Por consiguiente, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa común en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificado por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó⁶⁷, de manera tal, que la acción de división y el derecho de uso son perfectamente compatibles. El derecho de uso no limita la posibilidad de solicitar la división de la cosa común, sino que impone necesariamente que se respete y garantice su eficacia frente a los terceros adquirentes. El ejercicio de la acción de división ha de garantizar y respetar la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar mientras permanezcan las circunstancias concretas que justificaron su atribución. Sin embargo, no falta quienes afirman que a pesar de que la acción de división constituye un poder indiscutible e incondicional para cualquier cotitular, nuestro ordenamiento prevé una serie de restricciones legales o convencionales que pueden negar el ejercicio de esta facultad⁶⁸.

En este sentido, la respuesta dada por el TS ha ido variando, y si bien en un primer momento se inclinó por permitir el ejercicio de la acción de división sin traba alguna, procediendo a la venta de la vivienda familiar cuyo uso tenía atribuido uno de los cónyuges en sentencia de separación y ésta era indivisible, debiendo por ello desalojarla cuando se producía la adjudicación, tal y como mantiene la Sentencia del TS de 23 de noviembre de 1990⁶⁹; posteriormente, ha sido constante la jurisprudencia del TS entre cuyas Sentencias se incluyen la de 2 de diciembre de 1992⁷⁰; la de 14 de julio y 18 de octubre de 1994⁷¹; la de 3 de mayo de 1999⁷²; la de 26 de abril de 2002⁷³; la de 28 de marzo

⁶⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Las consecuencias de la adjudicación...», *op. cit.*, p. 384.

⁶⁷ STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003, RJ 7128.

⁶⁸ BLANDINO GARRIDO, A., «Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial», *La Ley*, 1998-2, D-104.

⁶⁹ RJ 1990, 9045.

⁷⁰ RJ 1992, 10250.

⁷¹ RJ 1994, 7722 y RJ 1994, 7722.

⁷² RJ 1999, 3428 «...acorde con la decisión que se emite de adjudicación en pro indiviso de la vivienda y la eventual disposición de la misma,... es aplicable en parte lo resuelto por el juzgador de instancia respecto a la adjudicación en comunidad de la vivienda en cuestión a ambos esposos y, en consecuencia, en punto a su valoración pueden cualquiera de las partes actuar a tenor de lo dispuesto en el artículo 1062, párrafo 2, en cuyo caso, el valor que se obtenga en esta pública subasta será justamente sobre el que tenga derecho el 50% cada uno de los litigantes, y sin perjuicio de, en su caso, la indemnidad sobre el derecho de uso familiar de la misma en los términos previstos en los arts. 90 y ss. CC...».

⁷³ La Ley 5521/2002.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

de 2003⁷⁴; la de 8 de mayo de 2006⁷⁵; la de 27 de noviembre de 2007; la de 3 de diciembre de 2008⁷⁶; la de 27 de febrero de 2012 y finalmente la de 5 de febrero de 2013⁷⁷ que matizan tal posibilidad en el sentido de afirmar que, si bien se permite el ejercicio de la acción de división de bien la atribución la cosa común, éste se hará garantizando y respetando la eficacia de la atribución de la vivienda familiar declarada al amparo del art. 96 CC, es decir, prevalece el contenido del citado precepto sobre el art. 400 CC mientras persista la actual situación de atribución judicial del uso del inmueble. Su fundamentación se basa en que el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges no impide la acción de división de la cosa común, de manera tal que la sentencia que acuerde que procede dicha división ha de garantizar el derecho de uso impidiendo que las personas que ocupan la vivienda familiar por atribución judicial puedan ser desalojados mientras persisten las circunstancias tomadas en consideración para su atribución. Por lo cual, el derecho divisorio que todo comunero tiene no afecta a la subsistencia del derecho de usufructo o de uso (cualquiera que sea su naturaleza)⁷⁸ que corresponde al otro cotitular ex cónyuge en virtud de la sentencia de divorcio, por ende, se mantiene indemne dicho derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común y el cónyuge a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes directamente del propietario único, o en la subasta mientras subsista la situación que dio lugar a dicho uso, lo contrario supondría vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente. En consecuencia, la subsistencia de dicha situación sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados o por decisión ju-

⁷⁴ La Ley 2036/2003.

⁷⁵ EDJ 2006/65268.

⁷⁶ ROJ: STS 6780/2008.

⁷⁷ ROJ: STS 341/2013.

⁷⁸ Aunque la doctrina sigue sin querer decantarse ante el binomio real/personal, en la doctrina más reciente, se decanta más por su naturaleza real frente a la personal y en ese sentido cabe citar a CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio 2014), pp. 9-39, la cita es a la p. 13, cuando afirma que «se comporta como un derecho real oponible erga omnes»; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, n.º 710, 2008, p. 2522, «...todo lo cual me inclina a mí a situarlo más cerca de un derecho real que otro de distinta naturaleza»; BERROCAL LANZAROT, A., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, n.º 734, 2012, p. 2497; DE VERDA BEAMONTE J. R., y CARAPEZZA FIGLIA, G. «El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, n.º 752, 2015, p. 3412 «...la calificación que mejor conviene a la naturaleza del derecho de uso...es la de un auténtico derecho real de disfrute sobre cosa, total o parcialmente, ajena». En cambio la jurisprudencia considerar que es un derecho personal tal como mantiene la STS, 1.ª, de 18.01.2009 (RJ. 1274; MP: Encarnación Roca i Trías) y STS, 1.ª, 13.10.2008 (RJ.5; MP: José Almagro Nosete).

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

dicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación al proceso matrimonial que se acordó, las razones se encuentran en la protección de la familiar y de la vivienda y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Por todo lo anterior, el art. 400 no plantea una cuestión relacionada con la facultad de disposición del que no tiene el uso de la vivienda.

Ahora bien, podría darse el caso de que quienes son copropietarios de la vivienda, no solo son los dos ex cónyuges, sino tres, el usuario, el tercero y el ex cónyuge, ante esta situación, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de cosa común, en este supuesto es diferente la consecuencia pues ya no se trataría de un acto de disposición y quedaría por tanto fuera del ámbito del art. 96.4 CC. De modo que, el tercero no solo estaría plenamente legitimado para ejercitar las acciones de división y posterior venta judicial, sino que, además no requeriría de ningún tipo de consentimiento del usuario, al no ser de aplicación el citado precepto. En este sentido, el tercero, cotitular, es ajeno a la relación conyugal, lo que le libera de tener que soportar sus consecuencias; la resolución judicial de la que trae causa, no le es oponible, pues no ha sido parte del proceso. El interés familiar, al que la atribución sirve, no es un interés que le afecte, en la medida que no es miembro del círculo familiar. Su interés como codueño es prevalente, en este caso, al interés del cónyuge usuario; por lo que el adjudicatario adquiere una vivienda libre de cualquier carga o limitación, como la que supone no poder disfrutar de su uso. Lo cierto es que no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido»⁷⁹. Tampoco se atiene al art. 96.4 CC, cuando la cotitularidad de la vivienda familiar es del cónyuge no usuario y de un tercero, si quien ejercitase la acción de división es el ex cónyuge no usuario, se señala que es preciso recurrir a la doctrina de litisconsorcio pasivo necesario, para que se dé traslado de la demanda al cónyuge, a fin de que si le conviene, se persone en el procedimiento en defensa de su derecho y en previsión de una maliciosa inactividad procesal del cónyuge titular. En todo caso, sólo se impedirá la sentencia estimatoria si el otro condueño no cónyuge no exige la división. De todas formas, si éste insta la división, ninguna posibilidad de actuación tiene el cónyuge usuario en defensa de su derecho⁸⁰. En este supuesto, no existiría base jurídica para demandar el con-

⁷⁹ ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 509; GARCÍA MAURIÑO, S., y DEL CAPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar, y actio communi dividendo», AC, núm. 5,31 de enero-6 de febrero de 1994, p. 84; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, p.361.

⁸⁰ GARCÍA MAURIÑO, S., y DEL CAPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso...», *op. cit.*, p. 86.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

sentimiento del usuario, por lo que el derecho de uso se extinguiría y solo le quedaría al usuario la posibilidad de solicitar una indemnización al cónyuge no usuario por el perjuicio que una acción que tales consecuencias le conlleva ⁸¹. Finalmente, si el tercero comunero no insta la acción de división sino la acción de desahucio frente al cónyuge del otro copropietario al que se le había atribuido el uso de la vivienda familiar en procedimiento de divorcio también prosperaría conforme a la STS de 18 de enero de 2010 ⁸².

Otra cuestión que se plantea es si el cónyuge beneficiario del derecho de uso y disfrute tiene una adjudicación preferente de la vivienda ganancial en su haber o si con la adjudicación del inmueble al no titular del derecho de uso y disfrute, se extingue este derecho ⁸³. Hay que decir, que el derecho de uso no concede al cónyuge beneficiario ningún derecho preferente y en ese sentido se ha pronunciado la STS de 9 de mayo de 2007; sin embargo, es bastante habitual que en la práctica forense se pretenda la adjudicación de la vivienda al cónyuge que tiene concedido el uso y disfrute como recoge la STS de 5 de febrero de 2013 ⁸⁴ y ello, a pesar de que dicha reclamación carezca de fundamentación legal y de que la atribución preferente sólo se admita en el supuesto del art. 1406.4 CC en los supuestos de muerte del otro cónyuge ⁸⁵.

¿Cómo se valora el derecho de uso de la vivienda conyugal para la atribución de los bienes comunes tras la liquidación cuando las sentencias de separación o divorcio atribuyen su uso a uno solo de los cónyuges o a él y a los hijos menores del matrimonio? Si se entiende que son estos últimos los beneficiarios directos de la medida de uso de la vivienda y no el cónyuge que los tiene bajo su custodia, estaremos ante un simple complemento de la contribución alimenticia, similar a la obligación que se presta en base al artículo 93 del CC, y como tal no computable en el momento de la partición. No habiendo hijos menores, dependerá de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho de uso. Si se entiende que no existe ninguna restricción al poder de disposición

⁸¹ CERVILLA GARZÓN, M. D., *op. cit.*, p.19.

⁸² (RJ 2010/1274) Dicha sentencia pretende unificar doctrina y cuenta con un voto particular de los magistrados don Xavier O'Callaghan Muñoz y don Antonio, Salas Carceller.

⁸³ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Las consecuencias de la adjudicación...», *op. cit.*, p. 386.

⁸⁴ Se adjudicó el 100% de la vivienda a quien vivía en ella, debiendo compensar a la otra parte, no admitiendo la subasta, ya que es «una solución que es totalmente respetuosa no solo con el derecho de uso atribuido a esposa en el proceso de divorcio, en cuanto consolida propiedad y uso, sino con los intereses de quien no lo disfruta por cuanto la venta en pública subasta, si es que se consigue en estas condiciones, va a impedir al esposo, participe al 50% de la propiedad, recibir durante un tiempo considerable la parte del patrimonio que legítimamente le corresponde y consiguientemente proveer al pago de una vivienda en la que acomodarse».

⁸⁵ RAMS ALBESA, «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales», *RCDI*, mayo-junio 1986, p. 819.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

y que el adjudicatario no tiene obligación de respetar el derecho de uso vigente, carece de sentido imponerle un valor. Si por el contrario, la adjudicación de la vivienda familiar a la esposa, aun sin hijos menores, constituye un derecho sui géneris, que debe tener acceso al Registro de la Propiedad y que puede por ello oponerse a terceros, no debe haber ningún inconveniente en valorar esa carga que va a condicionar la disposición posterior, introduciendo una ventaja económica en favor del adjudicatario o adjudicataria ⁸⁶.

Finalmente, la cuestión que surge es qué solución se puede plantear cuando los comuneros no llegan a un acuerdo para dividir la vivienda familiar y por tanto hay desacuerdo en que uno de ellos se adjudique en exclusiva el bien abonando al otro su valor o tampoco se ponen de acuerdo en venderlo a un tercero a través de una inmobiliaria. Establece la Sentencia del TS de 29 de marzo de 2010, que ante la falta de acuerdo entre los comuneros para dividir el objeto del condominio, la única solución posible es la venta en pública subasta ⁸⁷. Declarada la venta de la cosa común mediante subasta pública, no es válido el acuerdo adoptado por una parte de los comuneros sobre la celebración de una subasta previa entre los copropietarios tal como mantiene la Sentencia del TS de 22 de febrero de 2013; añade la Sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 30 de septiembre de 2013 que la venta en pública subasta goza de preferencia, puesto que el art. 404 CC dispone que «... si la cosa resulta ser indivisible y los condueños no convienen en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio». Con carácter previo a solicitar por el demandante la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños a fin de poder disolver el condominio, será necesario eliminar el derecho de uso y disfrute del ex cónyuge previamente, para ello, deberá obtener el consentimiento del cónyuge que tiene derecho de uso o en su defecto, autorización judicial que emanará del mismo órgano que atribuyó a aquélla el uso de la vivienda familiar en el procedimiento de separación matrimonial, (siendo estimatoria tal posibilidad en el supuesto de ausencia de hijos comunes o cuando éstos sean independientes económicamente y desestimatoria para el caso de que los hijos que estén bajo su guarda y custodia sean menores

⁸⁶ SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2002. JUR 273865.

⁸⁷ «... ante la falta de acuerdo entre los comuneros para dividir el objeto del condominio compensando económicamente a uno de ellos, la única solución posible es la venta, pues como señala la sentencia de 3 de febrero de 2005, “la divisibilidad de una comunidad no está en función del interés y apreciación subjetiva de una parte, que no puede pretender un criterio de divisibilidad que no conste de respuesta de igualdad objetiva a las respectivas cuotas”, de suerte que ante la falta de acuerdo de los interesados es ajustada a derecho la decisión judicial que ordena la división en pública subasta porque los tribunales no pueden imponer soluciones que requieren el acuerdo de las partes, razón esta última contenida también en las sentencias de 7 de julio de 2006 y 1 de abril de 2009».

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

de edad)⁸⁸; de lo contrario, aunque jurídicamente fuera posible, en la práctica sería inviable, pues supondría una restricción de facto de tal ejercicio ya que su venta en pública subasta se llevaría a cabo subsistiendo tal derecho y muy difícilmente va a ser adquirido un inmueble en el que el propietario no puede disponer de uso por tiempo indefinido⁸⁹; además, ello plantearía problemas prácticos tales como por ejemplo la legitimación de un tercero-adjudicatario para instar la modificación de la medida de atribución del uso, en el que no debemos olvidar que tal derecho de uso es un derecho familiar que deriva de un procedimiento de divorcio con lo cual sólo produce efectos entre las partes, y únicamente se puede extinguir por consentimiento entre los ex cónyuges o modificación de medidas, de manera tal, que si el ex cónyuge no usuario no solicita la modificación de medidas, el tercero adquirente carece de legitimación para incoar una modificación de medidas y el derecho de uso se mantendría *sine die*⁹⁰; o la merma económica que con respecto a su valor económico supone su transmisión a un tercero subsistiendo la carga de la atribución judicial de su uso. Ocurre, sin embargo, que la subasta regulada en la LEC solo está prevista para los casos de ejecución forzosa de deudas dinerarias y no contempla especialidad o norma específica alguna para estos casos en los que, en realidad, ambas partes tienen participación en el bien, pese a ello deberá regularse conforme a los artículos 655 y ss. del citado cuerpo legal y así lo mantiene la Sentencia de la AP de Asturias, Gijón, Sección 7.ª, de 6 de marzo de 2017⁹¹ al no decantarse

⁸⁸ En la práctica es sabido que para que una modificación de medidas tenga éxito es necesario que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias a las que dieron lugar dichas medidas.

⁸⁹ Así lo pone de relieve LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», en *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 298.

⁹⁰ LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C., «El derecho de uso de la vivienda familiar...» *op. cit.*, p. 298. Mantiene que subsistiendo el derecho de uso, la venta a terceros con reparto del precio se presenta como materialmente inviable aunque lo sea jurídicamente, pues como es natural ningún tercero está dispuesto a pujar por adquirir un inmueble gravado con un derecho de uso de duración indefinida e incierta, cuya extinción, además, depende del ejercicio de una acción judicial de vendedor, quien, por razones económicas, una vez enajenado el inmueble, perderá todo interés en la extinción del derecho de uso que grava el inmueble vendido.

⁹¹ «Los arts. 400 y siguientes del Código Civil no establecen claramente que trámites deban ser de aplicación en los supuestos en que se ejerce una acción de división de cosa común. En principio, tratándose de cosas esencialmente indivisibles, el art. 404 del Código Civil previene que “cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y se repartirá su precio”.»

El fundamento legal para proceder a la enajenación se encuentra en la remisión que el art. 406 del Código Civil hace a los trámites de la partición de herencia y concretamente al artículo al art. 1062 del mismo que señala que «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho de por su división podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

por la subasta voluntaria judicial que regula la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria recogida en sus arts. 108 y ss.

Aunque no existe una norma en la legislación hipotecaria que, expresamente, abra las puertas del Registro al derecho a usar la vivienda familiar, es unánime la doctrina y la jurisprudencia, y así proceden habitualmente nuestro registradores, que las resoluciones judiciales, provisionales o definitivas, que atribuyen el derecho de uso, podrán ser inscritas en el Registro. Para ello, se acude al art. 7 de la Ley Hipotecaria (LH), en cuanto admite la inscripción de acto o contrato de naturaleza real que pueda modificar facultades del dominio u otros derechos reales sobre inmuebles, y al art. 96.2 del Reglamento Hipotecario (RH), que, textualmente, se refiere a la inscripción de resoluciones judiciales cuyo contenido afecte a la administración o disposición de bienes cuya titularidad sea de otro cónyuge. En consecuencia, el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho personal con eficacia real u oponibilidad erga omnes cuando accede al Registro de la Propiedad; comportándose, en ese caso, como si fuera un verdadero derecho real ⁹².

Y si bien no es obligatoria la inscripción en el Registro de la propiedad del derecho de uso y disfrute de la vivienda conyugal, es importante que la persona beneficiaria de la atribución del uso exclusivo de la vivienda proceda a su inscripción en el Registro de la Propiedad, para que pueda hacerse valer si se interpone un procedimiento de división de cosa común. A estos efectos hemos de señalar la STS de 22 de abril de 2004 que declaró adquirente a un tercero de buena fe de la vivienda familiar, cuando el derecho de uso no había accedido al

El precepto distingue dos fases la de adjudicación de carácter facultativo y la de liquidación manifiestamente coercitiva, pero en el que en cualquiera de los casos deberá ser predominante la autonomía de la voluntad de los comuneros, tal como certeramente señala la Sentencia de instancia, y esto no sólo, por la aplicación de las normas de la división de la herencia sino por el carácter dispositivo del acto de división. Esta prevalencia de la voluntad de los copropietarios frente a los preceptos de la Ley es corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así en STS de 19 de octubre de 2012).

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que el hecho de que deba de procederse obligatoriamente a su venta no es razón objetiva para que esta deba de llevarse a efecto conforme a un procedimiento reglado (así se establece en las STS, Sala 1.ª, de 7 de julio de 2006 y de 10 de Mayo de 2013).

Ciertamente el art. 108 de la LJV establece que «Se aplicarán las disposiciones de este título siempre que deba procederse, fuera de un procedimiento de apremio, a la enajenación en subasta de bienes o derechos determinados, a instancia del propio interesado», regulando las subastas voluntarias, esto es, a diferencia del procedimiento de apremio forzoso, que siempre se insta por un tercero, acreedor, frente a los ejecutados. Pero en la subasta voluntaria, no hay posiciones encontradas entre los interesados para sacar a licitación un bien o derecho, debiendo, en principio existir una voluntad común de subasta del bien o derecho, puesto que en caso contrario la subasta dejaría de ser voluntaria.

⁹² CERVILLA GARZÓN, M. D., «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *Revista para el análisis del derecho*, www.indret.com, Barcelona, octubre 2017, pp. 6 y 7. En consecuencia, el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho personal con eficacia real u oponibilidad erga omnes cuando accede al Registro de la Propiedad; comportándose, en ese caso, como si fuera un verdadero derecho real.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

Registro de la Propiedad y la esposa al ser notificada no hizo observaciones sobre su derecho de uso por atribución judicial de la vivienda familiar.

Como conclusión es praxis judicial consolidada, en el caso de cotitularidad de ambos ex-cónyuges el considerar compatible el ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar con la atribución de su uso de forma exclusiva a uno de los copropietarios, decidiendo incluso la venta en pública subasta del inmueble, si bien dicha venta debe salvaguardar el derecho de uso y ocupación de la vivienda atribuida judicialmente, que quedará debidamente garantizado en tanto persistan los requisitos fijados en el art. 96.1 CC.

VII. LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO EN PAREJAS DE HECHO

Cabe preguntarse si es posible el ejercicio de la división de la cosa común en parejas de hecho, pues ni el CC ni la LEC regulan tal cuestión; sin embargo, esta posibilidad es admitida sin condiciones por cierto sector de la doctrina y en este sentido, O'Callaghan parte de que en la unión extramatrimonial cada conviviente tiene el dominio, administración y disposición de todos aquellos bienes que haya adquirido o adquiera por cualquier título, lo cual no impide que se adquiera algún bien concreto por mitad o proindiviso.

Entre la doctrina jurisprudencial que se pronuncia en estos términos, cabe destacar la STS de 4 marzo 1997⁹³, que rechaza la aplicación analógica a las parejas de hecho de normas que están fundadas sobre el matrimonio, y en concreto la de los regímenes económico matrimoniales; la STS de 29 octubre 1997⁹⁴, para la que, en cuanto a la liquidación de los bienes adquiridos durante la convivencia «more uxorio» no representa obstáculo alguno el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los arts. 392 y ss. CC; y la STS de 4 junio 1998⁹⁵, que en materia de uniones more uxorio declaró no ser posible aplicar las normas reguladoras del régimen legal de gananciales.

Por lo tanto, no cabe la aplicación analógica de la regulación establecida para el régimen económico matrimonial, pues al no haber matrimonio no hay régimen, tal como mantiene la STS de 27 de mayo de 1998 o STS 431/2010 de 7 de julio de 2010⁹⁶.

⁹³ EDJ 1997/695.

⁹⁴ EDJ 1997/7632.

⁹⁵ EDJ 1998/7120.

⁹⁶ ROJ 3530/2010.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

La SAP Asturias, Sección 5.^a, de 23 mayo 2005⁹⁷, negó la posibilidad de liquidar la sociedad de gananciales entre los convivientes *more uxorio* al no constar que dicho régimen fuere pactado por ellos, «toda vez que no existiendo pacto expreso que indique la presencia de un régimen económico acordado entre la pareja, sino que los datos extraídos llevan a inferir lo contrario, de manera que no puede alcanzarse la conclusión de la existencia de una comunidad de bienes acordada». En concreto, se destaca como indicio contrario a dicho pacto el hecho de que cada uno abonara por separado los recibos de amortización de la hipoteca del único bien inmueble que consta haber adquirido por mitad. Este extremo es suficientemente indicativo de la ausencia de ánimo de formar un patrimonio común.

Por la jurisprudencia a favor, cabe citar la Sentencias de la AP Madrid de 24 marzo 1999⁹⁸, que reconoce la existencia de una comunidad a mitad entre los convivientes, atendidas las especiales circunstancias concurrentes en el caso de litis: convivencia durante más de treinta años y trabajo de la conviviente subordinado al del; la Sentencia de la AP Guadalajara, Sección 1.^a, de 20 enero 2005⁹⁹ consideró constatada la voluntad por los convivientes «*more uxorio*» de establecer una comunidad de bienes, siendo elocuente la copropiedad por mitad e iguales partes de la vivienda litigiosa, figurando así inscrita en el Registro de la Propiedad, habiéndose subrogado ambos en el préstamo hipotecario, satisfaciendo el importe de las cuotas a través de una cuenta bancaria de titularidad conjunta.

En cambio, la Sentencia de la AP Toledo de 18 mayo 2000¹⁰⁰, entiende que la unión no matrimonial, por el mero hecho de iniciarse, no conlleva el nacimiento de un régimen de comunidad de bienes o la Sentencia de la AP Huesca, Sección 1.^a, de 8 septiembre 2006¹⁰¹, estima que aunque los litigantes formaron una pareja estable y dispusieron recíprocamente de los fondos de sus respectivas cuentas, ello no supone que existiera entre ellos una comunidad de bienes.

En el caso de la vivienda familiar o cualquier otro u otros bienes que tengan en común la pareja de hecho, pese a no constar regulado en el CC, el único cauce para dividirlos es la acción de división de cosa común por lo que la acción se tramitará conforme a las normas de los juicios declarativos (ordinario o verbal en razón de la cuantía) siendo competente el juzgado de Primera Instancia; ahora bien, dicha acción no puede acumularse al procedimiento de fijación de

⁹⁷ EDJ 2005/69848.

⁹⁸ EDJ 1999/11629.

⁹⁹ EDJ 2005/25417.

¹⁰⁰ EDJ 2000/14067.

¹⁰¹ EDJ 2006/284042.

LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL... ■

medidas paterno filiales, lo que sucede igualmente con las peticiones de pensiones compensatorias o indemnización tras el cese de la convivencia¹⁰². Sin embargo, el CCCat recoge tal cauce, concretamente en su Disposición Adicional quinta relativa a los procedimientos referentes a la ruptura de la pareja estable, tal como se indica en el apartado 2¹⁰³, debiendo acudir al mismo, ya sea para la vivienda familiar o para los bienes que tienen en comunidad ordinaria indivisa.

Si además la pareja tiene hijos comunes, en virtud del principio del «favor filii» y de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, se admite la aplicación de lo dispuesto en el art. 96.1 CC a las uniones de hecho en las que exista descendencia, en ese sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia está de acuerdo en atribuir el uso de la vivienda a éstos y al conviviente en cuya compañía queden, tal como lo recogen las Sentencias del TS de 27 de marzo de 2001, de la AP de Zaragoza de 7 de marzo de 2002 y de la AP de Barcelona de 17 de enero de 2003. El hecho cierto es que la ruptura de la convivencia plantea problemas muy similares a las parejas de hecho y a los matrimonios, y si bien la jurisprudencia se ha negado a aplicar a las parejas de hecho de forma indiscriminada las soluciones legales previstas para los matrimonios, ello no ha sido así cuando han existido hijos en evitación de posibles discriminaciones proscritas por la ley.

¹⁰² PÉREZ MARTÍN, A. J., op. cit. p 13.

¹⁰³ Las reclamaciones fundamentadas en lo establecido por los artículos 234-7 a 234-14 del Código Civil deben acumularse en un único proceso. En el mismo proceso, cualquiera de los miembros de la pareja puede ejercer la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa y uno de los miembros de la pareja lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos como una masa común a efectos de la formación de lotes y de su adjudicación.

