

UNIVERSIDAD DE GRANADA

LA CONSTITUCION CONVENCIONAL DE COMUNIDADES:

EL CONTRATO DE COMUNICACION DE BIENES

Tesis para alcanzar el Grado de
Doctor realizada por la
Licenciada:

M^a ISABEL TRUJILLO CALZADO

bajo la dirección del Prof. Dr.
D. Bernardo Moreno Quesada

V^o B^o

EL DIRECTOR

Granada, abril de 1.992

UNIVERSIDAD DE GRANADA

ACTA DEL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

Curso de 19 91 a 19 92

Folio

Número 228

Reunido en el día de la fecha el Tribunal nombrado para el Grado de Doctor de D.^s Maria Isabel Trujillo Calzado, el aspirante leyó un discurso sobre el siguiente tema, que libremente había elegido: La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes

Terminada la lectura y contestadas las objeciones formuladas por los Jueces del Tribunal, éste le calificó de APTO "CUM LAUDE" por unanimidad.

Granada 26 de JUNIO de 19 92

EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL,

EL VOCAL,

EL VOCAL,

EL VOCAL,

FIRMA DEL GRADUANDO,

INVESTIDURA ...

En el día de la fecha se ha conferido a D.
el Grado de Doctor en la Facultad de
conforme a lo prevenido en las disposiciones vigentes.

Granada de de 19

EL DECANO,

CERTIFICO: Que el Acta que antecede concuerda con la del expediente del interesado remitida a la Secretaría de la Universidad.

Granada de de 19

El Catedrático Secretario,

V.º B.º
EL DECANO,

LA CONSTITUCION CONVENCIONAL DE COMUNIDADES:
EL CONTRATO DE COMUNICACION DE BIENES

S U M A R I O

	Pág
PARTE I:	
LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA CONSTITUCION DE DERECHOS REALES.....	7
Cap. 1. Importancia teórica y práctica de la constitución voluntaria de comunidades.....	8
Cap. 2. El papel de la voluntad en la constitución de derechos reales.....	22
PARTE II:	
LA VOLUNTAD EN LA CREACION DE COMUNIDADES DE BIENES.....	30
Cap. 1. El origen de la comunidades de bienes.....	31
Cap. 2. Comunidades voluntarias y comunidasconvencionales.....	47

PARTE III:

EL CONTRATO CONSTITUTIVO DE COMUNIDAD.....	61
Cap. 1. Su posibilidad.....	62
A) Posiciones favorables de la doctrina y de la jurisprudencia.....	64
a) Derecho extranjero.....	64
b) Derecho español.....	77
a') Doctrina.....	77
b') Jurisprudencia T.S. y Res. D.G.R.N.....	88
B) Tesis contrarias y su refutación.....	92
a) Basadas en textos romanos.....	93
b) De base doctrinal moderna.....	99
C) Conclusiones sobre su posibilidad.....	116
Cap. 2. Su autonomía respecto de otras posibles funciones.....	120
A) Argumentos que la niegan y la definden.....	121
B) El contrato creador y el contrato regulador de comunidades. El alcance del art. 392-2º Cc.....	127
C) Constitución de comunidad y adquisición conjunta a tercero.....	133
D) La constitución de comunidad no es simple consecuencia de los modos de adquirir.....	138
Cap. 3. Concepto del contrato de comunicación de bienes.....	146
A) Concepto que se propone.....	147
B) Exégesis del mismo.....	148
a) Ambito: los bienes comunicables....	148
b) Pertenencia de los bienes comunicados.....	153
c) Finalidad: hacer comuneros a los	

contratantes.....	164
d) Amplitud: abarcar, o no, la regulación de la comunidad.....	165
C) Precisiones terminológicas.....	166
Cap. 4. Naturaleza de esta forma de constituir comunidades.....	167
A) Naturaleza contractual del acto constitutivo.....	168
a) Tesis del acto colectivo y su refutación.....	168
b) Tesis defendida: contrato plurilateral.....	171
B) Naturaleza de la constitución de comunidad.....	178
a) Negación del carácter declarativo..	179
b) Negación del carácter traslativo...	182
c) Tesis propuesta: acto modificativo.	186
Cap. 5. Caracteres de este contrato.....	195
A) Consensual, no real.....	196
B) Obligatorio, no transmisivo.....	198
C) Oneroso, no gratuito.....	204
D) Principal, no preparatorio ni accesorio.....	209
E) Conmutativo, no aleatorio.....	217
F) Sinalagmático.....	220
G) Causal.....	226
Cap. 6. Distinción de otras figuras.....	230
A) Del contrato de sociedad.....	232
a) Cosideraciones previas.....	232
b) El criterio de la <i>affectio societatis</i> :.....	237
c) Los componentes objetivos de la	

<i>affectio societatis</i> :.....	242
a') La naturaleza de la agrupación. La organización y la personali- dad jurídica.....	244
b') El carácter del ejercicio con- junto.....	247
B) Del contrato de permuta.....	261
a) Aspecto jurídico.....	262
b) Aspecto fiscal.....	266
C) De otros relacionados con las inciden- tales:.....	268
a) De mantenimiento de una ya consti- tuida.....	269
b) Modificativos de los elementos con los que se constituyó.....	275
c) Modificativos de su régimen regula- dor.....	280
d) De conversión de sociedad en comu- nidad.....	282
Cap.7. Elementos del contrato de comunica- ción de bienes	287
A) Personales.....	288
a) Del contrato y de la comunidad a crear.....	288
b) Clases de personas que pueden cele- brarlo.....	291
c) Capacidad necesaria.....	302
d) Legitimación:.....	308
a') titularidad de los bienes apor- tados.....	308
b') disponibilidad de los mismos...	311
B) Reales.....	312
a) Bien o bienes que pueden serlo.....	312
b) Clases de derechos susceptibles de ello.....	318
a') Derechos reales.....	320
b') Derechos de crédito.....	326
c') Propiedad intelectual.....	328
d') Empresa mercantil.....	329
e') El dinero.....	329
f') La aportación de solar.....	333
c) ¿Homogeneidad de los derechos?.....	336
d) ¿Derechos de titularidad futura....	341

C) Causal.....	343
a) Causa, tipicidad y función económico-social de la comunidad.....	344
b) Bienes y actividad en la estructura comunitaria.....	348
c) La causa concreta en la comunicación de bienes.....	351
D) La forma de este contrato.....	353
E) Elementos esenciales propios de este contrato.....	360
a) Determinación de los bienes a comunicar.....	361
b) Fijación de las cuotas.....	362
Cap. 8. Contenido: obligaciones que nacen de él.....	366
A) La comunicación de los bienes.....	367
a) Forma de realizarse.....	368
b) Derechos de los contratantes con motivo de la misma.....	371
a') En el saneamiento de lo comunicado.....	371
b') En caso de incumplimiento.....	374
c) Posición de los terceros.....	378
a') ¿Proceden los derechos de adquisición preferente?.....	379
b') Influencia de la comunicación en el arrendamiento.....	381
c') ¿Es ejercitable la acción revocatoria?.....	383
B) La permanencia en la comunidad creada.....	387
a) La estabilidad en las comunidades convencionales.....	388
b) Doctrina y jurisprudencia francesas.....	391
c) La ley francesa de indivisión de 1.976.....	395
d) La cuestión en el Derecho español.....	400
CONCLUSIONES.....	403
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA Y CITADA.....	415
JURISPRUDENCIA TENIDA EN CUENTA.....	429

PARTE PRIMERA

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA CONSTITUCION DE
DERECHOS REALES.

CAPITULO 1

IMPORTANCIA TEORICA Y PRACTICA DE LA CONSTITUCION
VOLUNTARIA DE COMUNIDADES

La importancia, tanto teórica como práctica, que tiene la consideración de cual sea la función que el Ordenamiento le reserva a la autonomía de la voluntad en el surgimiento y configuración de los derechos reales, es un aspecto del estudio de los mismos que, desde distintos puntos de vista, ha preocupado de siempre a la doctrina jurídica.

Ha preocupado también en el caso concreto de la constitución convencional de las comunidades de bienes, en el sentido de calibrar de distinta manera, la importancia que tiene ésta, en relación con las demás formas en que las mismas pueden constituirse.

Y así, mientras ha habido quienes consideran que la importancia práctica de la indivisión convencional es menor que la de la incidental, por suponer entre los individuos una convención que es, a pesar de todo, excepcional¹, otros, sin embargo, han afirmado que la fuente más

¹ NERSON, FAYARD Y BRETON "Indivisión", en Dalloz Droit civil, 1.973, pág. 32

numerosa de producción de comunidades es la convención, por derivar de ella varia ísimas formas de condominio, que no obstante nacer de contratos diversos, y teniendo fines distintos, están abocadas al resultado final que es la división de lo que se ha puesto en común en virtud de la convención respectiva².

Y no es solo entre los autores clásicos; anticipándose a lo que después sería un sentir extendido en la doctrina, la jurisprudencia y, finalmente, la legislación francesa, LEBRET³ al plantearse el tema del disfavor legislativo con que se venía acogiendo la comunidad y reconociendo los muchos inconvenientes que lo justificaban, se pregunta si no convenía determinar con cuidado si los inconvenientes referidos no desaparecerían en algunos casos de indivisión entre ellas la no sufrida, esto es voluntaria (convencional). Siendo esto así, y evidentemente lo es, el número de éstas (las

² PATERNO-CASTELLO DE BICOCA, L., "La comunione del beni nel Diritto civile italiano", Torino 1.895, pág.530.

³ "La notion de l'indivision dans le Droit français actuel (l'article 815 C.civ.) et les lois recentes". Tesis para el doctorado sostenida públicamente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Caen, publicado en ésta ciudad el mismo año 1.922., págs 16 y ss.

convencionales) aumentaría respecto al de aquéllas (las sufridas o incidentales).

Pero sea lo que fuere sobre este punto de la mayor ó menor frecuencia con que se presentan las de uno u otro origen (y el momento histórico en que se hacen las afirmaciones transcritas, parece reforzar la primera de las posiciones) lo cierto es que en lo relativo a su constitución, que es objeto del presente estudio, las convencionales plantean un número de problemas superior a los de aquellas: la propia posibilidad conceptual de que se den, la forma en que puede presentarse su respaldo legal ó las circunstancias con que han de configurarse, son, entre otras, las cuestiones que se han planteado o que pueden plantearse a propósito de las mismas, y que justifican su estudio.

Y se justifica, además, porque por bastante tiempo ha sido una figura, como dice ROCA SASTRE, R.M.⁴ "descuidadísima". Existe numerosa literatura jurídica acerca de la comunidad de bienes, pero de

⁴ "Naturaleza jurídica de la aportación social", Conferencia pronunciada en el I. C. Notarial de Valencia, publicada en la Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia, tomo 179, Madrid, 1946, pág. 420.s

ella está casi ausente la interesante figura del proceso o acto de puesta en común o comunicación de bienes. Es tratada ampliamente la situación de comunidad, copropiedad o condominio, pero en punto a las causas, orígenes o actos de creación o constitución de la comunidad existe una pobreza sorprendente".

E incluso, por no haberla tenido en cuenta, sino al contrario, puede haberse convertido la comunidad en ese "eterno rompecabezas para la doctrina civilista" de que habla CARUSI⁵, para el que la causa de este "tormento" es un error metodológico generalizado en su construcción dogmática: que es estudiada en función de la división (que al ser un *posterius* explica su eficacia retroactivo-declarativa); es un modo de *aparecer* más bien que un modo de *ser* del derecho, y al no habersele configurado así, considera que es la razón por la que se ha dicho de ella que es una *nebulosa* (BONFANTE), o que representa "un estado de cosas destinado a desaparecer sin dejar rastro de sí en la historia del Derecho y que es por tanto un *fenómeno*

⁵ "Osservazioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione", en la Riv. Dir. Commerciale 1.948, I, págs. 374 y s.

no un numero"(COVIELLO).

Por otro lado, no está de más llamar la atención (aunque quizás en un trabajo de investigación que se presenta como Tesis para el Doctorado, la elucubración científica, sin una aplicación inmediata a resultados prácticos, tenga una mayor justificación), sobre que esta importancia no sólo aparece en el aspecto doctrinal, sino que tiene también relevantes manifestaciones en la vertiente práctica, sobre todo teniendo en cuenta que la posibilidad de aplicación a esta materia de la autonomía de la voluntad, en los términos que vamos a considerar seguidamente, permitirá dar cauce a los legítimos deseos de los particulares de establecerla y configurarla en los términos que mejor se adecuen a sus intereses.

Y esta posibilidad es la que presenta la necesidad de que, como se argumentó en los trabajos preparatorios de la Ley francesa de 31 de diciembre de 1.976, entre la indivisión inorganizada, que constituye la comunidad incidental y que está destinada a ser disuelta rápidamente por la división, y la sociedad, persona moral que tiende cada vez más

a la permanencia, se haga sitio a una situación intermedia que se podría calificar como de indivisión organizada, menos integrada que la sociedad, pero dotada de una estructura flexible y, para el caso de dificultades, de una cierta estabilidad

La importancia, pues, de ésta investigación resulta establecida; y esta importancia, por otro lado, se manifiesta desde la doble perspectiva de lo teórico y de lo práctico:

Desde el punto de vista teórico, porque como pone de relieve DIEZ PICAZO⁶, para determinar el ámbito de actuación de la figura del negocio jurídico en materia de derechos reales, y el estudio de la constitución convencional lo es, "parece necesario volver, tomándolo como punto de partida, a alguna de las categorías elementales elaboradas por la teoría general del Derecho y, en especial a la doble función que el negocio jurídico, y a través de él la autonomía de la voluntad, realiza en materia de Derecho privado.

⁶ "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", vol. II, 2a ed., 1a. reimpresión, Madrid 1.986, pág. 103.

Doble función que ya habían apreciado PEREZ Y ALGUER⁷, al referirse a que en materia de derechos reales, la voluntad de los particulares (la autonomía privada) puede engendrarlos, modificarlos ó extinguirlos, mientras que la facultad (ó función) de configurarlos no se prejuzga, por estimar que falta en esta materia un precepto como el del art. 1255 (libertad de configurar el contenido) con respecto a los contratos, y los 688, párrafo 1, y 764 con referencia a los testamentos.

Desde el punto de vista práctico hay que destacar que incluso la mayor importancia en éste aspecto que pudiera derivarse del superior número de las constituidas de forma no convencional, aún admitiendo la certeza de este dato, tiene una significación muy relativa, pues ocurre también que no siempre el número es demostrativo de la importancia, en cuanto ésta puede estar determinada por otras circunstancias no siempre conectadas directamente a la forma de originarse.

⁷ Anotaciones al "Derecho de cosas" de WOLFF, vol. I del Tercer tomo de su "Tratado de Derecho Civil", con ENNECERUS y KIPP, trad. esp., Barcelona 1.936, pág.15.

Además de que con esta modalidad, con la convencional, se podrán superar muchos de los inconvenientes que, en la práctica, presenta la comunidad concebida como un estado precario, ó situación esencialmente transitoria⁸, con sus secuelas de inorganización y precariedad, en cuanto con ella, como se prevé en la ley francesa de 1.976, se puede actuar eficazmente sobre la escasez del régimen organizativo y sobre otro aspecto también perturbador, como es el de la duración⁹, tan restrictivamente contemplados (como, por otra parte, no podía ser menos) en las comunidades incidentales.

Antes aludía a una doble función: la creadora de relaciones jurídicas y la que opera sobre las mismas, estableciendo su contenido. Estas funciones -constitutiva y configuradora-, son de muy diverso alcance una y otra, según se trate de relaciones obligacionales o reales; en el campo de estas últimas, la relativa a la función configuradora

⁸ Así la califica, en su concepción tradicional establecida sobre el modelo de la incidental, OLIVEIRA ASCENSAO, "Direito civil Reais", 4ª ed., Lisboa 1.983, pág.262

⁹ ATIAS, "Droit civil. Les biens". 1, Paris s. f. (de 1.980), pág. 152, afirma que "la convención estabiliza la indivisión".

ha merecido un interés preponderante en detrimento de la constitutiva,¹⁰ lo que justifica la importancia de dedicar a la misma un estudio detallado.

Y al no haberse abordado el estudio de esta cuestión, no se han propuesto soluciones a temas importantes, limitándose las posibilidades prácticas que su admisión hubiera supuesto: el estudio que aquí se aborda es buena prueba de la trascendencia práctica que tiene el reconocimiento de la forma contractual de constituir comunidades; recuperar la posibilidad de una disciplina de esta manifestación del derecho real que, de otra manera, se confundiría o con el régimen legal establecido para ella como un bloque, por un lado, o con el régimen establecido para la sociedad, por otro, con los límites que les impondrían la naturaleza de una y otra figura.

Todo lo que acabo de exponer, creo que pone de relieve suficientemente el interés teórico que tiene la materia de los contratos relativos a la constitución, además de a la regulación y a la

¹⁰ Una buena prueba se encuentra en nuestro Código civil en esta misma materia de las comunidades de bienes: las normas que le dedica (arts. 392 y ss) tienen aquel carácter, como lo tiene también el contrato que prevé en el primero de estos preceptos.

extinción, de los derechos reales, y en particular a lo que supone en este campo la aplicación de ellos al tema de la comunidad de bienes y derechos, en los que habrán de explicitarse muchas de las cuestiones que antes se han dejado apuntadas.

Y en cuanto al interés práctico, creo que también resulta suficientemente justificado por la frecuencia con que se presentan cuestiones sobre esta materia, y la insuficiencia de la normativa legal sustitutoria, así como la naturaleza, muchas veces dudosa, en cuanto a la disponibilidad ó no por los particulares de muchos de los preceptos que la integran.

Otro punto de no menor interés es el frecuente recurso a la constitución de comunidades con preferencia a otras figuras similares, debido a razones de índole fiscal.

Preferencia que se manifiesta a veces, en la práctica de los negocios, en los casos de adquisición o puesta en común de ciertos bienes cuando los contratantes manifiestan su voluntad de excluir toda personificación jurídica de su grupo,

precisando en ocasiones que los bienes tenidos en cuenta permanecerán indivisos entre ellos¹¹

En cuanto a las razones de índole fiscal ha de advertirse que tal justificación que, al menos entre los no especialistas, sigue teniendo bastante predicamento, parece en la actualidad, y más aún en el futuro inmediato que significa el 1 de enero de 1.992, menos justificada que en tiempos pasados. Y es que el Fisco, atento y sensible siempre a estos mismos motivos, aunque por razones ciertamente distintas, procura neutralizar lo que por beneficiar al contribuyente redunda en su perjuicio.

Pero sea cual fuere el resultado de tales esfuerzos, y lo cierto es que la legislación sobre el tema ha resultado siempre compleja y no aclara muchas de las dudas que sobre el particular se han suscitado¹², sigue siendo muy frecuente el recurso a

¹¹ Así lo expone en relación con la práctica francesa FOYER, en su "Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la Proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative à l'organisation de l'indivision", pág. 4. En él pone también de relieve que los esfuerzos de la práctica (sobre todo notarial) y de la jurisprudencia habían ido hasta entonces hacia la organización.

¹² Vid. SANCHO CALABUIG, "Comunidades de bienes y Sociedades civiles ante el Derecho Tributario", en Gaceta Fiscal, nº 30, págs. 18 y ss. MARTINEZ HORNERO, "Las sociedades civiles, su tributación por impuestos directos", id. nº 53,

la comunidad como forma asociativa, y a ello no es ajena la finalidad de obtener un tratamiento fiscal más favorable.

En relación con este tema, el Profesor TEJERIZO LOPEZ se ha ocupado de la respectiva situación que, frente a la carga impositiva, ocupan la comunidad y la sociedad, tanto civil como mercantil, así como los miembros de una y otras agrupaciones. En efecto, en un reciente Congreso sobre "El ejercicio en grupo de profesiones liberales"¹³, el citado Profesor vallisoletano estudió muy detalladamente dicha problemática fiscal, tanto en lo que se refiere a la constitución (considerando el impuesto sobre operaciones societarias y el IVA), como al ejercicio de la actividad de tales entidades (respecto al que estudia comparativamente la Licencia Fiscal, y el que sustituyéndola gravará las actividades económicas, el IVA, el IRPF y el nuevo sobre el patrimonio). Del estudio comparativo, y partiendo de una tendencia a

págs. 203 y ss. y BAYOD PALLARES, "La personalidad jurídica de las sociedades civiles: su importancia tras la modificación del art.12 del I.R.P.F.", id. nº 54, págs. 19 y ss.

¹³ Celebrado en Granada los días 24, 25 y 26 de octubre de este año 1.991, y del que se publicarán de forma inmediata las ponencias y comunicaciones.

la equiparación entre comunidad y sociedad civil, parecen deducirse unas mayores ventajas para la fórmula comunitaria, lo que permite seguir incluyendo el tratamiento fiscal como una razón más de la importancia práctica que tiene la constitución de comunidades.

CAPITULO 2

EL PAPEL DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA
CONSTITUCION DE DERECHOS REALES.

Que la autonomía de la voluntad tiene un campo de actuación en materia de derechos reales, es algo que resulta evidente. Y no sólo por lo que respecta a la organización del contenido y actuación de los mismos (arts. 407, 469, 523 esp., 549, 598, etc.), sino también en su constitución (arts. 468, 523, 594, 1857 y ss, etc. todos ellos del C. C..

Se ha puesto de relieve a este respecto¹⁴ que el reconocimiento del negocio jurídico significa una libertad de iniciativa de los particulares en torno a la creación, modificación ó extinción de relaciones o de situaciones jurídicas y, por otra parte, un ámbito de libertad en punto a la configuración, a la reglamentación y a la determinación del contenido de tales relaciones jurídicas. Bajo el primer aspecto, la autonomía de la voluntad y el negocio jurídico significan que el hecho jurídico constitutivo - o modificativo o extintivo - de las relaciones o situaciones jurídicas

14 DIEZ-PICAZO, En su obra y lugar antes citados.

es una obra de la voluntad individual. Bajo el segundo aspecto significan la posibilidad de salirse de los moldes o de las categorías o disciplinas legales y, por consiguiente, la creación de figuras atípicas".

Es bien conocido el interés demostrado por la doctrina sobre este segundo aspecto, materializado entre otros (como los referentes a la imperatividad de las normas reguladoras) en los muy abundantes textos de la polémica sobre el *númerus clausus* ó *apertus* de los derechos reales. No ha sido así, en cambio, por lo que respecta a la primera de las cuestiones, la relativa al papel de la voluntad individual en la constitución de los derechos reales.

A este respecto en una original obra sobre multipropiedad y autonomía privada, UMBERTO MORELLO¹⁵, considera como una vacía manifestación de folklore jurídico y, en todo caso, una enunciación sólo formal de reglas desmentidas por el Derecho en acción, insistir repitiendo acríticamente los principios expuestos por la tradición, según los

¹⁵ "Multiproprietà e autonomía privata", Milano, 1.984, pág. 4.

cuales en lo que se refiere a ciertos sectores, la autonomía privada es limitada (por ejemplo en materia de derechos reales, de sociedades ó de familia) mientras que en otros es enteramente libre ó casi lo es.

Porque, efectivamente, en cuanto que autonomía de la voluntad significa libertad de iniciativa, hay que convenir que la voluntad individual y la autonomía privada conservan en el campo de los derechos reales el mismo ámbito de actuación que poseen en el resto del Derecho privado patrimonial; e incluso, como se ha dicho¹⁶ La limitación genérica que se establece en el art. 1255 lo es para todo el fenómeno de la autonomía privada: los pactos, las cláusulas y las condiciones de los negocios jurídicos, sean creadores de puras obligaciones o creadores de derechos reales, no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Siendo, por otra parte, la constitución forzosa ó heterónoma de relaciones jurídicas en este campo, en que efectivamente se dan, (usufructos legales, servidumbres forzosas, etc.) tan

¹⁶ SANTOS BRIZ, "Derecho de cosas", Madrid 1.973, pág. 7.

excepcional como en los demás ¹⁷.

Así pues, la presencia de la voluntad autónoma es fundamental en la constitución de los derechos reales; problema distinto es si dicha voluntad, manifestada en negocio jurídico, resulta suficiente.

Problema que se suscita porque en determinados sistemas jurídicos, como el francés y el italiano, es solamente obra de la voluntad individual a través de la celebración de los negocios jurídicos ¹⁸, mientras que en el nuestro se sigue una muy antigua tradición histórica, en virtud de la cual tanto la transmisión del dominio como la constitución

¹⁷ DIEZ-PICAZO, op. cit., pág.638.

¹⁸ Conviene recordar que en el "ancien régime" francés era necesaria, ordinariamente, la "traditio" para la transferencia de la propiedad, no bastando el solo consentimiento; de todas maneras, y sobre todo para los inmuebles, en la práctica notarial se habían difundido cláusulas que suponían una entrega inmediata: de hecho, aunque con muchos problemas y bastantes discusiones, el principio consensualístico se había difundido ya, y cuando se publica el "Code civil", el art. 1.138 no hace sino aclarar mejor la situación en relación con los viejos problemas que habían surgido en la práctica, afirmando que "la obligación de entregar la cosa queda perfeccionada por el solo consentimiento de las partes contratantes". Vid. BAUDRY-LACANTINERIE, G., "Precis de Droit civil", 13a ed., por GUYOT, P. Tomo I, París 1.922, nº 1395, págs 698 y ss..

de derechos reales exigen, de acuerdo con el art. 609 C.c., además del consentimiento ó voluntad de los interesados, unos hechos adicionales, que resumidamente son el traspaso ó investidura de la posesión, la llamada "traditio"; ante lo cual, DIEZ-PICAZO afirma que la cuestión radica en determinar si dado que en nuestro Derecho positivo toda modificación jurídico-real tiene que producirse "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición" (art. 609), el negocio jurídico no tiene más ámbito que el obligatorio.

¿Que papel juega el contrato en la constitución y transmisión de derechos reales?. Considera que, desde un punto de vista teórico, son dos las construcciones que pueden hacerse.

a) El negocio jurídico que está en el comienzo del iter de modificación jurídico-real por ser un contrato, tiene valor meramente obligatorio; la modificación jurídico-real se produce *a posteriori* y no por obra del contrato, sino por la de otros hechos ó actos jurídicos, independientes y posteriores, que en rigor son ya actos no negociales, aunque se lleven a cabo en ejecución y en

cumplimiento del contrato.

b) La otra posible forma de configuración del fenómeno que propone, y que a mi entender resulta más satisfactoria por acordarse mejor con la necesaria unidad negocial y con el espíritu de los principios que informan nuestro Derecho en el tema, -aunque se atenga menos a la literalidad de alguno de los preceptos en que se consagra-, consiste en pensar que cuando el negocio se endereza a conseguir la modificación jurídico-real, nos encontramos en presencia de un supuesto de hecho complejo ó de formación sucesiva en el cual los trámites finales (investidura posesoria, "traditio") no son hechos independientes del negocio, sino que forman parte de él y se integran dentro de él, de la misma manera que el cumplimiento de determinadas formas solemnes ó requisitos adicionales de publicidad. El negocio es entonces el fenómeno global en el cual cada una de sus porciones se integran como piezas diferentes de ese global mecanismo.

Una última e interesante afirmación del mismo autor sobre el tema, es la de que cabe observar que el ámbito de aplicación de la idea de negocio

jurídico en materia de derecho reales, desborda el plano de los negocios jurídicos bilaterales ó contractuales, ya que resulta clara la posibilidad de constitución de derechos reales, ó de modificación ó extinción de los mismos, por virtud de negocios jurídicos de carácter unilateral, tanto "mortis causa" (el testamento es cauce idóneo para constituir derechos reales), como "inter vivos", pues obra de la voluntad unilateral manifestada de esta forma es el supuesto de la constitución unilateral de la hipoteca, que regula el art. 141 de nuestra Ley hipotecaria.

Ideas, todas ellas, que es preciso tener presentes a lo largo de este trabajo, porque contribuirán a fundamentar mejor algunas de las posiciones que se defienden en él.

PARTE SEGUNDA

LA VOLUNTAD EN LA CREACION DE COMUNIDADES DE BIENES

CAPITULO 1

EL ORIGEN DE LAS COMUNIDADES DE BIENES.

Una primera aplicación de los principios que dejo aludidos en las páginas anteriores, es la que se refiere al papel que juega la voluntad de los particulares en la constitución de comunidades de bienes. Sobre este punto, es afirmación generalizada que la comunidad de bienes - ó su manifestación, la copropiedad - puede ser, por su origen, voluntaria ó incidental según que haya sido establecida ó no por voluntad de los interesados.¹⁹.

La distinción ^{de} comunidad voluntaria-comunidad incidental, y la utilización de este término, se encuentran en un fragmento de ULPIANO que, por otra parte, no pretende dar una enumeración completa, sino mostrar cómo la "*actio communi dividundo*" puede intentarse no sólo cuando se trata de condominio convencional, o de sociedad, sino para otras comunidades "en las que incidimos", y de

¹⁹ Por todos, ALBALADEJO, M., "Derecho civil", III-1º, 6ª ed., revisada por GONZALEZ PORRAS, J.M., Barcelona, 1.989, pág.390.

las que da algún ejemplo ²⁰.

Término éste de incidental, que es aceptado también por PAULO ²¹, y por la doctrina posterior; así POTHIER, clasificando las fuentes de la comunidad las divide en dos grandes categorías, contratos y cuasicontratos, comprendiendo en la primera todas las comunidades que derivan de una convención explícita (ej. compra, construcción en común etc.), y en la segunda todas las que derivan de otro motivo independiente de la voluntad de los condóminos, la cual no obstante sólo concurre en cuanto voluntariamente no se solicita la división, y se prefiere permanecer en estado de comunidad. Esta última categoría la llama también POTHIER "*communio incidens in qua incidimus sine nostra voluntate*".

Supone la comunidad incidental, aparte de

²⁰ Digesto, 17, 2, 31., "*Communiter autem agi potest etiam citra societatem, ut certa cum non affectione societatis incidimus in communionem ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul res empta sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit.*"

²¹ Digesto, 23, 25, 16, "*Non tamen dolum sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus sed incidimus in eum...Eadem sunt si duobus res legata sit, nam et hos conjunxit ad societatem non consensus sed res*".

cualquier otra matización que venga impuesta por el hecho de que se considere un tercero o aún mayor número de miembros en la clasificación, ausencia de voluntariedad en su constitución, de voluntad de constituirla, para ser más exactos; se incide en ella, los interesados caen en comunidad cualquiera que sea su voluntad, fatalmente, aclaración de BRANCA que no está de más, porque en alguno de sus supuestos interviene una cierta voluntad como integrante del acto de que es consecuencia la formación de la comunidad.

Esta circunstancia lleva a decir a PINTO COELHO ²² que una comunidad, considerada en sí misma, puede clasificarse como incidental aún en el supuesto de estar originada por un negocio jurídico bilateral: basta, dice, con que en uno de los lados de ese negocio no exista necesariamente una voluntad directa de crear una comunidad, resultando ésta de una simple acumulación de actos aislados.

Con respecto a la comunidad incidental,

²² "Da compropiedade (comunhao) no Direito portugues", II, Lisboa 1.943, págs 12 y s.

matiza el citado BRANCA ²³ que lo será en todos los casos en que surja por ley ó por el querer de un tercero, haciendo esta apreciación a propósito del que considera supuesto nuevo y aislado del legado de una misma cosa a varias personas, y toda vez que la misma se adquiere sin necesidad de aceptación: la comunidad se originará en este caso por la sola voluntad del *de cuius* manifestada en testamento, y ya que la renuncia al legado no excluye que, antes de producirse, haya habido comunidad entre los legatarios. Situación que es distinta a la que se produce en la sucesión como heredero, legítimo ó testamentario, en cuyo supuesto la instauración de la comunidad hereditaria se produce no sólo por la ley ó por la voluntad del *de cuius*, sino también por la aceptación de los herederos.

Estas matizaciones, que hace a la vista de la normativa italiana (cita sobre el particular los art. 649 y 713 y ss. del Codice civile), las completa excluyendo de las incidentales una comunidad que así se consideraba generalmente en la doctrina: la

²³ "Comunione" en el "Commentario del Codice Civile" que dirigió con SCIALOJA, Libro III, "Della proprietà", Bologna y Roma, 1.954, págs. 28 y ss.

derivada de la donación de un mismo bien a varias personas; asimilación que rechaza, argumentando que las normas de la comunidad hereditaria son inextensibles a este caso, y también que la donación es un contrato como cualquier otro.

Un intento muy interesante, en este orden de cosas, es el realizado por el portugués PINTO COELHO, que tras plantearse el tema examinando alguna de las tesis anteriormente defendidas, propone una sistematización en la que admite la distinción entre comunidad voluntaria y comunidad no voluntaria, atendiendo no al hecho creador de la comunidad en sí mismo, sino a la comunidad que de él resulta, por lo que estima que puede ser el acto voluntario y la comunidad involuntaria.

Parte además, y también contra los postulados generalmente admitidos, de no considerar a la ley como fuente de comunidades al lado de los hechos, por estimar que el hacerlo representa una confusión entre el plano de las normas jurídicas y el plano de las relaciones sociales que las normas disciplinan. Añade que en sentido genérico, la ley sólo impropiamente merece la consideración de fuente, siendo más bien un presupuesto, que nada tiene de

particular en el campo en que nos encontramos: la ley por sí sola no crea relaciones concretas de comunidad, como no crea ninguna otra relación jurídica; como mucho, en determinados supuestos, podrá convertir en jurídica una relación social preexistente sin ese carácter de juridicidad, pero no hace que la ley cree la relación, que ha de asentarse siempre en un sustrato de hecho.

Pero aplicando la tesis al tema de las fuentes de la comunidad (aunque no tanto para el de complementar el régimen jurídico de las situaciones creadas por las diversas fuentes), reconociendo que debe nacer ésta, como cualquier otra relación jurídica, de un hecho al que la norma atribuya ese efecto, no ve razón para dejar de emplear la clasificación de las fuentes hoy consagrada en la teoría general, que distingue los actos voluntarios de los simples acontecimientos o hechos materiales, subdistinguiendo los primeros según que la voluntad se destine o no a la producción de los efectos; de ahí que las comunidades sean también voluntarias y no voluntarias o incidentales ²⁴

²⁴ "Da compropiedade (comunhao) no Direito português", cit , págs. 3 y ss. No obstante reconoce que también en el Derecho positivo portugués aparece la ley, referida a veces como título

Si bien es cierto que ésta -comunidad voluntaria, comunidad incidental- es la manera más clásica de clasificarla, expresando la diversidad de orígenes posibles de la comunidad, también lo es que tal idea encuentra a veces otras formulaciones distintas ²⁵ : así, atendiendo a que la comunidad de bienes se origina a virtud de un supuesto de hecho a través del cual se logra su constitución,

de adquisición de los derechos y de constitución de obligaciones, pero se inclina a pensar, según la mejor interpretación, que con ello se pretende aludir a los hechos materiales ajenos a la voluntad de las personas, y de los cuales el ordenamiento jurídico hace surgir determinados efectos jurídicos.

No siempre se utiliza el término "incidental", sino que de forma más descriptiva se habla simplemente de la falta de voluntad en la constitución de las comunidades: así, CUNHA GONZALVES ("Da propriedade e da posse", Lisboa, 1.952, pág. 95) dice que acostumbándose a distinguir la copropiedad también (además de en ordinaria y forzada, según se tenga o no derecho a exigir la división, y por las cinco causas que puede tener, que recojo en la nota 26), en voluntaria e involuntaria; en el primer caso, los copropietarios quisieron la comunidad, que sólo de su voluntad dependía; en el segundo, surge por la fuerza de las cosas o por ella subsiste transitoriamente, como la comunidad de los herederos. Dice, por su parte O'CALLAGHAN, en su "Compendio de Derecho civil", III, 2ª ed., Madrid, 1.988, pág. 169, que "la comunidad de bienes y derechos puede ser originada por voluntad de los varios titulares, ó sin su voluntad".

²⁵ Contractuales y accidentales, las llama RAMPONI, "Della comunione de proprietà o comproprietá", Napoli y Torino, 1.922, pág. 70, libro que constituye la parte IV de "Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza", dirigido por FIORE y BRUGI.

DIEZ-PICAZO Y GULLON ²⁶ afirman que desde este punto de vista pueden distinguirse dos grandes tipos de comunidades: unas que tienen un origen legal y otras que se constituyen en virtud de un negocio jurídico; son las primeras las que aparecen impuestas por la ley cuando se da un determinado supuesto de hecho, como el caso de la conmixción ó la herencia, y las segundas las que se crean en virtud de un negocio jurídico celebrado por los comuneros con éste fin; como la compra en común de una cosa, ó la formación de varios lotes individuales.

Esta misma distinción es la que subyace en la ley 370 de la Compilación navarra, al establecer que las comunidades se constituyen: 1) Cuando dos ó más personas adquieren conjuntamente unos bienes ó derechos por cualquier título voluntario ó legal, y 2) Cuando el propietario único de una cosa ó el titular de un derecho enajena una cuota indivisa, pues ambas formas tienen claro origen legal, y la 3) Cuando dos ó más personas ponen en común determinados bienes de su respectiva propiedad para su atribución conjunta todos ellos mediante la asignación de cuotas

²⁶ "Sistema de Derecho civil", III, 5ª ed., Madrid, 1.990, pág. 87.

indivisas", que tiene origen negocial en cuanto que la ley se limita a reconocer la fuerza creadora de la voluntad de los interesados, cuando mediante la puesta en común y la atribución conjunta, tratan precisamente de crearlas.

A propósito de la referencia al origen negocial, se ha puesto de relieve ²⁷ que el elemento de diferenciación entre comunidades voluntarias y comunidades incidentales, no puede estar individualizado de manera exclusiva en la presencia ó ausencia del negocio jurídico, en cuanto serían configurables hipótesis típicas de comunidad incidental cuyo origen se encuentra en negocios jurídicos: este planteamiento se pone en relación con la función misma de la comunidad en la medida en que tal función deba ser ó no individualizada en el fin de goce común.

Frente a estas posiciones duales, que son las generalizadas, más excepcionalmente se han propuesto otras con base tripartita en la determinación de las fuentes de la comunidad: así se

²⁷ PUGLIATFI, "La proprietà e le proprietà" en "La proprietà nel nuovo diritto", Milano, 1.954, pág. 171.

ha distinguido ²⁸, según que la comunidad surja por ley, por contrato ó por hecho accidental, entre comunidades coactivas ²⁹, comunidades voluntarias y comunidades incidentales; clasificación que para otros ³⁰ debe mantenerse, pero denominando legales a estas últimas.

También se ha defendido la misma diferenciación de las comunidades por su constitución, en voluntarias (o convencionales), que

²⁸ PESCATORE, ALBANO Y GRECO, "Della proprietà", en el Comentario del Codice Civile, III, Torino, 1.968, pág. 12. Términos que matizando, voluntaria ó convencional, coactiva ó forzosa e incidental, propugna para clasificarlas, por el modo de constitución de la relación, FRAGALI, en "La comunione", I, Milano, 1.973, pág. 42, que es el volumen XIII-1º del Trattato de CICU Y MESSINEO.

²⁹ Conviene advertir de lo inconveniente que resulta utilizar el término coactivas para referirse a una clase de comunidades por razón de su origen, cuando la generalidad reserva la expresión para aludir, contraponiéndola a la ordinaria, a aquellas en las que se niega la facultad de pedir la división a los partícipes, por cuanto los bienes que son su objeto cesarían de servir al uso al que son destinados si se procediese a la división de los mismos, citándose el caso de los muros divisorios. Vid. DOSSETTO, voz "Comunione", en Novissimo Digesto italiano, VII. Torino, 1.957, pág. 860, que, por otra parte, las distingue en voluntarias (o contractuales) e incidentales, cuando los partícipes se encuentran en comunidad por efecto de un acto independiente de su voluntad (por ej. comunidad hereditaria, donación, etc.).

³⁰ BARASSI, "Proprietá e Comproprietá", Milano, 1.951, pág. 248.

surgen del acuerdo de los (futuros) partícipes, bien porque convengan en utilizar una cosa (y eventualmente en disponer de ella) en común, bien porque acuerden adquirir conjuntamente de un tercero (vendedor, donante, etc.) el derecho relativo a la cosa común; incidentales, las que no surgen del acuerdo de los (futuros) partícipes, sino que derivan de un hecho jurídico natural, del acto de un tercero, de la voluntad coincidente (pero no concorde) de los mismos comuneros (como por ej. las derivadas de cousucapión, del hallador de un tesoro con el propietario del terreno en que se encontró, de los perceptores de frutos de una cosa común, de la unión o conmixti3n, etc.); y forzosas, (tambi3n llamadas coactivas) que son aquellas (en buena parte tambi3n incidentales) que son las que un (futuro) comunero puede imponer a otro u otros si concurren determinados presupuestos legales (como las de los muros medianeros) ³¹.

Tambi3n se ha hablado de comunidades forzadas, que se fundamentan en una decisi3n judicial que aplica la decisi3n legal de conferir a

³¹ En estos t3rminos la expresa GUARINO, voz "Comunione", en la Enciclopedia del Diritto, VIII, Torino, 1.961, p3g. 78.

determinadas personas el poder legal de adquirir comunidad en ciertos bienes; que se unen a las que tienen su origen en un acto negocial, y a las que lo tienen en una disposición de la ley, que ante determinadas situaciones, directamente las establece³².

Esta tripartición, por otra parte, ya se había manifestado en los que, en términos diferentes, afirman ³³ que la comunidad puede ser fortuita, voluntaria, e incidental "como la hereditaria, la cual no puede calificarse de casual independiente de la voluntad, en cuanto no querida por las partes".

En atención al grado con que la voluntad interviene, originándolas, se ha considerado ³⁴ que son varias las causas que en surgir la comunidad

³² HENRIQUES MESQUITA, "Direitos reais". Sumarios das licoes en Curso 1.966-67, Coimbra 1,967, págs. 240 y ss.

³³ CATINELLA SCHIAFANI, voz "Communione" en el Digesto italiano, VIII-3º, Torino, 1.896-99, pág. 741.
Esta misma clasificación propugna MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil comentado", VII, en su 4ª ed. revisada y puesta al día por ORTEGA LORCA, Madrid, 1.944, pág. 253.

³⁴ PUIG PEÑA.F., "Tratado de Derecho civil español", III-1º, Madrid, s.a., pág.256.

: a) ó la voluntad misma, creándola, como la que tiene lugar entre los socios (art.1665 y ss. C.c. español); b) otros hechos distintos, en los que la voluntad interviene con menos intensidad, como la sucesión hereditaria (art. 1051 id.), ó c) otros hechos totalmente ajenos a la voluntad, como en la conmixción (art. 381). Conecta con las anteriores doctrinas al afirmar que estas últimas comunidades, en las que la relación no ha sido querida, se denomina tradicionalmente "communio incidens", y al tenerlas por comunidades "no voluntarias".

También en torno a la voluntad, siguiendo un orden lógico y preciso, y teniendo en cuenta las causas jurídicas de las que surge la comunidad y no los hechos de los que derivan y en los cuales la comunidad se manifiesta, dice PATERNO CASTELLO DI BICOCA.³⁵ que pueden reagruparse en tres clases las fuentes de la comunidad, según que las mismas deriven: a) de la voluntad de uno o de todos los comuneros; b) de la voluntad de los terceros, y c) del caso, o de la ley que puede crear una comunidad, o reconocerla si deriva de caso fortuito. Con estos

³⁵ "La comunione dei beni nel Codice civile italiano", Torino, 1.895, pág. 528.

y otros ejemplos que podríamos poner (y está la usual referencia al art. 825 del Código civil austriaco de 1,812, según el que la comunidad podría tener fundamento en el caso fortuito, en la ley, en declaración de última voluntad o en convención entre particulares, que acogieron FORNARI, VITALEVI y otros, que hacen enunciaciones total o parcialmente coincidentes con ella), creo que resulta claro cómo la presencia o no de la voluntad, es una circunstancia que identifica las comunidades por su origen.

Por ello podemos afirmar, recurriendo a una terminología utilizada por la doctrina francesa, que desde este punto de vista, la indivisión puede ser ó querida ó sufrida, según su constitución haya sido, ó no, consecuencia de un acto de voluntad de los titulares del derecho indiviso. Se describen así, con los términos utilizados, los dos grandes grupos de indivisión, que no sólo son distintos por su origen sino que también se diferencian por la actitud del legislador hacia ellas³⁶ por el régimen jurídico a

³⁶ La importante ley francesa de 31 de diciembre de 1.976 que vino a colmar una laguna del ordenamiento francés, que la jurisprudencia había atendido desde la publicación del Code, adopta una aptitud radicalmente distinta a la de éste. Efectivamente, los redactores del Código de Napoleón habían

que se encontrarán sometidas³⁷ y por la problemática que presentan, según tendremos ocasión de ir viendo a lo largo de éste trabajo.

dedicado a la materia sólo dos preceptos, de carácter general, en un intento como ha dicho NERSON ("Indivisión", en Dalloz Droit Civil, 1.973, con FAYARD Y BRETON, pág. 2) más que de organizarla reglamentándola, de eliminarla terminando con ella y negándola: estas dos disposiciones eran el art. 815, según el cual "nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión", con lo que el menor desacuerdo puede ponerle fin pidiendo la división, y el art. 833, que confiere a la partición efecto declarativo, con lo cual no sólo tiene eficacia para el futuro, sino también para el período desarrollado desde el nacimiento de la indivisión, que así se encuentra retroactivamente borrada.

Pero sucedió, como dicen los mismos autores, que los hechos no confirmaron las ideas simplificadoras del legislador: en muchas situaciones, los copartícipes estiman que, por algún tiempo al menos, las ventajas de la comunidad son superiores a sus inconvenientes; en otras, aunque se haya solicitado la división, ésta sólo se puede hacer de forma inmediata en las simples, por lo que frecuentemente es preciso esperar un cierto tiempo, a veces largo; en cuanto al efecto declarativo de la petición, se pueden neutralizar los actos de disposición realizados sobre los bienes indivisos durante la vigencia de la comunidad, pero es prácticamente imposible admitir que se puedan neutralizar igualmente todos los actos de administración de que dichos bienes hayan sido objeto.

Todo esto mostraba una actitud frente un modelo de comunidad, caracterizado por el dilema *inercia o división*, que llevó a la elaboración de la ley de 31 de diciembre de 1976 en la que se abren nuevas perspectivas a la autonomía de la voluntad tanto en la regulación de las comunidades sufridas, como en la transformación de éstas en queridas.

³⁷ En la ley francesa citada se decide utilizar la terminología, ya considerada clásica en materia de régimen matrimonial francés a partir de la ley de 18 de julio de 1.965, de distinguir un régimen primario y un régimen secundario de la indivisión, que tales autores consideran, y creo que con razón, menos clara que la utilizada por la ley, de indivisión sufrida e indivisión querida.

CAPITULO 2

**COMUNIDADES VOLUNTARIAS Y COMUNIDADES
CONVENCIONALES.**

Como se deduce de lo anteriormente expuesto, en todas las clasificaciones de las comunidades que se realizan atendiendo a su origen, aparecen las que surgen por voluntad de los individuos, las queridas, según la terminología a que acabo de referirme.

Una primera puntualización debe hacerse al respecto, indicando que si bien estas comunidades suelen denominarse voluntarias, no lo son por el simple hecho de intervenir la voluntad de los particulares, en cualquier forma que se produzca esta intervención: en efecto, ya en folios más atrás hemos tenido ocasión de comprobar que en muchas de las que tienen una calificación indubitada de "incidental" está presente la voluntad de alguno ó de varios, ó incluso de todos los sujetos interesados; lo que sucede es que en tales casos, aunque de cualquier forma haya intervenido la voluntad del hombre, la fuente de la comunidad constituida es siempre la ley; tal cosa ocurre por virtud de la propia naturaleza de

la comunidad; lo que inexcusablemente da lugar a ella, es que la titularidad de un derecho pertenezca (proindiviso) a varias personas, con independencia del título por virtud del cual les pertenezca el derecho de que se trate, en el que será indiferente, por tanto, la presencia o no de la voluntad de los sujetos (y así la comunidad surgida de la ocupación por varios de una misma cosa, creará una comunidad incidental no obstante la necesidad de una voluntad de los sujetos de hacer la cosa suya) ³⁸ También está presente esta misma idea en los números 1) y 2) de la ley 370 de la Compilación navarra antes referida.

Por eso resulta más preciso, y con frecuencia de esta manera se hace, referirse a la categoría de comunidades contrapuesta a las incidentales, como convencionales ó contractuales, para poner de relieve el modo en que la voluntad juega en ellas a la hora de su constitución ³⁹.

³⁸ LATOUR BROTONS, "La ocupación", en Rev. Der. Privado 1.957, pág. 264.

³⁹ Sin necesidad de cambiar la denominación, sino manteniéndola, se suele aclarar que tal es su sentido: así BRANCA, op. cit. pág. 28, dice que "es comunidad voluntaria la que nace del contrato de los copartícipes y su constitución no depende sino de ellos". O diciendo, como DOSSETO, "comunidad voluntaria (o contractual)...", voz "Communione", en Novissimo Digesto italiano, cit., pág. 860.

A este propósito, y para delimitar mejor la categoría, conviene insistir en el tema de las comunidades voluntarias no contractuales, refiriéndonos a una tesis que ha tenido mucho predicamento en momentos anteriores de la doctrina científica, más vinculada a los orígenes romanos (o mejor, tratamiento justiniano) de la categoría. Me refiero al cuasicontrato.

Efectivamente, se ha planteado el tema del carácter cuasi-contractual de las comunidades; se ha dicho que cualquiera que sea la causa eficiente de la copropiedad, incluso si lo es la convención, a dar fundamento a los derechos y obligaciones recíprocos entre los participantes para el tiempo posterior a la constitución de la comunidad, concurre también el cuasi-contrato, resultante, según la definición legal, del hecho voluntario de los participantes, los cuales no estando obligados a permanecer en comunidad, y pudiendo cada uno de ellos pedir la disolución, prefieren conservar las relaciones de una

comunidad de hecho ⁴⁰. Llamándose a éste cuasicontrato por los intérpretes *gestión de negocios comunes*, del que nacían un conjunto de obligaciones y una suma de derechos con el carácter, unas y otros, de absoluta reciprocidad entre los comuneros.

Frente a ello, observa RAMPONI ⁴¹ que la copropiedad que tiene su causa en un contrato es copropiedad contractual, no cuasi-contractual: porque si pudiendo cada uno de los copropietarios solicitar la disolución, todos prefieren seguir en comunidad, ésto lo que quiere decir es que ninguno ejercita la facultad de resolución unilateral del contrato acordada por la ley; ¿es que la sociedad sin límite de tiempo es un cuasi-contrato por ésto, porque los socios pudiendo renunciar a ella no lo hagan?. Lo que sucede, dice, es que la cuestión se plantea mal, porque se hace teniendo en cuenta la doctrina, que califica de errónea, que no ve fuera de la sociedad

⁴⁰ BIANCHI, "Corso di Codice civile italiano", IX, 3, pág. 794.

⁴¹ "Della comunione di proprietà o comproprietá", cit., págs. 71 y ss.,

otra comunidad que la incidental ⁴²; y precisamente por ser errónea no cabe pensar, por las razones ya expresadas, en una comunidad contractual que tenga naturaleza cuasi-contractual; por ello, terminando, la cuestión debe plantearse limitándose a establecer si las comunidades incidentales son cuasi-contratos.

Para el Derecho romano era así ⁴³, citándose asimismo otros Ordenamientos en los que, más claramente, se recoge esta concepción, como es el caso de los Códigos civiles de Chile, de Guatemala y de Colombia ⁴⁴.

⁴² Doctrina que examino con detenimiento en el próximo capítulo.

⁴³ Digesto & 3 s., I, *De obligationibus quae quasi ex contractu*, III, 27: "Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividendo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quos socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractus obligatus, quippe nihil inter se contraxerunt; sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu tenere videtur. - Idem juris est de eo qui coheredi suo familiae erciscundae iudicio ex his causis obligatus est".

⁴⁴ Arts. 2.304, 2.266 y 2.322 respectivamente, según cita de RAMPONI, en su obra cit. que es de 1.922.

En cuanto a la doctrina, ha habido algún sector de la misma que a partir de POTHIER la defendió: Se considera al ilustre jurista francés como el primero entre los tratadistas modernos que ha diferenciado la comunidad de otras relaciones afines, estableciendo los puntos para su distinción, para lo que escribió un breve tratado que añadió como primer apéndice a su "Tratado de la sociedad". En él consideró a la comunidad como una especie de cuasicontrato⁴⁵, de sociedad; basándose al formular ésta tesis en dos circunstancias: una, el origen al partir de la base de que toda comunidad surge de un modo incidental aunque una vez nacida pueden los comuneros transformar su estructura y convertirla en sociedad; otra, la regulación legal, que era semejante a la de la gestión de negocios ajenos, de clara naturaleza cuasicontractual. Esta posición, fue ya combatida por TROPLONG⁴⁶, que la detecta asimismo en un pasaje de CUJACCIO.

Preguntándose FORNARI como pudo incurrir

⁴⁵ "Traité du contrat de société", en el tomo II de las Oeuvres de POTHIER, Paris, 1.827, nº 181, págs. 84 y ss.

⁴⁶ "Droit civil expliqué", Paris, 1.833-1.835, vol. Société, nº 23, pág. 21.

tan ilustre jurista en lo que es considerado por la generalidad como un error, piensa que nació de no haber prestado atención a las diversas causas de las que puede surgir la comunidad: inducido a estudiarla por la que él observaba respecto a la sociedad, encontrando necesario en ésta el carácter contractual, supuso que la otra debía diferir de ella por la falta de este carácter; y puesto que eran grandes las semejanzas entre las obligaciones que surgen de una y otra, no pudiendo considerar a la comunidad como contrato, lo definió como cuasicontrato. Y termina diciendo que si hubiese penetrado más en la naturaleza de las cosas, habría encontrado que la comunidad puede proceder no sólo de un acto voluntario, que no sea convención, sino también de un verdadero contrato, como puede tener origen, también, en un caso fortuito; y entonces habría localizado en otros elementos la diferencia entre comunidad y sociedad ⁴⁷. Y por RAMPONI ⁴⁸ que pone de relieve como en éste caso la gestión no es de negocios ajenos, sino propios, y que, además, falta

⁴⁷ "Della comunione dei beni. Commento al titolo IV, libro II del C.c." Napoli, 1.881, págs. 6 y s.

⁴⁸ "Delle comunione di proprietà ó comproprietá". Nápoli-Torino, 1.922, pág.33.

el *animus aliena negotia gerendi*, ya que todo copropietario no actúa en interés ajeno, sino en su propio interés .

Desde un punto de vista que coincide en parte con éste se ha criticado la tesis de POTHIER considerando que obedece a la preocupación de distinguir la sociedad, que es un contrato, de la comunidad, que aparece generalmente sin la intervención de un acuerdo de voluntades, y así CLARO SOLAR⁴⁹ dice que el error del ilustre jurista francés "consiste en haber hablado de la copropiedad relacionándola únicamente al cuasicontrato de comunidad, como opuesto a la sociedad en la causa que le da origen. No es cierto, en efecto, que la voluntad no pueda intervenir en la comunidad originariamente y que solo se forme sin contrato alguno".

No obstante, total o parcialmente, algunos autores han compartido su tesis: así BIANCHI, con las

⁴⁹ "Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado", IV, De los bienes, Parte I, nos 375 y 376, págs. 505 y s., citado por SUPFRVIELLE, en "Condominio. Su naturaleza jurídica", Montevideo, 1946, pág. 157; éste a su vez (pág. 119) considera "indiscutible que pueda producirse un estado de condominio por acuerdo de partes, sin que haya llegado a integrarse una sociedad".

razones que dejo expuestas más arriba, que se situaba en la misma línea del clásico especialista italiano en tema de comunidad VITALEVI; consideraba éste ⁵⁰ que se da comunidad derivada de un cuasi contrato cuando por efecto del ejercicio de las relaciones derivadas de la misma surjan obligaciones entre las partes, que tienen analogía con las contractuales pero que no están precedidas de una convención, y surgen, como forma más frecuente, de la actuación de una sola de las partes sin que se dé la adhesión de la otra. En este caso, decía, "no hay un *consensus duorum in idem placitum*, sino un cúmulo de hechos y de comportamientos, en presencia de los cuales se generan por necesidad obligaciones y derechos: aquí, pues, la obligación nace del cuasicontrato y la comunidad como relación personal no podría explicarse de otra manera"; y en apoyo de tal conclusión cita otros diversos casos más.

Esta posición, es recogida entre nosotros por MUCIUS SCAEVOLA ⁵¹, defendiendo que es dable que

⁵⁰ "Della comunione dei beni", Torino, 1.884, vol. I, pág. 101.

⁵¹ "Código civil comentado", cit., VII, págs. 291 y ss.

una persona realice un hecho en la cosa propiedad de otro, sin el previo consentimiento del dueño ó dueños, de cuyo hecho se originen relaciones jurídicas; refiriéndose, además de al supuesto de la construcción sobre terreno común contemplado por VITALEVI, al de la conmixti3n realizada por voluntad de un solo dueño o, como dice, "por hecho del propietario de una de las cosas, cuando éstas no puedan separarse", lo que justifica con argumentos de nuestro Derecho positivo ⁵²; la admisi3n de esta categorí3a, le lleva a mantener como fuente de la comunidad, junto a la ley y al hecho fortuito, a "la voluntad de las partes ó de una" ⁵³, rechazando pues la moderna identificaci3n entre comunidades voluntarias y contractuales.

Lo que resulta claro es que en los últimos

⁵² Argumenta diciendo que la copropiedad nace del cuasi contrato en el caso presentado, porque la conmixti3n, o sea la copropiedad, se origina por acto de un dueño sin el consentimiento del otro. Que es verdadera copropiedad, pruébalo el art. 382, referente al caso consignado, declarativo de que los derechos de los propietarios se determinarán por lo dispuesto en el 381, el cual dice que "cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas", precepto análogo al del art. 393".

⁵³ Op. cit. VII, pág. 293.

tiempos se rechaza el cuasicontrato de comunidad como una tercera fuente de esta figura, habiéndose afirmado que cualquiera que sea la génesis histórica de la opinión que la consideraba como tal, puede estimarse ⁵⁴ que hoy aparece privada totalmente de fundamento, en cuanto que la figura del cuasicontrato, con independencia de cual pueda ser su definición general, no presenta aplicaciones sino para la "*negotiorum gestio*" y para la "*conditio indebiti*"⁵⁵; por lo que sí en las figuras de que se trate falta absolutamente todo elemento que tenga

⁵⁴ Así lo expresa VITUCCI (voz "Comunione", en el Nuovo Digesto italiano, III, Torino, 1.938, pág. 549) que si bien se refiere a su Derecho vigente, (Código civil de 1.865), por la similitud de regulación con el nuestro de 1.889 en las materias concordantes sus argumentos son de aplicación a éste.

⁵⁵ El tema de si además de éstos, regulados como tales en la ley, hay otros cuasicontratos, "atípicos" en expresión de ORTEGA LORCA, - que con este título publicó un trabajo (An. Derecho Civil, 1.948, págs. 493 y ss.) en el que defendía la afirmativa-, se resuelve últimamente en sentido negativo, pensando que los así denominados como tales en las dos sentencias de T.S. (de 8 enero 1.909 y 21 junio 1.945) que los admitieron, son realmente ó de enriquecimiento injusto ó de hechos sustancialmente encuadrables dentro de un cuasicontrato típico: Vid. ALBALADEJO, "Derecho civil", II-2º, 8ª ed., Barcelona, 1.989, págs 492 y ss., que hace referencia expresa a la consideración histórica de la comunidad incidental (entendida como no contractual) de bienes como un cuasicontrato. En el mismo sentido considera que se pronuncian GULLON, "Curso de Derecho civil: Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual", Madrid, 1ª ed. reimpr. 1.972, págs. 452 y ss. y NUÑEZ LAGOS en Código civil Comentado de MUCIUS SCAEVOLA, tomo XXX, vol.1º, Madrid, 1.957, págs. 154 y ss.

carácter contractual, debe forzosamente reconocerse que no puede surgir una comunidad de causa distinta, sea a las hipótesis previstas por la ley, sea a las otras en las que es necesaria una manifestación de voluntad dirigida a perfeccionar un contrato.

Pero con independencia del mayor o menor alcance que se le dé a esta categoría, resulta claro que si designamos como voluntarias a unas comunidades por el simple hecho de intervenir en ellas la voluntad del hombre, o incluso de los que van a ser comuneros, habrá de distinguirse, dentro de ellas, otra categoría más específica, la de las convencionales; y es que, en efecto, la voluntad de los sujetos, que pueden ser los mismos comuneros o personas distintas a ellos, se manifiesta en la creación de comunidades de formas diversas; y mientras en ocasiones las voluntades intervinientes van dirigidas sólo a la creación de situaciones que implican incidentalmente la comunidad, en otras se dirigen directamente a la creación de la comunidad como tal; a diferencia de éstas, en que la constitución de la comunidad es objeto específico de la voluntad formada y manifestada, motivo determinante de la misma (por ej. puesta en común de

determinados bienes), en aquéllas la comunidad no es directamente buscada sino una consecuencia inherente al fin que específicamente pretende conseguir, y que es aceptado (por ej. aceptación por varios de una donación hecha en común).

Por eso hay unas voluntarias simplemente, y otras convencionales, también voluntarias sin duda, pero en las cuales la voluntad interviniente es la de los que van a ser comuneros, que se manifiesta con ese fin y lo hacen de manera concorde.

PARTE TERCERA

EL CONTRATO CONSTITUTIVO DE COMUNIDAD

CAPITULO 1

LA POSIBILIDAD DEL CONTRATO DE COMUNICACION DE
BIENES.

El primero de los temas a considerar, por lo que tiene de cuestión previa en el tratamiento de la materia que nos ocupa, es el de la posibilidad de esta forma, convencional, de constituirse las comunidades de bienes.

Cierto es que a estas alturas del trabajo, cuando ya hemos tenido ocasión de estudiar el papel de la voluntad en el origen de las comunidades de bienes y nos hemos referido, y dado por sujeta, a esta figura de la comunidad convencional, el plantear su posibilidad puede suscitar perplejidad.

Pero debemos hacerlo, porque no obstante ser admitida por la generalidad de la doctrina -ya hemos visto muestras de ello en páginas anteriores-, no han faltado autores, aislados, que a lo largo de la historia y hasta nuestros días, han rechazado esta posibilidad, por estimar que las comunidades así creadas, son realmente sociedades, y deben someterse al régimen de éstas.

Por ello, y con el fin de completar y dar mayor rigor a este estudio, vamos a ver cómo se ha planteado y desarrollado este tema.

A) Posiciones favorables de la doctrina y la jurisprudencia.

Decía que la generalidad de la doctrina considera como una de las categorías de comunidad la que comprende a las que se constituyen convencionalmente: bien mencionadas expresamente así, bien embebidas, por falta de mayor especificación, en el grupo de las voluntarias, aparecen siempre que se trata de la diversidad de comunidades por razón de su origen.

Quiero aclarar que en la exposición de las opiniones sobre el particular, sólo recogeré las de los autores que de una manera cierta, directa, se refieren a la categoría con el alcance que aquí le damos.

a) Entre los clásicos se cita a ULPIANO, que alude a la donación de bienes hecha a varios individuos de forma indivisa, y a la compra de un

bien en común por dos personas, como hechos creadores de comunidad que encuentra su origen en el contrato que celebran los futuros comuneros con el tercero que les dona o vende, y que tiene estas comunidades contractuales como ejemplos de comunidad a fin de distinguirlas de la sociedad ⁵⁶.

Por su parte, y con referencia a textos romanos discutidos, que veremos más adelante, y que propiciaron la interpretación contraria, TROPLONG ⁵⁷ rechaza esta interpretación diciendo que "no es preciso sin embargo deducir de tales textos que la diferencia entre la comunidad y la sociedad, estén en que aquélla se forma sin contrato, mientras que ésta se forma necesariamente del concurso de dos voluntades"...y que "se puede poner en comunidad por una convención".

En las obras que se dedican específicamente al estudio de la comunidad, está presente asimismo el criterio de considerar el contrato como fuente de comunidades, independientes y separadas de la

⁵⁶ ULPIANO (30 ad Sab.) D. 17, pro socio 31.

⁵⁷ "Contrat de société", vol. I, n^o 21 pág. 3.

sociedad generalmente por el criterio de la "*affectio societatis*": éste es el de PATERNÓ-CASTELLO DI BICOCA⁵⁸, que considera al contrato como la fuente que más numerosas comunidades de bienes produce, entendiendo el contrato en un sentido amplio, y examinando diversos supuestos de ellos que después tendremos ocasión de estudiar.

En el mismo sentido, y en la voz correspondiente del primer "Digesto" italiano, se decía⁵⁹ que "la comunidad puede surgir de un contrato, pero que precisa no confundir tal caso con la sociedad, porque si es verdad que toda sociedad da lugar a una comunidad, no es verdad lo contrario".

Estudiando detenidamente el tema, con argumentos basados tanto en el Derecho romano, a los que más adelante me referiré, como en los Derechos modernos, y razonamientos detallados que se basan en

⁵⁸ "L. comunione di beni..", cit., pág. 531.

⁵⁹ CATINELLA SCHIFANI, G., Voz "Comunione" en el vol. VII, parte tercera, de "Il Digesto Italiano", Torino 1.896-1.899, pág. 741.

ellos, defendió RAMPONI ⁶⁰ la existencia de comunidades convencionales, y más precisamente copropiedades contractuales, como categoría diferente de las que surgen del contrato de sociedad; como él dice "la copropiedad puede derivar de contrato, sin por ello degenerar en sociedad".

Además de a los textos romanos, se refiere a los de otros Derechos modernos como el Código civil de Méjico (art.830; en el actual, la referencia se encuentra en el 939), que establecía que hay comunidad entre "los que por cualquier título legal tienen el dominio común de una cosa..", advirtiendo que entre tales títulos se encuentra el contrato, o el de Uruguay, en el que se precisa (art. 1,837) que "la simple comunidad de bienes o de intereses, aún resultantes de un hecho voluntario de las partes, no constituye una sociedad"; o los de Chile (art. 2,304), Guatemala (art. 2,266) y Colombia (art. 2,322), que al establecer que "la comunidad de una cosa universal o singular entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa,

⁶⁰ "Della comunione di proprietà o comproprietá", cit., pág. 36.

es una especie de cuasicontrato", con lo que distinguen entre sociedad, comunidad convencional y comunidad incidental, a la que califican de cuasicontrato. También en el Medjellé (Código civil otomano, de directa influencia germánica) el art. 1060 parte de que la copropiedad puede existir sin el consentimiento de los comuneros. ó en virtud del consentimiento de los mismos⁶¹

Estudia también el Código austriaco, que tras haber establecido que "la comunidad tiene su fundamento o en el caso fortuito, o en la ley o en la convención", añade que "las disposiciones sobre la comunidad de bienes nacida de convención, se contienen en el capítulo XXVII, titulado 'Del contrato sobre una comunidad de bienes', que es el verdadero y propio contrato de sociedad; tras diversas consideraciones sobre esta regulación, que para otros es indicativa de la concepción contraria, llega a la conclusión de que este art. 826 del Código austriaco parece negar la posibilidad de una comunidad convencional distinta de la sociedad.

⁶¹ Vid. CARDAHI, C. "La copropiedad", que lleva el subtítulo, "Sus diversos aspectos. Los problemas que suscita (Estudio histórico, crítico del Derecho musulmán comparado con las legislaciones modernas", París 1.931, pag. 10.

Paroce que la niega; en realidad, no la prevé", dice.

En isto en que este autor estudia muy seriamente el tema, e incluso frente a quien manteniendo su misma tesis para el Derecho italiano afirma que "la comunidad contractual está reconocida explícitamente por las disposiciones del...Codice civile...en los arts. 673 y 681"⁶², considera que es ir demasiado lejos, porque estableciendo que la comunidad de bienes sea regulada por ciertas normas sólo a falta de convenciones, la ley admite explícitamente la posibilidad de un contrato, el cual no crea una comunidad distinta de la sociedad, sino disciplina con pactos especiales (entre los cuales, eventualmente, el de la duración) la comunidad que no es sociedad y podría, en el concepto legislativo, ser sólo la comunidad incidental ⁶³. Argumenta RAMPONI en base al principio de la libertad contractual, que

⁶² RODINO, Voz "Società" en el vol XXI de "Il Digesto Italiano", Torino, 1.896-1.899, pag. 652, nota 7.

⁶³ Dato que es muy importante a la hora de valorar la posición de nuestro Código en el tema; frente a los que han estimado la existencia de un reconocimiento de la comunidad nacida de contrato en el art. 392, han coincidido en que no es así MIQUEL GONZALEZ, J.M. y MORENO QUESADA, B. que, por otra parte, mantienen tesis encontradas sobre la posibilidad de tal comunidad en nuestro Derecho, según veremos más adelante.

permite que varias personas puedan convenir poner algo en comunidad para un fin no contrario al orden público; cuyo fin puede ser bien el de dividir las ganancias que ello produzca, y entonces se tiene el contrato de sociedad, o bien no ser tal (como el caso de propietarios que construyen a expensas comunes un muro divisorio de sus fundos), y entonces se tiene un contrato de simple comunidad, una mera copropiedad contractual sin sociedad.

Años más tarde, aunque advirtiendo de la relevancia menor que tiene esta clasificación, VITUCCI ⁶⁴ distingue entre comunidad contractual y comunidad incidental, según que tengan por fuente la voluntad de los contrayentes, o una causa que prescinda de ella, como la voluntad de un tercero o el caso fortuito.

Uno de los autores que más han profundizado en el tema del contrato de comunidad, es el portugués PINTO COELHO, que le ha dedicado páginas muy sugerentes, y a muchas de cuyas observaciones o conclusiones habremos de referirnos más adelante.

⁶⁴ Voz "Comunione", en el Nuovo Digesto Italiano, vol. III, Torino, 1.938, pág. 549.

Reconoce la existencia, y trata detenidamente, de un contrato o convención de comunidad, que es el negocio jurídico por virtud del cual inmediatamente surge la comunidad como principal efecto deseado por los contratantes; y contempla además la existencia de otra manifestación de la comunidad convencional, cuando el acuerdo tendente a crearla exige la celebración posterior de nuevos negocios jurídicos.

Reconoce así explícitamente la categoría, y su estudio lo hace teniendo en cuenta la posibilidad de que en los supuestos del primer grupo surja una cierta confusión con la sociedad, aunque estima que tal confusión desaparece, aún en los casos de dificultad de apreciación de la "affectio societatis", a base de la idea de persona colectiva, presente en la sociedad y ausente en la comunidad, y de las exigencias legales de la constitución de las primeras. En razón de ello, concluye diciendo que "comunidad y sociedad son cosas distintas porque lo son los hechos de que resultan una y otra: convención de comunidad y contrato de sociedad no se confunden; en la primera, la transferencia de derechos es recíproca entre los contratantes, y en la segunda, se opera a favor de una persona diversa de ellos". Se

ocupa asimismo de distinguir el contrato de comunidad del de mutuo, relacionándolo también con los de compraventa, permuta y donación ⁶⁵.

Tras la publicación del nuevo Código civil en Italia, se ha visto por uno de sus más agudos comentaristas, G. BRANCA ⁶⁶, que en su comparación con el de 1,865 en esta materia se aprecian las dos o más corrientes doctrinales que afloran del "Corpus iuris": la que ve comunidad ("communio incidens") solamente en los casos en los que la fuente de la relación sea distinta del contrato, y aquella que considera que también la hay cuando deriva de contrato, si no hay "*affectio societatis*" ⁶⁷ a la

⁶⁵ "Da compropiedade (comunhao) no Direito português", cit., págs. 13 y ss.

También en la doctrina portuguesa, y con posterioridad, se ha estimado que el nuevo Código civil en varias de sus disposiciones expresamente prevé ó autoriza la constitución de una copropiedad; es lo que defienden NETO, A. Y HERLANQER, M., "Código civil anotado", 4ª ed., Lisboa, 1.982, pág. 772.

⁶⁶ "Comunione" en el "Commentario del Codice civile", libro 3º Della proprietà, Bologna-Roma, 1.954, págs. 11 y ss. especialmente en la 12.

Admiten, también bajo el imperio del nuevo Código, la existencia de comunidades contractuales N y F. STOLFI, en "Il nuovo Codice civile commentato", Libro III, Della proprietà, Napoli 1.944, pág. 395.

⁶⁷ Ver, aunque después los consideraremos con más detenimiento, los textos de GAYO D. 10, 3., 2 pr. (y también, implícitamente, ULPIANO D. 17, 2. 52 pr. y 12, 13) y ULPIANO,

primera, dice, se atenía el viejo Código, mientras el nuevo, consintiendo explícitamente la constitución voluntaria de una comunidad de goce, conecta más con la segunda.

Reconociendo, sin dudas, la existencia de comunidades convencionales, a efectos de su diferenciación de las sociedades, estima que si la relación nace de un contrato, para identificar de cual se trata es necesario examinar la intención de las partes, es decir, más o menos y a "grosso modo", si ha habido o no "*affectio societatis*" entendida no en el sentido meramente psicológico de las fuentes romanas (que tiene por desechado unánimemente por la doctrina actual, que cita, y probada su interpolación), sino en su significado, por así decirlo, objetivo y concreto, que es el que resulta del art. 2,247 del "Codice": habrá sociedad si las partes se han obligado a desenvolver en común, directamente o por medio de administrador, una actividad dirigida a la producción y al cambio de bienes o servicios para el fin egoísta de dividir las utilidades. Si, por el contrario, se adquieren en

D. 17, 2, 31-33.

común, o se aportan o se construyen juntos cosas, de las que se convierten en propietarios, sin obligarse por ello al ejercicio de una cierta actividad productiva, entonces surge la comunidad. Fin de ésta, dice la ley (art. 2,248 C.c.), es el goce de una o más cosas: en realidad, poco importa el fin por el cual se ha llegado al contrato o, mejor, importa sólo para la interpretación de éste; cuenta, por el contrario, que no se haya pretendido obligarse a uno o más actos económicos.

Esta misma tesis sobre la existencia de la comunidad contractual, y el criterio para diferenciarla de la sociedad, es compartida por DOSSETTO, con cita expresa del trabajo de BRANCA y de decisiones jurisprudenciales al respecto ⁶⁸.

Y por otro lado, la defendió BARASSI, L. ⁶⁹ cuando al tratar de las fuentes de la copropiedad, considera posible "que una comunidad de bienes contractualmente formada no constituya sociedad, lo

⁶⁸ Voz "Comunione (diritto civile)", en el Novissimo Digesto italiano, vol. VII, Torino, 1.957, pág. 860.

⁶⁹ "Proprietá e comproprietá", Milano, 1.951, págs. 248 y ss.

que verdaderamente no corresponde a la enseñanza de los viejos escritores del Derecho común pero está explícitamente previsto en el art.2.248".

Otros autores tienen por menos discutible el tema, y no se preocupan de argumentarlo, ni de plantearlo en relación con la sociedad, sino que hablan directamente, como hace GUARINO ⁷⁰, de una comunidad voluntaria o mejor, dice, convencional, para referirse a la que surge del acuerdo de los (futuros) comuneros, distinguiendo un autónomo contrato de comunidad, convenio de utilizar una cosa (y eventualmente disponer de ella) en común, de un contrato que la produce, en cuanto acuerdan adquirir conjuntamente de un tercero (vendedor, donante, arrendador, etc.) el derecho relativo a la cosa común.

De la misma manera, FRAGALI no sólo admite la categoría, según exponía más atrás, sino que construye con detenimiento todo lo referente a la comunidad voluntaria o convencional.

⁷⁰ Voz "Comunione (Dirittocivile)" en la Enciclopedia del Diritto, vol. VIII, 1.961, pág.

Así, considera las comunidades surgidas de un acuerdo entre los interesados con determinación espontánea. Y como quiera que las categorías que le opone son no sólo la incidental, sino la coactiva o forzosa, advierte que esta noción de comunidad voluntaria no coincide con la contractual, porque contractual puede considerarse también la comunidad coactiva, siendo contrato el negocio que resulta de la aceptación de la solicitud de comunidad, por lo que la comunidad coactiva puede surgir también de pacto entre presentes, si bien el consentimiento que a este fin se da por quien está obligado a prestarlo para la constitución de la comunidad, es en tal caso un acto debido, y aunque las partes no se hayan referido a la obligación legal de constituirla, es esta obligación la que resulta satisfecha ⁷¹. Con ello, lo que se trata es de evitar la acción judicial dirigida a obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato debido pero no concluido.

Distinguiendo, como hace, el título de la comunidad del título de la adquisición del derecho que es objeto de la misma, dedica unas extensas

⁷¹ "La comunione..." cit., vol. I, pág. 47.

consideraciones al título contractual de la comunidad, su estructura, caracteres, modalidades, etc. ⁷², que más adelante habremos de examinar también por nuestra parte.

Consecuencia de todo ello, es que a la hora de plantearse la cuestión de las relaciones y distinción entre las comunidades y las sociedades de personas, no hay referencia alguna a que pueda encontrarse en el carácter contractual de las segundas y no de las primeras, que en todo caso tiene por incontestable.

b) En el Derecho español, el tema se ha suscitado también, y las posiciones se decantan a favor de la existencia de comunidades de origen contractual, distintas de las sociedades, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia.

a') En lo que respecta a la doctrina, así

⁷² En el XXV, págs. 528 y ss, también del vol. I citado.

lo hace CASTAN TOBEÑAS ⁷³, que tras referirse a las teorías existentes, afirma que "en Derecho español no puede negarse la posibilidad de la comunidad convencional, ante la referencia que hace a los contratos, a propósito de las normas por las que ha de regirse la comunidad, el segundo párrafo del art. 392".

En la misma obra de MUCIUS SCAEVOLA donde el Maestro CASTAN se expresa así, y en el volumen donde se comenta la comunidad de bienes ⁷⁴, se afirma que cabe que dos o más personas expresen su voluntad de disfrutar una cosa en copropiedad de bienes, y en tal supuesto la fuente de ésta es el contrato, citando como ejemplos el acuerdo de compra de cosa de un tercero sin dividirla, la cesión por el deudor de todos sus bienes a sus acreedores, el usufructo u otro derecho real establecido por convención a favor de varias personas, y varios más.

⁷³ En el tomo XXV, parte 1ª, 1ª ed., Madrid 1.933. pág. 514, dedicado al contrato de sociedad, que realizó dentro y como continuación de la obra de MUCIUS SCAEVOLA "Código civil comentado".

⁷⁴ Tomo VII, 4ª ed. revisada y puesta al día por ORTEGA LORCA, Madrid, 1.944, pág. 290.

También el clásico comentarista MANRESA, tratando de los modos de producirse el estado de comunidad de bienes y derechos, examina la comunidad convencional, y dice que recordando las diferencias entre la sociedad y la comunidad de bienes, parece excusado asegurar que incidirán en error aquellos jurisconsultos que negaban de modo absoluto el contrato como fuente de la copropiedad, a la cual sólo asignaban la forma jurídica de un cuasi-contrato⁷⁵; y añade como ejemplos de estado jurídico de comunidad debida a la expresa voluntad de las partes, la que surge al constituirse la comunidad conyugal, las asociaciones voluntarias para el riego de predios inmediatos, la compañía familiar y el convenio que pueden otorgar los que, sin forma de sociedad, pongan en común sus bienes.

La recordada diferencia entre sociedad y comunidad, en este aspecto concreto, es la que le lleva a la afirmación⁷⁶ de que sostener que la sociedad se reviste siempre, como condición de su

⁷⁵ "Comentarios al Código civil español", cit., tomo III, 7ª ed. revisada y puesta al día por CALVILLO, Madrid, 1.952, pág. 514.

⁷⁶ Págs. 501 y s.

existencia jurídica, de la forma de un contrato, mientras que la comunidad puede ser tanto debida a un hecho accidental o voluntario cuanto a una estipulación expresa, es desde luego determinar una nota diferencial entre ambas instituciones; pero que desde el instante en que se conviene que es inadmisibile la teoría tradicional de que la comunidad no sea a veces nacida de un contrato, la diferencia queda reducida a los estrechos límites de que la sociedad existe únicamente mediante la convención, mientras que la comunidad puede subsistir, y en efecto subsiste frecuentemente, sin las formalidades del convenio.

Por su parte, DONDERIS TATAY, partiendo de la imposibilidad de distinguir, dentro del Derecho constituido español, la sociedad de la comunidad, "porque esta última también tiene lugar propiamente cuando se pone un bien en común, según contrato, sobre el que corresponde a los partícipes el uso y la participación en los beneficios", deja expresada su opinión favorable a la existencia de comunidades contractuales, ocupándose también con cierto detalle

del contrato que les da nacimiento ⁷⁷.

Estudiando el tema con detenimiento, propósito de la aportación social, y preguntándose sobre la comunidad de bienes de origen convencional, ROCA SASTRE⁷⁸ no duda en decir que la posibilidad del contrato de comunicación de bienes es evidente, lo mismo embebido dentro del contrato de sociedad civil ó mercantil, originante ó no de una persona jurídica, que fuera del contrato de sociedad", refiriéndose a la tesis de DONDERIS sobre el "contrato de copropiedad" y manifestando preferir el término "acto ó contrato de comunicación de bienes".

Aún reconociendo que si bien lo más frecuente es que la comunidad se derive de un hecho involuntario, como via herencia o un legado, MARIN LAZARO ⁷⁹ considera que también puede constituirse en virtud de un contrato, poniendo como ejemplos los

⁷⁷ "La copropiedad. Teorías. Derecho español", 1ª ed., Madrid, 1.933, págs. 79 y ss. y 87 y ss.

⁷⁸ "Naturaleza jurídica de la aportación social", cit., pág. 421 y s.

⁷⁹ "Sociedad y comunidad", en la Rev. Der. Privado, 1.942, pág. 695.

supuestos en que varias personas compran una cosa para dividirla o aceptan conjuntamente una donación.

SANCHEZ DE VELASCO,⁸⁰ que fue adelantado en la formulación científica con fines prácticos del tema que nos ocupa, considera "perfectamente admisible" éste contrato, "no solo por la declaración del art. 392 del Código civil, sino por el principio de libertad de contratación que domina nuestro ordenamiento jurídico" planteándose y refutándolas, las posibles objeciones que como "creación artificiosa" puedan hacérsele.

Opina "resueltamente" MARTINEZ SANTONJA⁸¹ que dada la libertad de contratación que informa nuestro Derecho civil, reflejada en sus artículos 1245, 1255 y 1258, no puede negarse la posibilidad de un contrato de constitución de copropiedad ó de constitución de condominio. No puede negarse, en

⁸⁰ "Problemas en torno a las agrupaciones de fincas pertenecientes a distintos titulares", Conf. de 7 de mayo de 1.948 en A.A.M.N., IV, Madrid, 1.952, espec. págs 267 y ss.

⁸¹ "Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción" Conferencia pronunciada en el I. Colegio Notarial de Valencia el 28 de enero de 1.950, 3ª ed., corregida y ampliada, con nota preliminar de LA RICA Y ARENAL, R., Madrid s/f, págs 39 y s.

suma, la posibilidad de una comunidad convencional", añadiendo a mayor abundamiento, la referencia al art. 392, cuyo alcance en relación con el tema concreto examinaré después. Además afirma que éste contrato de constitución de condominio "será, única y exclusivamente, de constitución de condominio, sin que nunca implique la constitución de una sociedad civil ni el nacimiento de una persona jurídica", refiriéndose a la distinción de una y otra figuras.

También para BELTRAN DE HEREDIA y CASTAÑO⁸² la comunidad puede tener un origen contractual en nuestra legislación, argumentando a base del párrafo 2º del art. 392 C.c. que establece, según su opinión, el fundamento y origen de estas comunidades en el acuerdo de los comuneros. Afirmación que hace ocupándose de la diferenciación de sociedades y comunidades, en razón del origen de unas y otras, y tras haber examinado específicamente la cuestión en diversos textos históricos y posiciones doctrinales.

⁸² "La comunidad de bienes en el Derecho español", Madrid, 1.954, pág. 41.

Este es el caso, asimismo, de DIEZ-PICAZO⁸³ para el que "la comunidad de bienes puede ser también convencional, y quedar voluntariamente establecida entre los comuneros. El art. 392,2º admite la posibilidad de comunidades por voluntad de los interesados..".

Con el mismo argumento, y refiriéndose también a la distinción entre comunidad y sociedad y en particular a su origen voluntario o incidental, resuelve la cuestión ALVAREZ CAPEROCHIPI⁸⁴, considerando que "el artículo 392 mantiene expresamente la posibilidad de comunidades convencionales".

También se plantea la cuestión CAPILLA RONCERO, estimando igualmente que del art. 392 de nuestro Código civil se desprende "la admisibilidad sin problemas de comunidades de origen convencional", lo que tiene especial relevancia porque tal afirmación la hace en su estudio del art. 1,678 del

⁸³ "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", cit., vol. II, pág. 761.

⁸⁴ "Curso de Derechos reales. I. Propiedad y posesión", Madrid, 1.986, pág. 189.

C.c. ⁸⁵.

Más recientemente, se ha ocupado del tema MORENO QUESADA, B. ⁸⁶, que defiende la existencia de comunidades convencionales, distintas de las sociedades, pero que se muestra contrario a considerar que la admisibilidad de un contrato creador de comunidad encuentre su respaldo, en nuestro Derecho, en el párrafo 2º del art. 392 del C.c.; y ello, por estimar que el contrato en él aludido lo está en atención de su función reguladora de la comunidad, esto es, contemplado como fuente de normas que ordenen la comunidad, y cuya ausencia provoca la necesidad de unas reglas que la organicen; necesidad que es la que lleva al legislador a establecerlas en los arts. 393 y siguientes del

⁸⁵ En el tomo XXI, vol. 1º de los Comentarios al Código civil de Edersa, dirigidos por ALBALADEJO, Madrid, 1.986, pág. 133. Aunque dudoso, puede interpretarse que este es el sentido de la alusión que hace al precepto ECHEVARRIA ECHEVARRIA en "La comunicación ganancial", Conferencia en el Volumen "Academia Sevillana del Notariado", publicada por Edersa, Madrid 1.988, pág. 121, que considera como supuesto típico y principal de la comunicación la constitución del condominio romano o copropiedad.

⁸⁶ En "La naturaleza jurídica de la comunidad contractual", trabajo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de Granada, nº 10, vol.II, del Homenaje al Prof. MIGUEL MOTOS GUIRAO, (Granada 1986), págs. 279 y ss.

Código civil.

Pero es que, añade, además de éste, o juntamente con éste, puede darse un contrato originador de una comunidad, lo que fundamenta en nuestro Derecho la posibilidad de una verdadera comunidad convencional, no de una sociedad, tanto si se autodota de reglas organizativas, como si por no entrar en ello, al faltar contrato (regulador), haya de regirse por las citadas normas del Título II del Libro II del Código civil, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2º del art. 392 del C.c.

Considera, finalmente (aparte de argumentos concretos de Derecho positivo, que más adelante habré de examinar) que el respeto a la autonomía de la voluntad, el no obligar a "caer" en la sociedad a quienes expresamente desean "estar" o "permanecer" en comunidad, abona con carácter general la solución que propugna; solución, dice, que es la mantenida por la generalidad de la doctrina y en las decisiones de la jurisprudencia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Porque, en efecto, tal es también la

opinión mayoritaria de nuestros tratadistas⁸⁷, no sólo de los recogidos en las páginas anteriores, sino de los que sin ocuparse del tema de una forma detenida y argumentada, al referirse a él sostienen la existencia de comunidades de origen contractual: tal es el caso de ALBALADEJO⁸⁸, DIEZ-PICAZO y GULLON⁸⁹, ESPIN⁹⁰, LACRUZ⁹¹, O'CALLAGHAN⁹², PEREZ y

⁸⁷ Ha de añadirse a ellos SERRA MALLOL, "El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles", Madrid, 1.991, págs. 89 y ss.

⁸⁸ "Derecho civil", III-1º, 6ª ed., cit, revisada por GONZALEZ PORRAS, Barcelona, 1.989, pág. 390.

⁸⁹ "Sistema de Derecho civil", III, 5ª ed., Madrid, 1.990, pág. 87, donde afirma que "en realidad, la creación por la vía convencional de una comunidad no deja de ser, en la mayor parte de las ocasiones, una hipótesis meramente académica".

⁹⁰ "Manual de Derecho civil español", II, 7ª ed., Madrid, 1.985, pág. 317.

⁹¹ "Elementos de Derecho civil", III, 2ª ed., Barcelona, 1.980, pág. 263, si bien al diferenciarla de la sociedad (pág. 264) parece mostrar ciertas dudas, al referirse al acuerdo, contrario a esta tesis, del T.E.A.C. de 13 octubre 1.970, del que dice se pronuncia "con tono acaso demasiado absoluto, pero que en términos generales coincide con la realidad práctica". Me ocuparé de éste más adelante.

⁹² "Compendio de Derecho civil", III, Madrid, 1.985, pág. 171.

ALGUER⁹³ y PUIG BRUTAU⁹⁴.

b') También nuestra Jurisprudencia ha mantenido esta tesis: el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de octubre de 1927, se dice que, "si bien la comunidad de bienes tiene diversas fuentes que la originan, es indudable que cuando nace por ministerio de la Ley, esta misma la regula, que cuando nace de contrato, la voluntad de los contratantes la determina en lo referente a sus derechos y deberes....". Y en otra de 13 de octubre del mismo año 1927, aún confundiéndolo con el regulador, dice que el Código civil, "al fundamentar el art. 392, determina como la comunidad debe su origen a los contratos o a disposiciones especiales, y solamente en defecto de ellas se rige por las prescripciones de dicho título".

En la de 26 de enero de 1,933, estableció

93 "Derecho de obligaciones", Doctrina especial, 2ª parte, 3ª ed., por FERRANDIS VILELLA, Vol. II del Tratado de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, Barcelona s.f., pág. 753

94 "Fundamentos de Derecho civil", III-2º, 3ª ed., Barcelona, 1.979, pág. 6. También en su "Compendio de Derecho civil", III, Barcelona 1.989, pág.146.

que para contrarrestar la afirmación de la Sala sentenciadora, que declara la existencia de una comunidad y no de una sociedad regular colectiva, sería necesario que el recurrente presentara la escritura de constitución de dicha sociedad otorgada conforme a los preceptos del Código de comercio", lo que "a contrario sensu" implica que, de no ser así, lo que se crea es una comunidad de bienes.

Y en la de 15 de octubre de 1,940, donde dice que "la doctrina científica señala como nota fundamental de diferenciación, aparte del origen o fuente de que surge, no siempre uniforme..", que BONET, en el detallado comentario que publicó sobre ella ⁹⁵, concreta diciendo que "la comunidad tanto puede ser debida a un hecho incidental o involuntario (conmixción, art. 381) -que será lo más frecuente- como a una estipulación expresa (aprovechamiento colectivo de las aguas, compraventa de una casa por varias personas para tenerla en común solamente, etc.)", considerando que "puede reducirse la diferencia a que la sociedad se constituye sólo mediante contrato, y la comunidad puede surgir sin

⁹⁵ En la Revista de Derecho Privado, año 1.941, pág. 36.

las formalidades de un convenio". El criterio de esta importante sentencia fue confirmado por el T.S. en otra de 10 de marzo 1.947.

El T. S. insiste en esta misma doctrina en otra Sentencia, de 16 de abril de 1,942, que se cita en la de 21 de diciembre de 1,970; y en ésta, a su vez, claramente establece que "es cierto que de igual manera que la comunidad, incluso la convencional, si no tiene finalidad de lucro no puede ser sociedad, tampoco la comunidad con fin de lucro será sociedad si no es convencional", exigiendo el fin de lucro como requisito diferenciador entre las sociedades y las comunidades convencionales, cuya existencia reconoce expresamente.

Considera de nuevo (en Sentencia de 27 de septiembre de 1,985) la necesidad de que haya constancia de la realidad de una sociedad, para que así pueda considerarse a una comunidad, surgida como hereditaria por la muerte de los padres de los litigantes, de la que formaban parte varios bienes, entre ellos un negocio industrial que se mantuvo en régimen de indivisión por acuerdo de aquéllos.

Se acepta asimismo la figura de comunidad contractual en la S. T.S. de 29 de octubre de 1.987, deduciendo esta naturaleza de "las palabras expresas en el contrato en cuestión" aunque contemple, a mayor abundamiento y para rechazar también las pretensiones del litigante en ese supuesto, la posibilidad de calificar a la figura creada por el contrato de sociedad civil irregular.

Con referencia a un tipo concreto de las mismas, la S. de 5 junio 1.989, se aprecia por el T.S. en el caso de autos la existencia de "una situación cada día mas frecuente en el marco de este tipo de relaciones jurídicas, representada por una Comunidad constructora-promotora integrada por mas o menos miembros, con la finalidad de adquirir terrenos en los cuales construir uno o mas edificios para su distribución horizontal en pisos y locales. Comunidades estas a las que en defecto de otra normativa, les son en principio de aplicación los artículos 392 y ss. del Código Civil", lo que implica también reconocer expresamente la existencia de comunidades convencionales.

También se ha ocupado del tema la Dirección

General de los Registros, que ha sido bien explícita y tajante sobre el particular: se trataba de un supuesto en el que dos personas, con el consentimiento de sus esposas, agruparon dos fincas colindantes de su respectiva propiedad, como gananciales de su matrimonio, solicitando la inscripción de la finca resultante, que pertenece en pleno dominio y con carácter ganancial a uno de ellos en dos quintas partes indivisas, y al otro en las tres quintas partes indivisas restantes.

El Centro directivo, por Resolución de 19 de mayo de 1,979, declara que "desde el punto de vista sustantivo y en base al principio de autonomía de la voluntad contenido en el art. 1,258 del C.c. no hay obstáculo legal que impida el que a través del correspondiente pacto, los propietarios de diversos inmuebles puedan constituir un condominio romano sobre la totalidad de los mismos y que a la vez se lleve a efecto el indispensable (para la inscripción) negocio que agrupe estas fincas en una sola e independiente"

B) Tesis contrarias y su refutación

Pese a la opinión tan generalizada que acabo de exponer, no han faltado quienes niegan la existencia de comunidades convencionales por su origen, por estimar que la presencia de un contrato en su constitución, determina el nacimiento de una sociedad.

a) En un primer momento, esta tesis encuentra su justificación en unos textos romanos que llevaron a que tratadistas tan insignes como CUJACCIO⁹⁶, DOMAT⁹⁷ y POTHIER⁹⁸, consideraran que por un lado existía la sociedad, *societas voluntaria* (sinónimo de comunidad convencional), establecida por el consenso de las partes, y de otro la comunidad incidental, *societas necessaria, quam fortuna offert, quae constituitur re ipsa, sine contractu*.

⁹⁶ "Opera omnia", 1.722, Vol. IX, col. 332, c (Ad lib. IV, c. 37 Pro socio).

⁹⁷ "Les lois civiles dans leur ordre naturel", 1.745, IV, lib.II, tit. V, pr.; sect. I, nos. 1 y 5, y sect. II, nº 1.

⁹⁸ "Traité du contrat de société", nº 2 y "Traité du communauté", nº 82.

Tales textos, son uno de GAYO en el que afirma *cum societate res communis est veluti inter eos qui pariter eandem rem emerunt*⁹⁹, y otro de ULPIANO¹⁰⁰, según el que *Nam cum tractatu habito societas coita est pro socio actio, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur.*

Pese a que algún autor, también basado en ellos, mantuvo más tarde la misma opinión¹⁰¹, los que con más detenimiento han estudiado el tema bajo esta perspectiva, ven las cosas de otra manera: así, RAMPONI¹⁰² considera que es correcta la distinción así planteada entre sociedad y comunidad, y que en Derecho romano la contraposición fue entre *societas* en el sentido específico de comunidad contraída *affectione societatis*, y comunidad constituida *non affectione societatis*, ya dependa esta simple

⁹⁹ Lib. 7 ad edictum provinciale. D. 10, 3. CD. 2 pr.

¹⁰⁰ Dig. 17, 2 pro socio, 31, y L. 25 párr. 16 familiae erciscundae.

¹⁰¹ Es el caso de DURANTON en su "Cours de Droit civil", vol. XXVIII, nº 320.

¹⁰² En su cit. "Trattato della comunione di proprietà", págs. 35 y ss.

comunidad de contrato ("comunidad convencional"), ya dependa de otra causa (verdadera y propia "comunidad incidental").

Esto, a pesar de que también la simple comunidad venga a veces calificada en los textos como *societas* (por ej. .."nos <legatarios> *coniunxit ad societatem non consensus sed res*"), y que la fórmula ".non affectione societatis incidimus in communionem.." se encuentra usada con referencia a la simple comunidad en general, esto es tanto a la comunidad convencional como a la verdadera y propia comunidad incidental.

De todas maneras, considera que estos mismos y otros textos más, demuestran hasta la evidencia las dos proposiciones siguientes: que el Derecho romano reconocía la posibilidad de una comunidad convencional distinta de la sociedad; y que se ponía en la *affectio societatis* el criterio de distinción entre sociedad verdadera y propia, y simple comunidad derivada de contrato, o de otra causa.

Para la primera de estas proposiciones,

puede resultar buen argumento el párrafo antes recogido que declara estar los legatarios constituidos en comunidad no por su concorde querer (*consensu*) sino por una mera eventualidad (*res*) (L. 25. ^a 16. *D Familia erciscunde*; L. 31. *D Pro socio*). Esto implica, en efecto, que se pueda estar constituidos en comunidad (simple) también por el mutuo consenso, (y entonces será comunidad convencional). Pero esto mismo es demostrado más claramente por algunas leyes que afirman este principio: si una cosa está formada *ex voluntate dominorum* con la mezcla de diferentes materias pertenecientes a diversos propietarios, tal voluntad determina precisamente la comunidad del todo, sea o no sea una cosa de nueva especie, y sean aquellas o no lo sean materias de la misma naturaleza (L. 7. ^a 8, *D. De acquirendo rerum dominio*; ^a 27 y s. I. *De rerum divisione*, II,1. Adde L. 5 pr. *D. De rei vindicatione*).

También para demostrar ambas proposiciones, la de existencia de comunidades convencionales y la de estar en la *affectio societatis* el criterio distintivo entre sociedad y comunidad, pueden aducirse varios textos, como el que excluye el

carácter social de la comunidad entre compradores de la misma cosa por partes indivisas, presuponiendo expresamente en ellos la falta de la *affectio societatis*; el que califica tal comunidad como sociedad, presuponiendo implícitamente la existencia de aquella *affectio*; y el que ofrece un ejemplo de comunidad contractual, bien lejano del ser de la sociedad, en la comunidad entre personas que habían adquirido un objeto en subasta para evitar la recíproca concurrencia (L. 2. pr. D. *Communi dividundo*; LL. 31-33 D. *Pro socio*).

Por su parte, DELHAY¹⁰³ hace un profundo y detallado estudio de los textos romanos, bajo la luz de unas apreciaciones previas que ayudan a una mejor comprensión de los mismos: una, la de que sociedad e indivisión y comunidad se vinculan directamente a una sola institución originaria: el *consortium*; con lo que pone de relieve que se trata de fenómenos cercanos que definen solamente las necesidades que les habían hecho nacer, y que han

¹⁰³ En su muy notable Tesis Doctoral, "La nature juridique de l'indivision", que lleva el significativo subtítulo de "Contribution a l'étude des rapports de la notion d'indivision con les notions de société civile et de personnalité morale", París, 1.968, págs. 35 a 42.

evolucionado hasta nuestros días; evolución que también se produjo ya en el propio Derecho romano¹⁰⁴, como instituciones vivas que eran, lo que le lleva a preguntarse si la distinción se hizo en Roma y si, más particularmente, el acuerdo se ha realizado sobre un distingo único.

Considera que las dudas se han planteado a la vista de unos fragmentos que ponen de manifiesto la ausencia de una formulación precisa del fin de la sociedad, que por ello aparece con una concepción amplia que permite justificar la tendencia, evocada por varios textos, de reunir todas las comunidades contractuales bajo la etiqueta de sociedad. Pero, añade, un análisis más detallado de ellos, discerniendo más allá del contrato la situación jurídica que en éste se crea, hace que haya de reservarse la cualidad de socio a aquellos que han deseado beneficiarse de ella. Los asociados sobrevivientes que proseguían las actividades comunes, creaban entre ellos una nueva sociedad; por

104 ARIAS RAMOS, en "Los orígenes del contrato de sociedad: *societas* y *consortium*", Rev. Der. Privado 1.942, pág. 143 y ss. Aporta datos muy interesantes sobre el tema que también recogen SANCHEZ VELASCO, op. cit., págs. 267 y ss. y BELTRAN DE HEREDIA, op. cit., págs. 117 y ss. con abundante bibliografía extranjera éste último.

el contrario, los que no habían pretendido formar una sociedad, no podían invocar más que las reglas de las comunidades a pesar del contrato que habían celebrado: las expresiones "*affectio societatis*" y "*tractatus habitus*" utilizadas en los textos, ponen de relieve este específico carácter voluntario de la sociedad.

Argumento que añade a una primera observación que, según este mismo autor, también inclina a negar que toda comunidad convencional fuera una sociedad para los jurisconsultos latinos: el que no siendo todos los contratos consensuales en Roma, sí fuera la sociedad un contrato consensual.

b) Frente a la corriente negadora de las comunidades convencionales que acabo de referir, basada en los textos romanos también aludidos, una corriente moderna defiende la misma posición apoyándose en una argumentación de enjundia doctrinal y, para nuestro Derecho, aduciendo razones basadas en preceptos vigentes en él.

Destaca, por la profundidad de su estudio,

entre los autores españoles que mantienen esta tesis, MIQUEL GONZALEZ, que la ha contemplado con detenimiento en sus Comentarios a los artículos 392 y siguientes del C.c. publicados por Edersa bajo la dirección de ALBALADEJO ¹⁰⁵.

En esta misma dirección, podría quizás citarse a SANCHEZ ROMAN ¹⁰⁶ cuando decía que la comunidad procede de un estado de los bienes en relación con las personas, mientras que la sociedad tiene su fundamento en la acorde voluntad de los socios; y después de explicitar esta idea, afirma que "no significa ésto que la comunidad no pueda tener un origen contractual, como ocurrirá cuando dos personas compren en común una cosa que, si bien por este hecho, que es contrato, se produce algo de la idea social, cualquiera consecuencia que en orden a este aspecto de sociedad aparezca, es resultado y no causa de aquel acto de compraventa en común de una cosa, pero no de la intención de los compradores de formar una sociedad.

¹⁰⁵ En el tomo V, vol. 2º, Madrid 1.985

¹⁰⁶ "Estudios de Derecho civil español", t. IV, 2ª ed., Madrid, 1.899, pág. 519.

Como antecedente doctrinal de la dirección por la que se pronuncia MIQUEL, igualmente no demasiado explícita, se ha citado a PUIG PENA¹⁰⁷, el cual si bien a propósito de la distinción entre comunidad y sociedad considera que hay una diferencia fundamental por el origen, y lo explícita diciendo que la sociedad es siempre voluntaria y el condominio puede no serlo, como quiera que al enumerar las causas que originan la comunidad se refiere: "a) la voluntad misma creándola, como la que tiene lugar entre los socios (arts. 1,665 y ss.); b) otros hechos distintos en los que la voluntad interviene con menos intensidad, como la sucesión hereditaria (art. 1,051); c) otros hechos totalmente ajenos a la voluntad..." parece deducirse que la forma contractual de originación la reserva a la sociedad, circunstancia que resulta corroborada cuando se refiere al contrato hablando de las fuentes legales de la comunidad, que en tal caso reconduce a la sociedad (comunidad que tiene lugar entre los socios).

¹⁰⁷ "Derecho civil español", III, 1º, Madrid, s.f., pág. 256 y nota 3.

Esto es, admite el contrato como regulador del régimen de la comunidad, pero no como constitutivo de la misma, ya que su presencia en este concepto le lleva al ámbito de la sociedad al hablar de los creadores como "socios". Lo que, por otra parte, ya había mantenido CASSO Y ROMERO ¹⁰⁸ al incluir como comunidades voluntarias, frente a las *impuestas*, las que los comuneros crean libre y espontáneamente entre sí, generalmente con propósito de alcanzar un fin común con medios también comunes. Su ejemplo típico es el contrato de sociedad"

Aquí podemos citar también a CAMY quien afirma ¹⁰⁹ que la comunidad no puede nacer nunca de una manera inmediata a través de un convenio al efecto, porque al poner en común bienes es convenio originador de sociedad (art. 1665 C.c.) pero no de comunidad; por ello añade, que si los titulares individuales de dos fincas quisieran convertir sus respectivos derechos en cotitularidades, solo podrían hacerlo mediante permuta de cuotas, bien quedando

¹⁰⁸ "La *communio incidens*" y sus repercusiones en la práctica notarial" en el Curso de Conferencias del I. Colegio Notarial de Valencia, 1.945, págs. 157 y ss.

¹⁰⁹ "Comentarios a la legislación hipotecaria", I, Granada, 1.969, pág. 715.

separadas las fincas, bien realizando a la vez su agrupación. Hay que decir, de todas formas que ésta posición es contradicha en otro lugar de su mismo trabajo, donde admite la constitución de una comunidad mediante subrogación del derecho individual de cada uno de los propietarios sobre la finca que aparecen en una cuota en la comunidad que resulta¹¹⁰

Por otra parte, no puede afirmarse que esta posición contraria a la admisión en nuestro Derecho de las comunidades contractuales, por estimar que son verdaderamente sociedades, no tenga antecedentes cercanos, y alguno tan expresivo como el que resulta del Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central, de 18 octubre 1,980, en el que se dijo que "el criterio de distinción entre la comunidad de bienes y la sociedad o asociación -en el caso de que uno y otro tengan por objeto la explotación de un

110 "Comentarios a la legislación hipotecaria", IV, Pamplona, 1.971, pág. 163 y ss. Así lo interpreta CARRETERO, TIRSO, en su comentario a la Resolución de 16 de mayo de 1.979 en la Rev.Cri.Der. Inmobiliario, y en el volumen "Comentarios a las Resoluciones de la D.G. de los R. y N." publicados en la Rev. Cri. Der. Inmobiliario. durante los años 1.969 a 1.982, editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1.987, pág. 1.229

negocio- debe ser completado o matizado con algunas notas que, siendo predicables de la comunidad, no lo son de la sociedad, apreciándose como la más relevante la del origen, pues la relación jurídica de comunidad no se constituye por voluntad o intención de los comuneros, sino por efecto o consecuencia de la ley o de un hecho independiente de la voluntad o intención de aquéllos de poner cosas en común, de suerte que la comunidad es una situación sobrevenida en la que se incide al recaer bienes, derechos o industria, en una pluralidad de adquirentes proindiviso, bien en virtud de sucesión hereditaria o de donación o de otro título cuya causa sea distinta de la que es típica del contrato de asociación, mientras que la sociedad nace de un contrato que, por voluntad de los contratantes, tiene por objeto directo o inmediato la aportación de los socios para la obtención de ganancias"; se extiende, además, en otras circunstancias distintivas de ambas figuras, que ahora no vienen al caso.¹¹¹

¹¹¹ No está de más tener presente a éste respecto que, como ha escrito BAYOD PALLARES, "La personalidad jurídica de las sociedades civiles: su importancia tras la modificación del art.12 del I.R.P.F.", en Gaceta Fiscal nº 54 (1.989) cit., pág. 22, "dada la importancia fiscal que en éstas cuestiones tienen, queremos remachar que cuando una agrupación humana de carácter contractual civil y fines de lucro repartibles carezca de personalidad jurídica, no se le puede confundir con una comunidad de bienes, como está sucediendo en el campo

Pero, como decía antes, quien de manera detenida y con profusión argumental ha estudiado el tema ha sido MIQUEL GONZALEZ¹¹².

Afirma que en las definiciones de sociedad y comunidad que respectivamente da el Código en los arts. 1,665 y 392, se destaca suficientemente que la primera es un contrato y la segunda no, sino una situación de cotitularidad; lo que, sin duda es cierto, como lo es también su afirmación de que la distinción entre sociedad y comunidad no consiste en que la comunidad tenga su origen en un contrato, y la comunidad no, ya que como él mismo dice "es evidente que la comunidad puede tener su origen, de algún modo, en un contrato" ¹¹³.

tributario, incluso en contestaciones vinculantes del Ministerio de Economía y Hacienda. Dicho de otra forma, cuando la sociedad civil no tiene personalidad jurídica, se rige como comunidad de bienes, pero *no se convierte* en comunidad de bienes, que es algo muy diferente".

¹¹² Muy argumentada, también, una posición similar en PAZ ARFES, C. "Comentarios del Código civil", Mº de Justicia, II, Madrid, 1.991, art. 1.669, págs. 1.369 y ss., en la que no entro por tener ya redactada la presente Tesis cuando me llega dicho trabajo.

¹¹³ Pág. 37, de su obra citada.

Esta afirmación de que la comunidad no es un contrato es cierta, dice MORENO QUESADA ¹¹⁴, en el sentido de que realmente es una relación jurídica, una situación de titularidad común (de "cotitularidad" dice él mismo, en la pág. 36) reconocida como típica en el ordenamiento; pero que sin embargo, ello no es óbice, sino al contrario, para que dicha relación de comunidad surja, además de por una serie de hechos previstos en la ley, que la crean forzosamente, también por virtud de un contrato. De la misma manera que tampoco la propiedad es un contrato y, sin embargo, además de adquirirse por otros determinados hechos (art. 609 C.c.), también se adquiere (se crea para un titular) por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición; tradición que será precisa en todos aquellos supuestos en que el objeto de la comunidad sea un derecho real, por mandato del referido art. 609 C.c., pero que no resultará necesaria cuando se trate de un derecho que no tenga esta naturaleza.

Por lo dicho, añade, la afirmación de MIQUEL de que "lo que resulta evidente es que un

¹¹⁴ En su obra citada .

convenio verbal o escrito no puede dar lugar por sí solo a una copropiedad (hace falta tradición)", es plenamente correcta; así como el añadido "pero sí que puede obligar a constituirla", si ésto no se dice como excluyente de la posibilidad de que también se constituya, y aquello no se pretenda extenderlo de la copropiedad a toda clase de comunidades. La S. del T.S. de 5 de julio de 1,982 (criticada por MIQUEL) admite la distinción y la inexistencia, en el caso debatido, de "título contractual suficiente para la transmisión del dominio mediante tradición eficaz, que el convenio verbal no pudo operar".

En cuanto a la oposición que también manifiesta respecto a la admisión de un contrato constitutivo de comunidad, atendiendo a la determinación de la causa de las atribuciones patrimoniales que se efectúan en ella, que estima no existe porque la adquisición en común no puede tener su causa en sí misma, sino en otra, como donación, compraventa, permuta, sociedad o si se quiere, un contrato innominado, que él considera debe ser análogo a alguno de los citados, dice el mismo autor que con ello trata de oponerse a la doctrina sentada por la Resolución de la D. G. R. N. de 16 de mayo de

1,979, antes aludida.

En esta Resolución, a propósito de un contrato de creación de condominio, se considera frente a la alegación de la posible falta de articulación de contrato oneroso o gratuito que sirva de causa y justifique la sustancial modificación de titularidad dominical, que "el referido negocio de creación de condominio y agrupación, aparece constituido con todos sus elementos en la escritura calificada, sin que obste a ello la carencia de un 'nomen iuris' específico, al estar suficientemente amparado -como ya se indicó anteriormente- por el principio de libertad de contratación, y dada la ausencia de norma prohibitiva que impida tal negocio, que por otra parte se encuentra perfectamente estructurado en su base tanto física, máxime dada la colindancia de las parcelas, como jurídica, al haberse establecido la proindivisión en proporción ideal al valor de las fincas agrupadas".

Cree MORENO QUESADA que aquí se argumenta sobre la causa de la comunidad, de la modificación de la titularidad que provoca, con un algo más que "porque quieren". Y en cuanto la referencia que hace

la Resolución de que con la eficacia de este contrato innominado se evita la viciosa práctica -cada vez menos frecuente- de realizar una previa permuta de cuotas entre todos los propietarios, estima que no parece que se pretenda con ello dotar de una causa a este contrato, sino exponer un argumento más a favor de las ventajas de la doctrina que sienta; y que en todo caso, no se puede olvidar que la decisión sobre la admisibilidad y la validez de los contratos innominados se conecta a la función económico social del tipo contractual en cuestión, perfectamente justificada por la tipificación del resultado que persigue -la comunidad- que lo acerca, en este sentido, a los contratos típicos.

Defendiendo su tesis, afirma por otra parte MIQUEL, que se apoya en STAUDINGER-HUBER, que "no se puede hablar de un contrato de comunidad en el sentido de un contrato por el que nazca la comunidad" como se puede hablar de contrato de sociedad, en el sentido de que nace por el simple contrato la sociedad", y cita el art. 1,679 C.c.

Pero a este respecto, dice MORENO QUESADA que es obvio "que por un contrato celebrado entre

varios no se adquiere un derecho en común" como él dice, pero también lo es, ha de convenirse en ello, que sí se pone en común un derecho que se adquiriera, o que se tuviera anteriormente. Y este poner en común, el acuerdo de ello, tanto sirve para la constitución de una sociedad (art. 1,671 C.c.) como para la constitución de una comunidad, según cual sea la intención de las partes al realizarlo (y lógicamente, no hay que añadirlo, siempre que la situación creada por el resto de las circunstancias que sirven para diferenciarlas objetivamente, no la hagan caer necesariamente en el ámbito de una u otra).

Lo que provoca la adquisición en común de un tercero o la transmisión de una cuota parte en un objeto, es evidentemente, tiene que serlo, un contrato apto para dicha adquisición-transmisión (compraventa, donación, etc.). Lo que sucede es que los adquirentes, o quienes transmiten o adquieren la cuota parte, están concordes en realizar esa adquisición o transmisión para tener en común la cosa o el derecho adquirido o parcialmente transmitido; y ese acuerdo creará la comunidad, que será por ello contractual; si no fuera así, si la adquisición por

varios, en común, se produce en ausencia de un acuerdo en ese sentido de los adquirentes, se producirá una comunidad de las denominadas incidentales. Y en uno o en otro caso, con independencia de cual haya podido ser la intervención del titular anterior de los bienes, cuando estos proceden íntegramente de un tercero.

Está claro, pues, que la comunidad no nace del contrato con un tercero, sino con ocasión de este contrato pero por uno celebrado entre los adquirentes, pues tal es el sentido de la adquisición en común atribuyéndose cuotas y no partes individualizadas del bien de que se trate ¹¹⁵. Esto

¹¹⁵ Para MIQUEL, pág. 37 y ss., el que cuando varios compran conjuntamente una cosa, además del contrato con el tercero, hay que admitir que siempre existirá un contrato entre ellos, pese a que lo defienda POGGI ("Il contratto di società in Diritto romano classico", Turín, 1.930-1.934, cap III, pág. 10.) puede parecer cierto solo a primera vista: para él, que sigue a STAUDINGER-HUBER, el simple proceder de acuerdo no significa que hayan celebrado un contrato entre sí; esto es, añade, "no siempre que varias personas adquieren conjuntamente una cosa se han obligado a tal adquisición entre ellas. No es preciso que exista un contrato entre ellas, incluso habrá que entenderse que no la hay en muchos casos, por ej. compra por personas casadas ó familiares". Pero como hace notar MORENO QUESADA lo que aquí es una sutil diferencia entre acuerdo y contrato que no suele encontrarse en la doctrina, y además un olvido de que las comunidades que surgen en virtud de compra por personas casadas ó familiares, ó tienen un origen puramente convencional que en nada las distingue de las demás, ó tienen su origen en la ley, en cuyo caso pertenecen al grupo de las incidentales, para lo que no es obstáculo la voluntariedad (que no la contractualidad) de la adquisición.

por lo que se refiere al supuesto de adquisición a un tercero; en cuanto al de la transmisión de una cuota parte, resulta igualmente claro que el contrato entre el propietario y el adquirente atribuye a éste la cuota, pero es porque se quiere así por ambos, porque se está de acuerdo en crear una comunidad, por lo que se transmite y adquiere precisamente una cuota pudiendo hacerlo de otra manera como por ej. una parte de la cosa; otro tanto sucede en la puesta en común de bienes, pertenecientes con anterioridad a los que los ponen, donde el simple hecho de crear la comunidad manifiesta cual es la voluntad de las partes con respecto a tales bienes, cuya titularidad habían adquirido por virtud de hechos anteriores.

En definitiva, defiende MORENO QUESADA que ha de diferenciarse, en la creación convencional de la comunidad, lo que FRAGALI ¹¹⁶ ha denominado título de la adquisición y título de la comunidad, aún reconociendo que en muchas ocasiones, quizás las más frecuentes, ambos títulos proceden de negocios producidos coetáneamente, por lo que al exterior

¹¹⁶ "La comunione", I, Vol. XIII, 1º del Trattato de CICU-MESSINEO, Milano, 1.973, págs.533 y ss.

aparecen como uno solo.

Otro argumento esgrime MIQUEL ¹¹⁷, y es el relativo a la ausencia, en estos casos, de lo que BLANQUER ¹¹⁸ denomina principio de la menor vinculación, propio de la comunidad; principio que se extrae del primer párrafo de art. 400 C.c. y que expresa, dice, una característica de la comunidad frente a la sociedad que se concreta en la ausencia de vinculación jurídico-obligacional a mantener la situación de comunidad, y que se manifiesta, además de en la acción de división, en la facultad de cada condueño de transmitir su parte (art. 399) y también en la facultad de renuncia liberatoria (art. 395). Pues bien, la ausencia de vinculación le parece consecuencia de que la comunidad surge de la cotitularidad y no de los pactos, por lo que los comuneros, sólo por serlo, no están obligados a continuar siéndolo. Si hay pactos, de ellos pueden derivar obligaciones, y entre ellas la de mantenerse en la comunidad. De la cotitularidad sólo derivan las obligaciones a que se alude en los arts. 392 y ss.,

¹¹⁷ En sus "Comentarios..." cit., pág 439 y nota 1.

¹¹⁸ "La unificación subjetiva" en Rev. Der. Notarial, 1.978 (números 101-102), pág. 53.

especialmente contribución a los gastos de conservación y sometimiento a los acuerdos de la mayoría en materia de administración y mejor disfrute".

Como se ve, vuelve este autor a no distinguir entre lo que es el pacto de regulación¹¹⁹, que puede sustituir a una parte mayor o menor del régimen establecido en los arts. 393 y ss., del pacto o contrato de creación de comunidad, que es compatible tanto con la regulación legal establecida en tales preceptos, como con la que en él se haya podido incluir; y que es cuestión distinta el que determinados aspectos de la relación de comunidad (como serían el de permanecer en la indivisión, el de disponer de la cuota o el de liberarse renunciando) puedan, o no, y en qué medida, ser objeto de pacto modificativo o excluyente

Por último, tampoco creo que sea argumento bastante el que expone MIQUEL de que es "poco útil negar que sea un contrato de sociedad un contrato por el que varias personas se obligan a constituir

¹¹⁹ Distinción de la que me ocupo más adelante en el Capítulo 2º, sub B). de éste trabajo.

una comunidad", ya que "si se alude a un contrato innominado por el que se cree la comunidad [que es a lo que efectivamente se alude no se ve qué utilidad pueda reportar tal alusión, porque es evidente que no hay ninguna regulación que pueda venir en nuestra ayuda".

Pues bien, yo creo que sí la hay: la que las partes puedan haber acordado, las disposiciones especiales reguladoras de la clase de comunidad de que se trate, si las hubiere y, a falta de unas y otras, las del Título III del Libro II del Código civil. Así lo establece el párrafo 2º del art. 3º, que se refiere no a los contratos originados de comunidades -como bien dicen el propio MIQUEL y MORENO QUESADA- sino a los que contienen normas reguladoras de la comunidad de que se trate, sea ésta contractual o incidental.

Y una cosa es que partiendo de la base de que la comunidad convencional sea una sociedad, y que para ésta no se hayan dictado normas reguladoras, haya de acudir a las de la comunidad (Título III del Libro II) según dice el art. 1,669, sin que por esto deje de ser sociedad, y otra muy distinta que de

aquí se saque la consecuencia de la inutilidad del contrato de comunidad; en todo caso, sería al contrario, la inutilidad de seguir considerando sociedad a un contrato que crea una situación que se va a regular por las normas de la comunidad. Aunque tampoco creo que ésta sea una conclusión correcta: se trata de dos figuras diferentes¹²⁰, no obstante coincidan en determinadas ocasiones bien por su origen, bien por las normas de su regulación.

C) Conclusiones sobre la posibilidad de éste contrato

De todo lo expuesto, creo que se deduce claramente la posibilidad dogmática de que existan verdaderas comunidades originadas en un contrato celebrado entre los que van a ser comuneros.

¿Y en nuestro Derecho positivo? Hemos tenido ocasión de ver a lo largo de las páginas

¹²⁰ El ámbito propio y su significado común dentro del fenómeno asociativo, puede verse en el trabajo de LUCAS. F., "Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española", Murcia, 1.966, pág. 27 y con carácter más general y extenso GRECO, P., "Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali", Torino, 1.959, págs.3 y ss.

anteriores, que algunos autores (CASTAN TOBEÑAS, BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO, DIEZ-PICAZO, CAPILLA RONCERO Y ALVAREZ CAPEROCHIPI) basan la admisibilidad de las comunidades convencionales, en el Derecho español, en el párrafo 2º del art. 392 del C. c. según el cual "a falta de contratos o disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este Título".

No creo, sin embargo, que pueda interpretarse en dicho sentido tal precepto. De esta misma opinión es MIQUEL para quien ¹²¹ "el contrato a que alude el párrafo 2º del art. 392 en todo caso es muy discutible que sea un contrato creador de una comunidad de bienes, regida en todo por las disposiciones de la comunidad (aunque obviamente quede fuera lo pactado).."

En el mismo sentido, y con mayor contundencia, ha expresado MORENO QUESADA ¹²² que el contrato aludido en ese precepto "lo está en atención a su función reguladora de la comunidad, esto es

¹²¹ Comentarios cit. pág. 33.

¹²² MORENO QUESADA, op. y loc. cit. últimamente

contemplado como fuente de reglas que ordenen la comunidad; (por ello) es un contrato cuya ausencia provoca la necesidad de unas normas que organicen la comunidad, y con esta finalidad se señalan las contenidas en el Título III del Libro II del Código civil, en el que se encuadra este art. 392".

Por mi parte, ya lo he dicho, me parece acertada esta interpretación del mencionado párrafo, sin perjuicio de estimar que de todas formas en él no sólo no se dice lo contrario, porque el contrato aludido directamente es el organizativo de la comunidad, sino que se pone de manifiesto una actitud del legislador favorable a la admisión de lo contractual en tema de comunidades.

El principio de la autonomía de la voluntad, que entre otras cosas permite elegir entre las figuras que el legislador ha regulado previamente -como es el caso de la comunidad y de la sociedad- y que le proporciona los medios adecuados para conseguirlo -y el contrato se encuentra ente ellos en uno y otro caso- es un argumento decisivo para la admisión en nuestro Ordenamiento, como tales, de las comunidades contractuales, defendida por la mayoría

de la doctrina, corroborada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, y argumentada de manera impecable por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que dió lugar al reconocimiento expreso del mismo en el párrafo 3º del art. 45 del Reglamento hipotecario, introducido en su reforma de 12 de noviembre de 1.982. Así mismo por la le 370,3 de la Compilación navarra.

CAPITULO 2.

SU AUTONOMIA RESPECTO DE OTRAS POSIBLES FUNCIONES.

El segundo tema a considerar, y una vez establecida su posibilidad, es el de la forma en que cumple su función el contrato constitutivo de la comunidad: de una parte, si lo hace, ó puede hacerlo, de manera autónoma, produciéndose con independencia de cualquier otra función, ó si, por el contrario, no tiene sentido si no va vinculado a otros, que reglamenten además aspectos distintos, específicos de la comunidad, como puede ser el de su régimen de funcionamiento, que es el contemplado de manera expresa en nuestro Código civil (art. 392-2º);

A) Argumentos que la niegan y la defienden

Desde una perspectiva de la vida práctica, parece improbable que alguien constituyera una comunidad, sin preocuparse a la vez de reglamentar su contenido. Pero en el supuesto de que tal cosa les interesara, como podría ser en el caso de urgencia en la creación, sobre lo que sí hubiera acuerdo, pero no

lo hubiera en cuanto a las normas concretas por las que hubiera de regirse, ¿cabría pactar aquello sin ésto?

Desde la perspectiva de su tratamiento doctrinal, puede pensarse que rechazan la posibilidad de esta autonomía aquellos autores que encuentran su fundamento en el párrafo 2º del art. 392 C.c., por estimar que va necesariamente unido al que de una forma clara alude este precepto, el contrato organizativo. Pero sea ésto, o no, una simple elucubración, el problema queda planteado: ¿cabe un pacto constitutivo de comunidad, autónomo, que no contenga la regulación de la comunidad que crea?

En principio, no parece haber inconveniente en que así se hiciera, puesto que tal actuación no llevaría, como a primera vista puede parecer, a un callejón sin salida, a una comunidad inoperante; y no lo sería, porque creada la comunidad, "a falta de contrato" que la rija, habría de regirse por las "disposiciones especiales" aplicables según ley al supuesto concreto de comunidad que se hubiera constituido, sí de una tipificada se tratara, ó, en su defecto, "por las

prescripciones de éste título" como previene el párrafo 2º del art. 392 del Código civil, que encabeza el tercero del Libro II, dedicado a reglamentar "la comunidad de bienes".

Pero es que, aparte de considerar que no encontraría su base en este precepto tal como veíamos antes, MIQUEL ha argumentado contra la admisibilidad de un contrato así concebido afirmando, de un lado, que carecería de sentido pactar algo, una comunidad, que por no alterar el régimen normal establecido en el Código, contendría como regla destacada la de que nadie está obligado a permanecer en ella, por lo que ha de admitirse, al menos, que un contrato de comunidad sin un pacto de indivisión,¹²³ carece de sentido como contrato obligatorio, esto es como uno de aquellos ciertos contratos que sirven de causa para la adquisición de la comunidad.

¹²³ Sobre este aspecto, considera JORDANO BAREA ("Comunidad y sociedad en la explotación agraria", A.A.M.N., XVIII, pág. 292) que siendo la comunidad de bienes en nuestro Derecho positivo *una communio incidens*, ó sea un fenómeno jurídico anormal y transitorio, más sufrido que querido por las partes, abocado siempre a la división, cuando por voluntad de los comuneros (ó del causante) se erija en forma duradera de explotación agraria, éste solo hecho determinará la superposición de una sociedad sin personalidad sobre la comunidad subyacente.

A esta apreciación, opone MORENO QUESADA que no puede olvidarse que las normas que rigen las relaciones entre comuneros los obligan mientras esté vigente la comunidad, por mucho que la duración de esta vigencia se deje a merced de la voluntad de las partes; ¿dejaría de haber contrato porque en uno determinado las partes se concedieran, al establecerlo, la facultad de hacer cesar su eficacia por decisión unilateral? ¿No está, acaso, entre las causas de extinción de la sociedad (art. 1700, nº 4º C.c.), contrato que también crea una relación jurídica estable, la voluntad de cualquiera de los socios, cuando no se haya señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio (art. 1705 C.c.)?"¹²⁴.

Con anterioridad a hacerlo MIQUEL, ya en la doctrina francesa y como consecuencia de la publicación de la Ley de 31 de diciembre de 1,976, se había planteado un problema similar que, no obstante, se resolvía en el sentido de admitir un contrato de comunidad que no contuviera pacto de indivisión. Así DAGOT, tras afirmar que la convención destinada a

¹²⁴ Págs. 34 y 284 respectivamente, de sus citadas obras.

organizar la indivisión que reglamenta la citada ley, es esencialmente una convención para prever el mantenimiento de la indivisión, lo que es en ella esencial "y la razón por la cual hasta el presente ha sido siempre tema de la misma" añade "«para qué serviría, en efecto, organizar una indivisión que no estuviera destinada a durar un mínimo de tiempo?» y se contesta que "el interés en ello sería sin duda limitado, aunque la experiencia práctica revelará sin duda convenciones que organizar la indivisión sin modificar la situación (legal, se entiende) desde el punto de vista del mantenimiento" ¹²⁵.

De otro lado, como obstáculo que opone también a la admisibilidad de este contrato, el mismo MIQUEL se refiere a un supuesto concreto de comunidad contractual, si bien es el considerado como más frecuente: la adquisición por varios de algo para retenerlo en comunidad, alegando que "es fácil observar que no necesitan pactar nada si sólo quieren tener el régimen de comunidad normal". Pero frente a ello, aduce el Profesor de Granada que "lo que sucede es que, por una parte, el contrato de comunidad va

¹²⁵ "L'indivision Loi du 31 décembre 1.976", París, 1.978, pág. 207.

integrado en la adquisición al tercero, por lo que el acuerdo puede perfectamente limitarse a tener la cosa en comunidad sin entrar en las circunstancias de ello, que por lo mismo deberán ser las de los arts.392 y siguientes; y por otra parte, que no es el único supuesto en que el legislador actúa de esta forma: véase, por ej. la disposición del art.1432, nº 2º C.c. que establece el régimen de separación de bienes cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que hayan de regirse sus bienes. O la posibilidad, voluntariamente buscada, de que se haga un testamento cuyo único contenido sea la disposición de que se aplique la normativa distribuidora de bienes que regula la sucesión "ab intestato"; lo que puede parecer ocioso pero razones de diversa índole cabe que lo hayan aconsejado: evitar la declaración judicial de herederos, dejar constancia de haberse preocupado por su propia sucesión y otras posibles."¹²⁶.

¹²⁶ "La naturaleza jurídica de la comunidad contractual", cit., pág. 292.

B) El contrato creador y el contrato regulador de la comunidad de bienes. El alcance del art. 392, 2º C.c

Y es que ha de reconocerse, en materia de comunidad, la existencia de dos tipos de contratos perfectamente diferenciados: el constitutivo de la comunidad, y el regulador de la misma, los que el propio MIQUEL dice que pueden ser aludidos como "de función creadora de la comunidad o de función reguladora", cuando se refiere al contrato mencionado en el art. 392 ¹²⁷. Y es que con independencia de que puedan darse juntos, y de hecho eso sea lo normal, está claro que conceptual y funcionalmente son distintos; mientras uno es creador ó constitutivo, cumple la función de originar la comunidad, el otro la reglamenta, opera sobre una comunidad ya existente (creada con anterioridad o que se crea en ese mismo acto, y ya sea convencional ó incidental), ó que se piensa crear con posterioridad, y su función es dotarla de las normas de funcionamiento.

A éste propósito, y tratando del momento en

¹²⁷ En sus "Comentarios..", repetidamente citados, pág. 52.

que puede ser estipulado por los interesados el contrato reglamentador de un condominio, dice SALIS¹²⁸, que puede ser *anterior* a la constitución de la comunidad misma (las partes acuerdan el modo en que deberá ser regulada la que recaerá sobre una cosa futura, sobre una cosa que deciden adquirir colectivamente); puede ser *contemporánea* a la constitución de la comunidad (en el mismo acto con el que las partes adquieren un bien en común, ó ponen en común alguna cosa, antes de su exclusiva propiedad, determinan también los respectivos derechos y obligaciones sobre el goce de la cosa, su administración, etc.); puede ser finalmente *sucesivo* a la constitución de la comunidad (las partes, para evitar dudas y controversias, establecen en qué modo, a partir de ese momento, cada condómino podrá gozar de las ventajas y soportar las cargas de la comunidad).

Admitida, como no puede ser menos, esta diferenciación, y admitido asimismo que la referencia expresa al contrato contenida en el párrafo 2º del

¹²⁸ "La comunione", Vol. IV, tomo 2º, del Trattato di Diritto civile italiano de VASSALLI, Torino, 1.939, págs. 37 y s.

art. 392 lo es al regulador ó reglamentador de la comunidad (lo que se acepta incluso por quienes piensan que el tal contrato trasmuta la comunidad en sociedad) no se puede concluir que en tal precepto se excluya la posibilidad de que un contrato haya creado una comunidad; en cambio lo que sí está claro, como decía antes, es que contempla expresamente la posibilidad de la existencia de contratos en materia de comunidades, sin que por esta circunstancia el legislador piense ó decida que dejen de serlo: la dicción del precepto no suscita dudas sobre éste particular.

Partiendo de ésto y a la vista de todo lo que hemos tenido ocasión de estudiar en el capítulo anterior dedicado a la posibilidad de la categoría del contrato creador de una comunidad, la cuestión que ahora estamos considerando, es si este contrato tiene autonomía respecto del regulador ó, como decía antes, justificación en solo esta finalidad.

Creo que tal autonomía debe ser aceptada, pues lo mismo que no se pondría en duda la posibilidad de que se creara convencionalmente una comunidad en que los interesados, en uso de la

autonomía de la voluntad, decidieran que habría de regirse en todo ó en parte, por las normas del referido Título, no se ve la razón de excluir que a ese resultado se llegue por no tomar decisión al respecto; máxime si así puede y debe entenderse un precepto legal concreto, el art. 392, 2º del C.c. La única justificación de la postura negatoria estaría en el "a priori" de considerar que lo convencional en tema de comunidad no cabe, ya que desembocaría necesariamente en sociedad. Pero tal cosa sería una pura petición de principio, en contradicción, además, con nuestro Derecho positivo en la materia.

Y es que así como nada se opone, lo que es reconocido por todos, a que voluntariamente, por medio de pacto, se organice el funcionamiento de una comunidad incidental, (aunque, quizás, los que mantienen la posición apriorística aludida, la considerarían en tal caso sociedad), debe estimarse que tampoco hay obstáculo a que una comunidad voluntaria, por su origen, que carezca de normas sobre su organización y funcionamiento, se rija por las mismas normas de las que se encuentran en idéntica situación, las incidentales; cosa que, como también he dicho antes, se encuentra recogida en el

párrafo 2º del referido art. 392 del C.c.

En el mismo sentido, decía PATERNÓ ¹²⁹ refiriéndose al art. 673 del Código civil italiano de 1,865, de idéntico contenido que nuestro 392-2º, que "cuando se trata de comunidades derivadas de contrato, casi siempre se encuentran en él establecidas las normas que las deben regular.." admitiendo con ello que, a veces, el contrato creador no contenga normas reguladoras.

También se ha mantenido la misma opinión cuando, refiriéndose a la comunidad que surge de un contrato, se ha dicho ¹³⁰ que "cuando se trata de tal comunidad, las partes, como en todo contrato, establecen los modos de regularla; a falta de ello o como complemento, provee la ley".

Por su parte los STOLFI, N. y F. ¹³¹

¹²⁹ "La comunione dei beni", cit., pág. 531.

¹³⁰ CATINELLA SCHIFANI, voz "Comunione", en el Digesto italiano, cit., pág. 741.

¹³¹ STOLFI, N. y F., "Il nuovo Codice civile commentato", Libro III, "Della Proprietá", Nápoli, 1.944, pág. 395..

tratando de la comunidad voluntaria, y así consideran a la que surge de un contrato, estiman "oportuno poner de relieve que a veces, además de las normas especiales emanadas de la ley, los condóminos mismos predisponen reglamentaciones que disciplinan sus derechos; a falta de ellas tienen ese valor las normas establecidas en los artículos siguientes."

Se refuerza con estos datos la tesis generalizada, cuya aceptación estimo que no presenta duda alguna, de que el contrato constitutivo de una comunidad puede existir sin el complemento de otros acuerdos que se refieran a la organización y funcionamiento de la comunidad que se crea, que en tal caso se regirá de acuerdo con lo prevenido en el art. 392-2º.

Y frente a ello no hay justificación bastante para la tesis de MIQUEL¹³² de que la referencia al contrato que se hace en el mismo es al solo objeto de excluir la comunidad y no la regulación de la misma contenida en los artículos siguientes. Para argumentar con ello, ha de admitir el contrato regulador de comunidad, al que sin base

132 "Comentarios..", cit., págs. 6 y 7.

ninguna (sólo una cita a los Códigos austriaco, prusiano y sajón), le hace producir una sociedad. Y ello además sin perjuicio de que rechazando la constitución convencional de comunidades, se inclina (pág. 34) por la función reguladora del contrato aludido.

C) Constitución de comunidad y adquisición conjunta a tercero.

Otro problema relativo también a la posible autonomía del contrato creador de comunidad, se suscita a la vista de la manera en que surgen un gran número de las comunidades convencionales: con motivo de la adquisición de bienes o derechos realizada por varios a terceros ¹³³.

Porque, efectivamente, esta cuestión de si el contrato o el pacto constitutivo de la comunidad voluntaria tiene una función autónoma, y bastante, de creación, que lo justifica por sí mismo, ha de contemplarse también respecto a la situación de dicho acuerdo, que podrá serlo como contenido exclusivo del

¹³³ Véanse, sub A) los ejemplos que de este tipo de comunidades recogen los autores que se ocupan de ellas.

acto jurídico en que se incardina, o sólo como una parte del mismo..

Utilizando una terminología que puede distinguirse al respecto, cabría referirse a ese acuerdo como contrato constitutivo de la comunidad, cuando su contenido se agota en dicha función, y como pacto constitutivo de la misma, cuando forme parte de un acuerdo de mayor amplitud, que abarque otros contenidos además de la constitución de la comunidad. Aludo con ésta última referencia al pacto, cláusula o condición (en expresión del art. 1,255 C.c.) por la que, dentro de un contrato de mayor amplitud de contenido, se constituya una comunidad de bienes.

Un planteamiento cercano a éste, fue considerado ya por PINTO COELHO, que después de enunciar una serie de ejemplos de comunidades que surgen de negocio jurídico, y distinguirlas según el papel de la voluntad, que unas veces se dirige a la creación de la comunidad como tal, mientras que en otras está dirigida a la creación de situaciones que suponen, incidentalmente, la comunidad, estudia también la distinción que se da dentro de las comunidades convencionales, según que resulten de un

solo negocio jurídico (contrato por el que son puestos en común unos bienes), o que la convención, el acuerdo tendente a crear una comunidad exija la celebración posterior de nuevos negocios jurídicos; lo que se da en aquellos casos en que los bienes a los que la convención se refiere, no se encuentran todavía en el patrimonio de las partes, y es necesario un negocio jurídico para que entren en él y con ello termine existiendo efectivamente la comunidad. Así, si dos personas compran en común determinado predio, lo que origina entre ellos una comunidad, se distinguen dos momentos en la creación de ésta: el acuerdo de voluntades por el cual ambos deciden adquirir el predio en común, y el negocio jurídico posterior, compraventa, por el cual se da realización a lo acordado ¹³⁴.

Creo que lleva razón, y que siempre que por varios se decide adquirir conjuntamente de un tercero, conscientes de que con ello se va a dar lugar a una comunidad de bienes, el consentimiento para la adquisición lleva aparejado el consentimiento para la comunidad que es consecuencia de esta forma

¹³⁴ "Da compropriedade.."cit., págs.13 y ss.

de adquirir; consentimiento que unas veces habrá tenido una manifestación expresa y diferenciada, y que otras irá embebido en el manifestado para la adquisición conjunta al tercero. Pero tanto en uno como en otro caso tendrá la delimitación jurídica necesaria para ser considerado como autónomo.

En estos casos, cuando la constitución de una comunidad exige la celebración de un contrato de compraventa del bien cuya propiedad se va a compartir, cabe plantearse si estamos ante un supuesto de unidad contractual (se ha concluido un solo contrato) o de pluralidad contractual (son varios los convenios suscritos).

Hay que contestar a ese interrogante que las dos opciones son posibles, aunque lógicamente, en supuestos diversos.

La hipótesis de unidad contractual tendrá lugar cuando los compradores adquieran de hecho conjuntamente, sin haberse obligado expresamente a ello. En cambio, podrá apreciarse la existencia de dos contratos si se celebra un acuerdo previo para adquirir en común, y, con posterioridad, la

compraventa propiamente dicha. En éste último caso, no se puede decir que concurre un solo contrato (aunque se califique como complejo), dado que cada uno de los convenios presenta un objeto y una causa específicos. Así, en el primer acuerdo el objeto será determinar la forma en que se va a adquirir, y la causa, constituir la comunidad. Y en la compraventa, estos elementos serán los mismos que caracterizan a los demás contratos de igual naturaleza; en concreto, el objeto será la cosa, y la causa, el intercambio de aquella por el precio. Incluso, se ha señalado ¹³⁵ que el convenio por el que los futuros comuneros se conciertan para adquirir conjuntamente el bien podría considerarse como un contrato de sociedad, posibilidad ésta que, aún no admitida en su calificación jurídica refuerza la opinión favorable a la distinción entre los acuerdos que se suscriben en estos supuestos.

Pero, cuando son dos los contratos celebrados, ¿puede afirmarse que existe entre ellos algún tipo de relación desde un punto de vista jurídico?

¹³⁵ MIQUEL GONZALEZ, *op. cit.*: "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", cit., pág. 38.

No resulta muy difícil entender que los referidos contratos tienen un nexo en común ó están vinculados, ya que ambos forman parte de lo que constituye una misma operación económico-jurídica en la intención de las partes. En este sentido, cabría calificarlos como contratos complementarios ó conexos; y ello porque cada uno se concluye en función del otro, y, una vez consumados ambos, pasan a integrar una misma realidad relevante para el Derecho: la existencia de una comunidad de bienes de origen convencional.¹³⁶

D) La constitución de comunidad no es simple consecuencia de los modos de adquirir.

Hay aún otro aspecto de la posible autonomía del contrato de comunidad, que viene planteado también como consecuencia de esas dos manifestaciones que el mismo tiene, según hemos visto páginas más atrás.

¹³⁶ Vid. las consideraciones que en torno a la cuestión, hace LOPEZ FRIAS, ANA, en la Tesis que actualmente elabora sobre el tema "Los contratos coaligados".

Y se suscita la razón de que siendo la comunidad una concurrencia de derechos idénticos, cualitativamente, sobre las mismas cosas y limitados recíprocamente en su ejercicio, cuando se constituye una comunidad se opera una comunicación de derechos, dejando de ser objeto de un derecho exclusivo para ser objeto común de una pluralidad de derechos. Debido a ello si la convención de comunidad, referida a bienes que se encuentran ya en el patrimonio de las partes, provoca inmediatamente la comunidad, esto es, si la comunicación de esos bienes, sin necesidad de ningún otro hecho posterior o recurso a cualquier medio o proceso técnico (como sucedía en los del grupo últimamente examinado) constituye la comunidad, dicha convención asume el carácter de un contrato específico, con naturaleza propia, que debe figurar al lado de la compraventa, de la permuta, de la donación, del mutuo y de la sociedad como negocio modificativo de derechos reales (y en este sentido necesita, en su conjunto, la tradición para que se opere la constitución de la comunidad).

Esta conclusión, con el significado de considerar al contrato de comunidad autónomo en su

naturaleza, es negada por quienes estiman que no tiene tal autonomía, y que constituye una simple modalidad peculiar (en cuanto a la extensión de sus efectos) de los contratos típicos considerados como títulos traslativos de los derechos reales.

Es lo que defienden quienes consideran que no hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos: así, dijeron PEREZ GONZALEZ y ALGUER ¹³⁷, que "en rigor, no cabe hablar de 'causas de nacimiento' de la comunidad. Las mismas causas que determinan la adquisición de un derecho real, determinan la situación de comunidad cuando tal adquisición se opera en favor de una pluralidad de personas".

La misma posición mantiene MIQUEL ¹³⁸, al defender que "la comunidad de bienes no tiene una particular regulación en cuanto a su nacimiento,

¹³⁷ En sus anotaciones al "Tratado de Derecho civil" de ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF, II, 2, 2º, pág.752.

¹³⁸ Obra citada, pág. 33.

porque puede tener su origen en diversos modos de adquirir los derechos. Para que exista comunidad, solamente es preciso que varios adquieran el mismo derecho". Consideración que le lleva a afirmar, como recogía en páginas anteriores, que "no se puede hablar de contrato de comunidad, en el sentido de un contrato por el que nazca la comunidad, como se puede hablar de contrato de sociedad, en el sentido de que nace por el simple contrato de sociedad"

Respecto a la aplicación que de ello hace a los contratos de comunidad concretos, parte de distinguir dos grupos, que coinciden con las dos clases que antes distinguíamos; por lo que se refiere al que se manifiesta en la adquisición en común a un tercero, ha de rechazarse su opinión, aparte de por la argumentación de MORENO QUESADA que antes recogía, porque a ello obliga la naturaleza de hecho complejo que en tales supuestos tiene la convención de comunidad, que produce el efecto de convertir el contrato adquisitivo en un complemento que realiza la adquisición en común acordada previamente por los que van a ser comuneros, que es la parte esencial del contrato de comunidad.

Y en cuanto al otro grupo de contratos de comunidad, que MIQUEL concreta sólo en los que se llevan a cabo mediante la transmisión de una cuota parte de un objeto, en virtud de un contrato entre el propietario y el adquirente o adquirentes, considera que en este caso "la adquisición se produce por venta, donación, permuta, sociedad incluso, mediante la tradición siempre, y del contrato no nace el derecho común para ambos, sino que se fundamenta la adquisición de uno".

Al centrar la argumentación respecto de este segundo grupo en el supuesto de contrato para crear la comunidad transmitiendo una cuota parte, encuentra adecuado recurrir a la falta de una causa específica, diciendo que, a diferencia de los contratos traslativos citados, que tienen unos requisitos que precisan su especial causa (intercambio de cosa por precio, de cosa por cosa, exclusión de la sociedad leonina, acto de liberalidad), no hay ningún contrato de comunidad, o al menos no hay ningún contrato que pueda quedar perfilado en sus requisitos causales por la regulación de la comunidad de bienes.

Ni puede pretenderse, añado yo, porque este es otro contrato: el aludido directamente en el art. 392-2º. El supuesto de que tratamos es el de la creación, no el de la regulación de la comunidad; esto es, el de la disposición de bienes por uno o por varios para, mediante su puesta en común, crear una comunidad. Comunidad que, y este es otro tema, tendrá la regulación que se le haya podido dar mediante pacto o contrato dirigido a ese fin, que podrá ser independiente o estar integrado con el anterior, o la correspondiente a la comunidad especial de que se trate, o la general de los arts. 392 y ss; y que, en todo caso, tiene una causa específica en los términos que veremos en el Capítulo 7, apartado c) de esta misma tercera parte del presente trabajo.

Sin embargo, cuando enfrentándose a la doctrina mantenida por la Resolución de 16 de mayo de 1,979, que configura un contrato innominado de comunidad que se constituye con unas fincas colindantes que mediante él se agrupan (la puesta en común a que antes me refería), al reconocer que en la misma se precisaba que las partes en la finca resultante (en la comunidad) eran proporcionales a la extensión de las fincas aportadas por cada uno, dice

que de algún modo se precisaba el contenido de la causa de la adquisición como onerosa y conmutativa. Por ello, dice, "cuando varios ponen en común sus propiedades a consecuencia de un contrato, existe un contrato parecido a la sociedad, que puede encontrar en éste, al menos, su regulación por analogía".

Como se ve, llevado de su convicción de que las comunidades convencionales son realmente sociedades, remite su régimen al de éstas, olvidando la evidencia de unos preceptos concretos -los arts. 392 y ss.- que el legislador estableció con esa precisa finalidad.

Pero por lo que ahora nos interesa, lo que está claro también es que con la expresión transcrita reconoce de manera expresa la existencia de un contrato de comunidad, autónomo, que dice, y es cierto, parecido a la sociedad.

Y es que, efectivamente, no puede negarse su existencia autónoma, y la repetidamente citada Resolución de la Dirección General lo reconoce, y ésto es importante, en el doble sentido: de su posibilidad, ya que dice "desde el punto de vista

sustantivo y en base al principio de autonomía de la voluntad condenada en el artículo 1255 de Código Civil no hay obstáculo legal que impida el que a través del correspondiente pacto, los propietarios de diversos inmuebles pueden constituir un condominio romano sobre la totalidad de los mismos"; y de su autonomía ó existencia aún cuando vaya unido, ó embebido con otro negocio, toda vez que lo admite expresamente en el caso debatido al afirmar que el "negocio de creación de condominio y agrupación aparece constituido con todos sus elementos en la escritura calificada sin que obste a ello la carencia de un *nomen iuris* específico".

CAPITULO 3.

CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMUNICACIÓN DE BIENES.

A) Concepto que se propone.

El que aquí estudiamos lo concibo como un contrato por virtud del cual dos o más personas se obligan a poner bajo su común titularidad unos bienes que les pertenecen ya, que adquieren en ese momento o que adquirirán con posterioridad, regulando, o no, el régimen en que los tendrán en esa nueva situación.

O bien, más concisamente, un contrato por virtud del cual dos o más personas se obligan a poner bajo su común titularidad y para ejercicio conjunto de la misma bienes que les pertenecen individualmente

Lo que, en definitiva, viene a ser el que se realiza, como dice la Compilación navarra, ley 370, "cuando dos o más personas ponen en común determinados bienes de su respectiva propiedad para su atribución conjunta a todos ellos mediante la asignación de cuotas indivisas"

B) Exégesis del concepto.

A la vista de que puede enunciarse de tan diferentes maneras, creo que conviene explicitar algunos extremos del contenido de este concepto, para así mejor fijarlo y delimitarlo. No todos los que contiene, porque hay otros que serán objeto de consideración cuando, en el Capítulo 5 de ésta Parte, examinemos los caracteres que son propios de este contrato.

a) En lo que respecta a su ámbito, con carácter general, hemos de decir que cuando hablamos de comunidad de bienes, nos estamos refiriendo a comunidad de propiedad u otros derechos de las diversas clases que examino con detenimiento al exponer el objeto del contrato de comunicación de bienes.

Y conviene aclararlo, porque como pone de relieve BELTRAN DE HEREDIA, cuando trata de conceptualizar técnicamente la comunidad en relación a

nuestro Derecho,¹³⁹, aparte de la incorrección del art. 392 C.c. al dar a entender aparentemente que sólo admite como forma de comunidad de bienes a la copropiedad, y que puede referirse tanto a las cosas como a los derechos, es indudable que dicho precepto se presta también a la confusión de considerar que hay un caso de comunidad de bienes que comprende tanto a las cosas como a los derechos; y otro más concreto, la copropiedad, que se refiere sólo a las cosas corporales. A juicio del ilustre civilista, únicamente en un sentido amplio de comunidad, que él considera impropio, equiparada a cotitularidad, podría pensarse en una comunidad de las cosas y de los derechos, y que en un sentido técnico y propio debe decirse que lo que está siempre en común, no son las cosas sino los derechos, es decir la cosa en cuanto a las utilidades jurídicas que proporciona a su titular; lo que "pertenece" en común son, jurídicamente hablando, los derechos, que a su vez se ejercitan sobre las cosas.

Añade que tener en común el derecho de propiedad significa, pues, tener en común la

¹³⁹ Op. cit., págs. 125 y ss.)

totalidad de las utilidades de una cosa, mientras que tener en común un derecho real limitado significa tener en común solamente unas determinadas utilidades de la cosa (goce, disfrute, etc.): en ningún caso significa tener en común la materialidad física de la cosa, porque esto no es un concepto jurídico. Por ello, dice, la comunidad de propiedad, o mejor dicho del derecho de propiedad, es la copropiedad, que se presenta como la tenencia en común del derecho de propiedad; su objeto no es este derecho, sino aquello que es objeto del mismo, es decir las cosas en la totalidad de sus utilidades. La comunidad de otros derechos reales, limitados, tiene, como cotitularidad común, a estos derechos; su objeto será el de estos mismos, es decir las cosas, pero no en la totalidad de sus utilidades, sino tan solo en una parte concreta y determinada de las mismas.

Es la idea que se refleja en el Código civil italiano cuando habla de "comunidad de propiedad o de otro derecho real" (art. 1100), y que explicita la doctrina ¹⁴⁰. Y la que, según LACRUZ

¹⁴⁰ Vid. por todos FRAGALI, "La comunione", cit., I, págs. 25 y ss.

¹⁴¹, se deduce del art. 392 del nuestro, que al decir que "hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas", hay que entender "la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho en cosa ajena", pues, por definición, el derecho en cosa ajena no es objeto de propiedad.

Ahora bien, creo que esta concepción, que el propio BELTRAN califica de "estricta o técnica", restringe excesivamente, y sin justificación bastante, el ámbito de lo que es la utilización actual de la comunidad de bienes. Y aparte de que expresamente se adopta por algunos autores ¹⁴² (no

¹⁴¹ "Elementos de Derecho civil", III-2º, cit., pág. 263

¹⁴² Así ROCA SASTRE, que en su "Naturaleza jurídica de la aportación social", Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia, tomo 179, Madrid, 1.946, pág. 422, habla de que "en caso de que el bien puesto en común sea un crédito..", y DIEZ-PICAZO, que en sus "Fundamentos del Derecho civil patrimonial" cit., II, págs. 757 y s. defiende que la institución de la comunidad de bienes es más amplia que el fenómeno de la titularidad plural de un derecho real, pues comprende: 1) la copropiedad o condominio; 2) la titularidad plural de un derecho real en cosa ajena; 3) el crédito mancomunado que no origina su fragmentación; 4) los patrimonios y masas patrimoniales bajo una titularidad colectiva". Y últimamente, TORRES LANA, que en "Código civil. Doctrina y Jurisprudencia", dir. ALBACAR LOPEZ, II, Madrid, 1.991, pág. 263, considera que la expresión del Código "propiedad de una cosa o de un derecho", "transciende la categoría dogmática de los derechos reales"... e "incluye entre ellos los derechos personales o de crédito".

son muchos los que se plantean la cuestión) el sentido amplio sobre el ámbito objetivo de la comunidad, la jurisprudencia de nuestro T.S. la comparte en muchas sentencias que se refieren a diferentes supuestos de bienes (de los que me ocuparé al estudiar el objeto del contrato), y una de 7 de octubre de 1927, que con carácter general dice que la comunidad "lo mismo puede ser representativa de un derecho real que de un derecho de obligaciones".

Por consiguiente, el ámbito de aplicación de la comunidad de bienes, lo entendemos con la amplitud que se recoge en la S.T.S. de 17 de diciembre de 1986, en la que se dice que "el vocablo "bien" no está en contradicción con el de "derecho" y que uno y otro se utilizan indiscriminadamente, si bien más amplio de concepto el primero, como viene a corroborarlo de forma inequívoca nuestro Código sustantivo, en que bajo el epígrafe del título III, libro II "De la comunidad de bienes", a continuación, en su artículo 329, incluye bajo la rúbrica de "Bienes" como concepto genérico, los vocablos más especificados y determinantes de "cosas" y "derechos".

b) Otro de los elementos que se comprenden en el concepto de contrato de comunicación de bienes, tal como lo hemos expuesto, es el relativo a la pertenencia de los bienes que van a formar la comunidad. Y ello, bajo tres aspectos distintos:

a') El primero es la necesidad de que los bienes que se va van a poner en común pertenezcan a todos lo que convienen la misma. Y esto es así porque si la titularidad de los mismos es sólo de alguno o algunos, que la ponen a disposición de otro u otros, en realidad habrá una donación; lo que, por otro lado, tanto sucederá si la donación es de la totalidad del bien, como si es sólo de parte del mismo. Esto ocurre porque si sólo aporta uno, o más, que donan la correspondiente participación a otro, u otros, que nada han aportado, la comunidad surge como consecuencia de la donación, después y como resultado de ésta, y surge entre el donante y el o los donatarios, al tener bienes de titularidad conjunta. Y la hace nacer con el carácter de incidental.

Es éste un tema que se planteó hace unos

años PINTO COELHO ¹⁴³. Partía de una serie de supuestos que se dan en la práctica: así la adquisición por compra en común de una cosa por dos o más personas, o la concurrencia para la formación de una cosa adquiriendo bien en común bien cada uno por su parte, los respectivos materiales, o la puesta en común de dos predios colindantes, o la adquisición por compra, por permuta, o por dación en pago de una parte indivisa de una cosa o derecho, o la adquisición en común por dos o más herederos de parte de la herencia, o el acuerdo de no partir determinados bienes de la misma. En todos estos casos, dice, si bien surgen situaciones de comunidad por virtud de negocios jurídicos bilaterales, hay claras diferencias entre ellos.

Y estas diferencias se concretan en que en unos supuestos la voluntad de los que así han actuado se dirige a la creación de la comunidad como tal, siendo ésta el objeto específico de la voluntad formada y manifestada, o motivo determinante, la causa final de un dado negocio jurídico (como sucede, por ej., cuando ponen en común determinados bienes o

¹⁴³ "Da compropiedade (comunhao) no Direito portugues", cit., II, págs.10 y ss.

deciden no hacer partición de la herencia); mientras que en otros sus voluntades están dirigidas a la creación de situaciones que suponen, incidentalmente, la comunidad, no siendo ésta, al contrario de lo que sucede en los casos anteriores, buscada por ellos, sino pura y simplemente una consecuencia de la aceptación, por los que terminan siendo comuneros, del negocio concreto que es el fin que directamente persiguen (como sucede en el caso de que varias personas acepten una donación hecha en común).

b') El segundo de estos tres aspectos de la pertenencia de los bienes que se pretenden poner en común, es que han de pertenecerles ya, o ser adquiridos en ese momento o en otro posterior. Se trata, con esta enunciación, de poner de relieve no sólo la circunstancia evidente de que se puede constituir comunidad con bienes sobre los que se tiene una titularidad actual, sino la posibilidad de que se celebre el contrato obligándose a aportar bienes que se van a adquirir de forma inmediata o posteriormente.

La posibilidad de que se celebre sobre bienes que se van a adquirir de forma inmediata, la

expresamos refiriéndonos a bienes "que adquieren en ese momento"; porque en la realidad cotidiana puede ocurrir, y ocurre con frecuencia, que varios adquieran conjuntamente una o varias cosas con la intención, evidentemente anterior a la adquisición, de constituir una comunidad sobre ellas. Al adquirir así, cuando adquieran la propiedad les pertenecerá pro indiviso; y ello ocurre por virtud de dos elementos: 1) la decisión de adquirir conjuntamente, en común, y 2) la posterior adquisición efectiva.

La decisión de adquirir proindiviso, en tales casos, siempre será anterior; más o menos, incluso muy cercana al momento de la prestación del consentimiento para la adquisición de la cosa o cosas de que se trate, pero en todo caso anterior; aunque lo sea, insisto, sólo un instante.

Pudiera pensarse que en tales casos se dará una comunidad incidental, porque es la ley la que, ante el hecho de la adquisición por varios proindiviso, considera que existe la comunidad; pero la verdad es que el legislador lo que hace es declarar que la comunidad existe, y existe no porque la cree en ese momento, sino porque con anterioridad

se habían dado, voluntariamente, las circunstancias que provocan su constitución, que son la pertenencia de unos bienes proindiviso a varios sujetos. Porque esto, a su vez, no es sino la consecuencia del contrato anterior, de adquisición a terceros de tales bienes: les pertenecen éstos porque se ha producido la entrega, modo, tras el contrato de adquisición con el tercero, título. Y les pertenecen proindiviso, porque voluntariamente ha habido un acuerdo, contrato, entre ellos, de adquisición conjunta y no, como podrían haber hecho, repartiéndose materialmente la cosa o cosas adquiridas: y si todos han estado de acuerdo en comprar conjuntamente, sin atribución de partes concretas, es que de una u otra forma (art. 1278 C.c.) han prestado su consentimiento para ello, han celebrado un contrato.

También, añadía, puede tratarse de bienes "que adquirirán con posterioridad". Cabe pensar, por lo dicho en los párrafos anteriores, que se trata del mismo supuesto que acabamos de examinar; y, en rigor de verdad, así es: tanto en uno como en otro caso, los bienes que se ponen en común, que se comunican, no pertenecen aún a los que contratan la constitución de la comunidad. Porque, efectivamente, hay sólo dos

supuestos posibles respecto a la pertenencia de los bienes que van a formar una comunidad: o les pertenecen ya a los que van a ser comuneros, o no les pertenecen, que es lo que sucede con los dos supuestos que aquí separamos.

Pero, pese a ello, hacemos esa separación porque ambos supuestos están bastante diferenciados y, sobre todo en la práctica, las circunstancias de celebración del contrato de comunidad no serán las mismas: en uno, el de la adquisición proyectada para después, hay un período mayor entre la celebración y la consumación o producción de su efecto, la creación de la comunidad, lo que puede dar lugar a situaciones que no se presentarán en el otro supuesto donde, como antes decía, casi se confunden celebración y ejecución. Pero sobre todo, creo oportuno mantener la distinción porque con ella se pone de relieve que el caso de adquisición conjunta sin una aparente previa convención de comunidad, también entra en el concepto del contrato de comunicación que aquí examinamos.

Y es que, como se ha puesto de relieve ¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Vid. PINTO COELHO, "Da compropriedade..", cit., pág. 13

la comunidad convencional resulta muchas veces de un solo negocio jurídico (como la convención por la cual son puestos en común bienes ¹⁴⁵); pero otras, muchas también, la convención o acuerdo tendente a constituir una comunidad exige la celebración posterior de nuevos negocios jurídicos, lo que se da en aquellos casos en que los bienes a que la convención se refiere no se encuentran aún en el patrimonio de las partes y es necesario un negocio jurídico para que entren en él y, así pueda tener existencia efectiva la comunidad. Opina que en estos casos puede decirse que uno de los negocios jurídicos es apenas un instrumento de realización, un proceso técnico-jurídico de dar substancia a otro, que aquél presupone, y podrá decirse que se está frente a otras tantas formas de hechos complejos, ¹⁴⁶ de modo que el segundo negocio jurídico no es verdadera fuente de la comunidad sino simplemente una condición de su aparición.

Aunque, como consecuencia de ello, añade

¹⁴⁵ A la que añade el contrato de donación, que considera fuente directa de comunidad.

¹⁴⁶ Sobre la naturaleza de ésta conjunción de negocios, me remito a lo que dejé expresado sub Capítulo 2, final del apartado C.

que en rigor nunca se podría decir que la compraventa, la permuta, la dación en pago o el mutuo hacen autónomamente surgir relaciones de comunidad dado que, al final, siempre han de integrarse en un acuerdo o convención posterior, que es la tesis que venimos exponiendo, sin embargo le parece que ello sería llevar demasiado lejos el concepto de acto complejo; y que cuando la convención de comunidad por sí sola no puede operar la efectiva comunicación de ciertos bienes por no encontrarse en el patrimonio de los contratantes, y se hace necesaria la realización de otro negocio jurídico, es éste, verdaderamente, la fuente de la comunidad, pues él es el que hace surgir la relación de derechos reales que la comunidad es siempre. La mera convención, dice, sólo vinculará recíprocamente a los contratantes a poner en común los bienes objeto del contrato, quedando ellos ligados entre sí por un complejo de derechos de crédito; el negocio jurídico realizado para dar cumplimiento a la convención transforma la relación anterior de complejo de derechos de crédito en complejo de derechos reales siendo, por tanto, un hecho nuevo, con entera autonomía.

Esta observación no implica obstáculo a la

tesis que defendemos, porque está hecha desde la óptica del Derecho portugués, cuyo sistema de adquisición y transmisión de derechos reales se basa en la eficacia traslativa de los contratos. Y, en cambio, sí distingue en el antecedente de la conclusión lo que es el contrato de comunidad o comunicación de bienes, de lo que son los contratos que permiten a las partes adquirir las cosas que en virtud de aquel acuerdo se van a constituir en comunidad, contrato que es en su Derecho el que produce el desplazamiento real de los bienes a la comunidad. En el nuestro, con arreglo a la teoría del título y el modo, los contratos para la adquisición de los bienes a comunicar son un antecedente del de comunicación, que es también entre nosotros el que crea las relaciones obligacionales que desembocarán, con la tradición de aquéllos, en las reales en que consiste la comunidad.

Y es que, conviene insistir en ello, estas posibilidades de creación convencional de una comunidad a que venimos refiriéndonos, -de bienes que aún no pertenecen a los que crean la comunidad- se dan porque el contrato de comunicación de bienes es en nuestro Derecho, como después veremos con más

detenimiento, un contrato obligacional que exige la posterior comunicación, a través del correspondiente modo, para que produzca su efecto de creación de la comunidad.

c') El tercero de los aspectos relativos a la pertenencia de los bienes que se comprometen a comunicar, que estimo conveniente examinar, es el de la necesidad de que dichos bienes, si ya les pertenecían, les pertenecieran individualmente, excluyéndose, por lo tanto, el que los aportados ya los tuvieran ellos *pro indiviso*. O sea que en tal caso, en el que ya existe una comunidad, no cabría ese tipo de comunicación, toda vez que ello implicaría constituir una comunidad ya constituida.

De todas formas, para mejor comprender la situación, creemos que en este supuesto han de distinguirse dos situaciones diferentes: el que los bienes ya en comunidad sean sólo una parte de los que se van a aportar, o que dichos bienes constituyan la totalidad de los que formarán la comunidad.

En el primero de estos casos no parece haber problema, para que, comunicándolos, se

constituya comunidad de bienes, pues tanto da el que una parte de los bienes que se van a traer a la comunidad ya lo estén en ese régimen, toda vez que al añadirseles a otros que están fuera de ella, formarán una nueva y distinta comunidad.¹⁴⁷

En cambio, el segundo caso resulta rechazable, toda vez que se trataría de formar una comunidad igual a otra existente; no se trata de un supuesto meramente académico, en cuanto que se trae a colación por la doctrina a propósito de la transformación de comunidades incidentales en convencionales, lo que algunos autores¹⁴⁸ llaman contrato de "mantenimiento de comunidad", frente al contrato de "constitución" de la misma; y, por otra parte, es la que viene regulada expresamente en varios de los artículos que son nuevo texto del Código civil francés a consecuencia de la ley de 31 diciembre 1976 que lo modificó, añadiéndole el nuevo título IX bis. Al estudiar la diferenciación de otras figuras afines de este contrato de comunicación de

¹⁴⁷ La relación que éste supuesto tiene con la modificación, con ó sin extinción de la comunidad preexistente, la veremos en el Cap. 6.

¹⁴⁸ Por ej. Fragali, op. cit., I, págs. 539 y s.

bienes, volveré sobre el tema con más detenimiento, pero vaya por delante la opinión de que sólo será posible el contrato constitutivo de una nueva comunidad, si hay una variación sustancial de la que se pretende constituir, respecto de la comunidad anterior, pues en otro caso estaremos ante un supuesto de contrato regulador de la comunidad, no constitutivo de la misma.

c) Otro elemento de los que integran la noción de este contrato, es que por medio de él las partes se obliguen a que los bienes que van a constituir la comunidad se pongan bajo la titularidad común de todos ellos.

Si alguno de los que comunican bienes, como ya he aludido antes, quedare fuera de la comunidad que se constituye, y de la que van a formar parte esos bienes, en realidad lo que hacen es vender o donar; venta o donación que constituyen actos previos o posteriores a la constitución de esa comunidad contractual, comunidad que temporalmente tendrá un origen posterior, y de la que no formarán parte los que vendan o donen bienes que se integrarán en ella: si la donación o venta, a favor de los que serán

comuneros, es anterior a la constitución (y esto resultará también cuando pretenda ser simultánea), se formará entre ellos una comunidad voluntaria no contractual, y el contrato que los mismos celebren después, será de organización si se había realizado aquélla a favor de todos, y de aportación a la comunidad por los beneficiarios, si fueron sólo algunos; si es posterior, será una venta o donación a la comunidad ya constituida.

Y, por otra parte, si a alguno no se le atribuyere cuota sobre esos bienes, obviamente no formaría parte de la comunidad constituida. Los que celebran el contrato de comunicación, aportan los bienes, y todos ellos y sólo ellos serán los comuneros.

d) En cuanto al extremo de que podrá, o no, regular el régimen de utilización y disfrute de los bienes, en definitiva, contener o no las reglas de organización de la comunidad que crea, ha quedado suficientemente estudiado páginas más atrás, cuando expusimos la posibilidad y justificación de un contrato creador de la comunidad, independiente y autónomo respecto del posible dedicado a regularla.

C) Precisiones terminológicas

Para una mayor claridad y precisión de los términos que hemos utilizado, y seguiremos utilizando, quiero establecer el alcance de los tres que, concatenados, encierran lo esencial de toda esta materia:

a) Contrato de comunicación de bienes; con él designamos el acuerdo que, mediante las comunicaciones en él comprometidas, va a dejar constituida una comunidad de bienes.

b) Comunicación de bienes: puesta en común de los bienes que van a constituir la comunidad, realizada en cumplimiento de la obligación de dar efecto al contrato de comunicación.

c) Comunidad de bienes: situación de titularidad conjunta de unos bienes o derechos, finalidad que persigue el contrato de comunicación, y que es consecuencia de la comunicación que los contratantes hacen de dichos bienes.

CAPITULO 4.

NATURALEZA JURIDICA DE ESTA FORMA DE CONSTITUIR
COMUNIDADES.

A) Naturaleza contractual del acto constitutivo

El primer problema que plantea la naturaleza jurídica del acto convencional creador de la comunidad de bienes, reside en la determinación de si se trata, o no, de un verdadero contrato.

a) A este propósito, afirma ROCA SASTRE¹⁴⁹ : que "al igual que en la sociedad, en la comunicación de bienes más que contrato, que es figura de intereses opuestos, hay un acto colectivo o de unión".

Esta figura del "acto colectivo" consiste en la existencia de unas declaraciones de voluntad que se disponen paralelamente una al lado de otra, y no están destinadas a combinarse entre sí, como acaece con el contrato; ni son recepticias, en cuanto

¹⁴⁹ "Naturaleza jurídica de la aportación social", en la Rev. Gen. de Leg. y Jurisprudencia, tomo 179, Madrid, 1.946, pág. 425

que no se dirigen a los otros sujetos que participan en el acto, en cuanto que en él no hay enfrentamiento entre las partes; las declaraciones de voluntad son de contenido idéntico, lo que no ocurre en los contratos de cambio, y se suman pero no se funden. Y es que, frente a los intereses opuestos que se dan en el contrato, en el acto colectivo hay un concurso de intereses paralelos

Pues bien, hay que objetar a la apreciación de ROCA que la doctrina, o por lo menos un numeroso sector de la misma, que defiende frente a la consideración tradicional de la sociedad como contrato la calificación de acto colectivo, lo hace a través de la observación de que en la sociedad se hace necesario distinguir entre el acto constitutivo y la situación a que da origen el mismo, centrándose especialmente en la idea de que con el contrato de sociedad se da vida a una organización dotada de personalidad jurídica.

Como dice CAPILLA RONCERO, considerando esta cuestión con referencia a la sociedad ¹⁵⁰, el

¹⁵⁰ "La sociedad civil", Bolonia, 1.984, págs. 37 y s.

dato de partida se encuentra en la constatación de que, mientras en la mayoría de los contratos se defienden intereses contrapuestos que se articulan y satisfacen entrecruzadamente mediante la reglamentación contractual, en las sociedades y corporaciones el acto constitutivo lo que hace es aunar intereses, concurrentes todos ellos a un fin común, sin que se observe la contraposición típica de los contratos. Por ello, aplicándolo a la constitución de una persona jurídica, resulta que los fundadores realizan un acto colectivo o complejo, en el que sus voluntades se dirigen todas a un mismo fin: crear el ente; la voluntad, añade, no va pues encaminada a vincular recíprocamente a todos los sujetos intervinientes entre sí: este acto colectivo tendría carácter unilateral, excluyéndose, pues, su naturaleza contractual

Y está claro que una solución que se basa en tal argumento, no puede predicarse de la constitución de comunidades de bienes, en las que, según la generalidad de la doctrina, no cabe apreciar la existencia de personalidad jurídica ¹⁵¹. Esta

¹⁵¹ No obstante haberlo afirmado una corriente doctrinal no muy extendida, que en su momento aceptó, entre nosotros, DONDERIS TATAY, en "La copropiedad. Teorías. Derecho

inaplicación viene reconocida por el propio CAPILLA, que al exponer la teoría a la que la argumentación se refiere, afirma que "el ámbito de aplicación de esta teoría dejaba fuera a las sociedades de personas, precisamente por estimarse que carecen de personalidad jurídica"¹⁵².

b) Y lo que resulta evidente, es que si el acto de creación de comunidad no es un acto colectivo, es que su naturaleza es la de un contrato. Y es, efectivamente, un contrato; y un contrato plurilateral.

Muy próximo al acto asociativo, a que antes hemos hecho alusión, pero dentro de la categoría contractual, se encuentra en efecto el contrato plurilateral. Hasta tal punto que autor tan calificado en esta materia como es MESSINEC¹⁵³ de los tres caracteres que delimitan el concepto de

español", cit., págs. 50 y ss. Vid. la exposición y refutación de BELTRAN DE HEREDIA "La comunidad de bienes..", cit., págs. 148 y ss.

¹⁵² "La sociedad civil", cit., pág. 38.

¹⁵³ "Dottrina generale del contratto. (art. 1.321-1.469 C.c.)", 2ª ed., Milano, 1.946, págs. 41 y ss.

contrato plurilateral, identifica uno de ellos como propio del acto colectivo.

Ocupándose del contrato plurilateral, dice que en el art. 1321 del Codice se prevé ("dos o más partes"), que entren a componer el contrato varios sujetos pero reagrupados no en torno a dos centros de intereses (partes) sino en torno a más (de dos) centros de intereses, o sea más de dos partes: que es lo que da lugar a la figura del contrato plurilateral. Para concretar el concepto de esta figura se refiere a tres aspectos del mismo que son las partes, la posición de las mismas y el fin que persiguen:

1) Por contrato plurilateral se quiere entender el contrato, en el que pueden participar -*ab initio* o después de la formación del mismo- varias partes. Pero la relevancia de la figura no se encuentra, como pudiera parecer a primera vista, en el hecho de que el contrato implique más de dos partes. Y ello porque al considerarlo el legislador como "una especie" del contrato, podría -indiferentemente- asumir el aspecto de la bilateralidad o el de la plurilateralidad; por lo que

esto último no es un elemento constitutivo y esencial.

2) También respecto de la posición de las partes, que debería imprimir el carácter peculiar del llamado contrato plurilateral, y que sería de antagonismo de intereses, está falsamente representada, en cuanto en el acto en el cual los contrayentes contraen la relación, no puede haber entre ellos antítesis de intereses, puesto que el contrato genera, por definición, la composición entre los intereses. Otra cosa es que las prestaciones a las que las partes se obligan por el mismo título, puedan a veces tener un contenido cualitativa o cuantitativamente diverso: esto no quita que formalmente las prestaciones sean idénticas (cita el ejemplo de la sociedad).

3) Por el contrario, nota efectiva del llamado contrato plurilateral es el hecho de que, mediante él, las partes persiguen un interés común, con lo que el contrato plurilateral se presenta, en realidad, como acto colectivo, el cual es de tipo negocial pero no es figura contractual.

De todas maneras, este autor concede que la pluralidad de las partes podría darse solamente en los contratos asociativos, mientras que en los contratos de cambio, que son el grupo más importante, el contrato no comporta más de dos partes, si bien concluye diciendo que, por ello, las reglas específicas de los contratos de cambio son inaplicables a los llamados contratos asociativos.

Una parte de la doctrina había identificado la categoría del contrato plurilateral con la del contrato asociativo, hasta el punto de que algún autor¹⁵⁴ propuso sustituir la denominación "contrato plurilateral" por la de "contrato de organización", por lo que se atribuían a los plurilaterales algunas características propias de los contratos asociativos. Pero con independencia de esta posición, la categoría de los contratos plurilaterales está perfectamente afianzada, y lo está como categoría distinta a la de los actos asociativos¹⁵⁵. Y se le caracteriza porque

¹⁵⁴ AULETTA, "Il contratto di società commerciale", Milano, 1.937, pág. 36.

¹⁵⁵ Vid. LACRUZ Y RIVERO, en "Elementos de Derecho civil", II, 2º, 2ª ed., Barcelona, 1.987, pág. 242 y nota 12.
En la doctrina italiana, DEIANA, "Concetto e natura giurídica del contratto di divisione", Riv. Dir. Civile, XXX, (1.939), págs.62 y s. nota 3, consideraba los contratos asociativos como la categoría principal de los contratos

la pluralidad se refiere a la capacidad del tipo contractual genérico para recibir una multiplicidad de partes, por lo que mientras el contrato sinalagmático no puede perder una de sus partes, porque entonces desaparecería, al contrario, el plurilateral sí puede disminuirlas, como también puede aumentarlas, hablándose, por ello, de contrato abierto frente a los contratos de cambio.

Y en cuanto al fin común, buscado por todas las partes, también se reconoce que lo requieren estos contratos plurilaterales en el orden funcional; considerándose que este elemento es el que lo caracteriza, y le permite seguir subsistiendo aunque disminuya el número de partes

A su vez, las partes no se hallan en posición antagónica, ya que persiguen un fin que les es común: por ello, el consentimiento contractual no se forma, como en los contratos de cambio, por el encuentro de declaraciones orientadas en sentido contrario, sino que convergen y se suman al ser

plurilaterales pero no la única; a no tener esto en cuenta le atribuí la confusión de querer establecer una reglamentación del contrato plurilateral teniendo solo presente la categoría más importante del mismo (la de los asociativos).

unidireccionales y paralelas. Igualmente, sus prestaciones no se hallan en posición de correspectividad (ni dirigida la una hacia cada una de las demás), sino, como sucede con las declaraciones, dispuestas en una única dirección, en sentido paralelo o convergente.

Creo que todo lo que acaba de decirse acerca de los contratos plurilaterales, es de aplicación al creador de una comunidad de bienes¹⁵⁶: así la pluralidad de partes, imprescindible para la puesta en común en la que éste consiste, ya que ha de haber varios que aporten, como tiene que haber en la comunidad que se forma varios titulares de las cuotas con la que la misma se articula. De todas formas, no hay que olvidarse que, como se ha puesto de relieve, la calificación como contrato plurilateral del constitutivo de comunidad, puede mantenerse aún cuando ésta se constituya entre dos partes, ó el número de ellas se reduzca a dos, pues no resulta imprescindible que en el contrato

¹⁵⁶ Estudia también la estructura plurilateral del contrato de constitución de comunidad, FERRI, en "Della trascrizione immobiliare", en el Comentario al Codice Civile de SCIALOJA Y BRANCA, Bologna-Roma, 1.962

plurilateral se dé un mínimo de tres partes ¹⁵⁷

También está presente en él un fin común, poner bajo la titularidad de todos los partícipes unos determinados bienes, que son los que integran la comunidad, cuya presencia se extiende durante la vigencia de la misma, y que es lo que permite el cambio de los titulares -aquí la nota de contrato abierto, antes aludida- sin que se afecte la relación de comunidad inicialmente creada.

Por lo que respecta a las declaraciones que concurren a la formación del consentimiento contractual, todas ellas versan sobre ese fin común de tener los bienes en comunidad, y únicamente habrá contraposición de ellas, por haberlas de intereses, a la hora de fijar las respectivas cuotas; pero esto, por referirse a un elemento que no hemos considerado esencial en el contrato, desde el momento en que decíamos que puede celebrarse aunque no se regule (caso en el que entrará en juego lo preceptuado en el art. 393 C.c.), no cambiará en nada su naturaleza.

¹⁵⁷ FRAGALI, "La comunione", cit., I, pág. 541, con abundante bibliografía sobre el tema.

Y en cuanto a no hallarse las prestaciones en situación de correspectividad, está claro también, toda vez que el bien que cada uno se compromete a comunicar no lo hace a otro u otros, sino al conjunto de cuya titularidad común se harán cuotas

B) Naturaleza modificativa de la constitución de comunidades.

El otro aspecto de la naturaleza jurídica del contrato de comunicación de bienes, se refiere al mecanismo por virtud del cual se crea la comunidad con los bienes comunicados, a través del contrato que nos ocupa.

Pues bien, partiendo de la base de que la comunidad que va a constituirse, con el contrato que estamos denominando de comunicación de bienes, es comunidad en la que habrá derechos reales, tema del que nos ocuparemos de nuevo al tratar del objeto del mismo, vamos a considerar cual es el mecanismo de su creación convencional. En pocas palabras, si se produce, o no, una traslación o una declaración de

los derechos que van a integrar la comunidad.

Creo, por mi parte, que para resolver adecuadamente la cuestión, ha de partirse del verdadero alcance de los conceptos cuya aplicación se pretende: el acto traslativo es el que opera la transferencia de bienes o derechos desde el patrimonio de una o más personas al de otra u otras, ya sea la transferencia voluntaria o forzosa como consecuencia de cesión, venta, herencia, renuncia o cualquier otro título lucrativo u oneroso, de los reconocidos en derecho. Mientras que acto declarativo es aquel que reconoce un estado de derecho preexistente sin modificarle ¹⁵⁸

a) Dado este concepto de acto declarativo, queda bien claro que la comunicación de bienes no tiene tal carácter, puesto que para ello sería preciso admitir que con ella no se modifican situaciones anteriores ya creadas (y es obvio que ello sí sucede, con independencia de cual pueda ser el alcance que se le atribuya), y que produce efectos

¹⁵⁸ Vid. MARTIN LOPEZ, J., "Carácter y efectos de la partición de herencia" en Rev. Der. Privado, 1.936, págs. 86 y 87.

retroactivos (lo cual puede plantearse a propósito de la división de la comunidad, pero en ningún caso cabe admitirlo respecto de la constitución de la misma).

Por otra parte, y haciendo aplicación específica al tema de la constitución de la comunidad por medio de un contrato, que es de lo que ahora se trata, no hay que olvidar ¹⁵⁹ que los contratos son esencialmente creadores y modificativos (y extintivos, habría que añadir), por lo que hablar de contratos declarativos resulta contradictorio, y además que los actos declarativos son unilaterales cosa que no sucede con el contrato de comunidad.

Y si no es un acto declarativo, ¿quiere ello decir que la creación convencional de una comunidad es un acto traslativo?.

Aunque matizadamente, así lo ha defendido PINTO COELHO ¹⁶⁰, cuando considera que siendo la

¹⁵⁹ Vid. CHEVALIER, "L'effet déclaratif de la transaction et du partage", cit., por MARTIN LOPEZ en su obra cit. pág.88

¹⁶⁰ "Da compropriedade...", cit., pág. 15

comunidad un concurso de derechos idénticos sobre las mismas cosas y limitados recíprocamente en su ejercicio, llega a la conclusión de ser evidente que se opera una transferencia de derechos cuando una cosa se pone en comunidad, dejando de ser objeto de un derecho exclusivo para ser objeto común de una pluralidad de derechos.

Este mismo carácter traslativo se le atribuye al considerarse que perteneciendo los bienes a todos, lo que realmente hay es un cambio o permuta de cuotas: de las cuotas en la titularidad del propio bien superiores a la que le va a corresponder sobre el mismo en cuanto integrante de la comunidad, y las que tendrá, a través de ésta, sobre los bienes integrados en la misma que han sido aportados por los otros sujetos.

Esta tesis se ha venido manteniendo, especialmente por las ventajas que para el Fisco supone la configuración como tal, pero la figura de la permuta resulta incompatible con la de comunicación, que la hace innecesaria, como dice expresamente la Resolución de la D. G. R. N. de 16 mayo 1979, ya antes examinada con detenimiento. Así

lo recoge también MUÑOZ DE DIOS, G. ¹⁶¹ a propósito de una modalidad del contrato que estudia y que encontraba su cauce a través de una permuta, lo que, dice, a partir de la indicada Resolución y subsiguiente reforma reglamentaria ¹⁶², permitiendo la agrupación de parcelas de dueños distintos, con tal de que la agrupada resulte perteneciendo a todos proindiviso, desaparece la necesidad de ese cauce y se puede formar la comunidad de dueños de solares que contraten conjuntamente con el constructor la aportación.

b) Entiende, por su parte, ROCA SASTRE ¹⁶³ que no es traslativa de derechos la comunicación de bienes. Y ello, por considerar que en la aportación de bienes a una comunidad no se produce pérdida de la cosa.

Argumenta esta afirmación refiriéndose, por

¹⁶¹ "Aportación de solar y construcción en comunidad", Madrid, 1.987, págs.28 y 29

¹⁶² Se refiere a la del art. 15 del Reglamento Hipotecario realizada en 13 de mayo de 1.982.

¹⁶³ "Naturaleza jurídica de la aportación social", cit., págs. 422 y s.

separado, a los efectos de la transmisión onerosa y de la gratuita. Con respecto a la primera, considera que al haber un desplazamiento jurídico de la cosa enajenada al patrimonio del adquirente, se provoca para el enajenante una pérdida de la misma, razón por la cual es catalogada entre las causas de pérdida de la propiedad de las cosas. Y en cuanto a la transmisión gratuita, estima que la pérdida no sólo es jurídica, sino también económica, pues al no recibir el enajenante un equivalente, su patrimonio queda minorado, de lo que resulta el tratamiento específico que reciben las donaciones frente a la inoficiosidad legitimaria, la acción pauliana, la quiebra, etc. Pérdida económica que no se produce si la transmisión es onerosa porque la eliminación patrimonial de la cosa enajenada está compensada por el equivalente que se recibe como contraprestación, y de ahí también el tratamiento específico de las transmisiones onerosas, dirigido a mantener el equilibrio entre las dos contraprestaciones, y que se refleja en la acción resolutoria por incumplimiento imputable, en la excepción de contrato no cumplido, en la rescisión por lesión, etc. Y, en cambio, en la comunicación de bienes no hay pérdida, ni económica ni jurídica, pues el bien que se aporta, se pone en

común o se comunica con los demás, no queda perdido para su titular, sino sólo transformado en su expresión jurídica. (Pero esto, decimos por nuestra parte, será así siempre que el valor de la cuota concedida a cada uno, sea proporcional al valor de lo aportado, pues en otro caso habría una efectiva transferencia de los que reciben menos de lo que aportaron a los que reciban más. Tesis que encuentra su respaldo en doctrina sentada por la Resolución D.G.R.N. de 16 de mayo de 1979)

Es importante, a efectos de valorar adecuadamente esta tesis, examinar el fundamento de la misma, que su autor expone considerando que "no puede hablarse propiamente de que exista transferencia en la comunicación de bienes: en ella se opera un resultado idéntico, si bien de signo inverso, al de la "descomunicación" de bienes que provoca la partición o división de cosas comunes. Todos los argumentos que apoyan el carácter declarativo y no traslativo de la partición, son utilizables aquí, pues en esencia, no se trata sino de un proceso o fenómeno de descomunicación de lo que hasta entonces estaba comunicado, o sea de conversión o transformación en propiedad exclusiva de lo que se

hallaba comunicado o en coparticipación. En la comunicación el proceso es inverso, pero en esencia es el mismo"; completa la argumentación a base de asegurar que quienes sostengan que la aportación significa transferencia onerosa, han de verse obligados a considerar que la división del haber social o común es acto traslativo y no meramente declarativo.

Y es que con respecto a tal argumento, ha de exponerse una doble consideración: relativa, por una lado, a que la comunicación sea efectivamente un proceso idéntico, aunque contrario, a la partición, y de otro a que la naturaleza de ésta sea indubitadamente declarativa.

Y aunque admitamos como cierto lo referente al primero,¹⁶⁴ pensamos que no lo es en el segundo aspecto, el de la naturaleza de la partición, o de la división, que tanto da, porque va ganando terreno la tesis de que la naturaleza de la partición en nuestro Derecho no es declarativa al faltarle un texto legal

¹⁶⁴ No lo considera así SANCHEZ DE VELASCO, "Problemas en torno a la agrupación de fincas...", cit., pág. 276, estimando que no se puede aplicar aquí el criterio romano del *contrarius actus*.

que la imponga y contradecir la realidad evidente de que los sucesores fueron y vienen siendo desde la apertura de la sucesión cotitulares del caudal relicto y sólo después de la partición dueños de bienes concretos; y tampoco traslativa, porque el contemplar la adquisición de los objetos singulares que recibe cada uno como un intercambio de las cuotas que le correspondían en los otros objetos, por aquellas participaciones que los otros tenían en los que se les atribuyen, tampoco es convincente, porque ningún comunero tenía en la comunidad ninguna cuota sobre bienes singulares y por tanto no podía cambiarla.

c) No siendo acto declarativo ni traslativo, ¿qué naturaleza tiene a estos efectos?.

Recuerda LACRUZ, que la doctrina italiana del nuevo Código habla, a propósito de la división de comunidades, de una subrogación de los bienes adjudicados en el lugar de la cuota, tesis que es aplicable por igual a la comunidad sobre un objeto singular y a la universal. Se pasa así de una cotitularidad sobre los objetos comunes a la

concreción que supone la atribución plena de una parte de esos bienes, que son no sólo el equivalente económico de la cuota, sino también el jurídico por virtud de la subrogación producida. Cita como cercanos a estos análisis, a MARIN LAZARO (realmente es MARTIN LOPEZ, que es a quien corresponde la obra citada como de aquél) ¹⁶⁵ y a ROYO MARTINEZ ¹⁶⁶, quienes defienden en la partición una naturaleza o función determinativa y especificativa de derechos, el primero, y distributiva, y como tal especificadora, el segundo, así como a una continuada jurisprudencia, "cuyos pronunciamientos, en busca de la justicia del caso concreto, dejan entrever cómo la partición no es acto puramente traslativo ni declarativo".

Por su parte, y siguiendo a LARENZ, a quien se refiere expresamente, considera asimismo LACRUZ ¹⁶⁷ que en cuanto a las facultades que

¹⁶⁵ "Carácter y efectos de la partición de herencia" en la Rev. Der. Privado 1.936, págs. 81 y ss

¹⁶⁶ "Derecho sucesorio mortis causa", Sevilla, 1.951, págs.

¹⁶⁷ "Elementos..", cit., III-2º, pág. 268

corresponden al copropietario, las que emanan del dominio no son la reducción a escala o la división de las facultades de un dueño único, ni las facultades de todos los copropietarios de una cosa recomponen, sumadas, las del propietario exclusivo. Por ello, la pluralidad de propietarios produce en la propiedad, de una parte, la modificación de las facultades que ésta habitualmente otorga, y de otra, genera una interrelación que vincula a los partícipes y señala cauces para la expresión de una voluntad colectiva que elimina, en la gestión de la cosa común, las voluntades individuales

También MIQUEL ¹⁶⁸ estima que el derecho del copropietario no puede ser igual al de un propietario; y no lo es, dice, porque sólo tiene una parte en la cosa y ello impone limitaciones que significan que el copropietario tiene un derecho de propiedad debilitado, añadiendo que no es sólo que esté limitado por el de otro en su ejercicio, sino que estructuralmente se trata de derechos de propiedad distintos al derecho de propiedad individual.

¹⁶⁸ "Comentarios..", cit., pág. 13

Considero, por mi parte, en atención a todo esto, que estamos en presencia de un acto modificativo de las titularidades de los bienes que son objeto de comunicación, y como uno de los supuestos en que esto se produce viene recogido por los autores: así CASTAN TOBEÑAS ¹⁶⁹, que cita entre los supuestos de modificaciones del derecho subjetivo en relación con el sujeto, precisamente por el cambio del número de titulares, y como consecuencia de la conversión del sujeto único en múltiple, el de la creación de un condominio. O ALBALADEJO ¹⁷⁰ que lo cita entre las modificaciones subjetivas, aumento o disminución de titulares.

Aunque con algunas referencias a los argumentos que defienden el carácter declarativo de la división (a los que ya me he referido antes), que pueden enturbiar su posición, también ROCA SASTRE ¹⁷¹ se inclina por ver en la comunicación de bienes una

¹⁶⁹ "Derecho civil español, común y foral", I-2º, 13ª ed., Rev. De los Mozos, Madrid, 1.982, pág.88.

¹⁷⁰ "Derecho civil", I-2º, Barcelona, 1.985, pág. 26

¹⁷¹ "Naturaleza jurídica de la aportación social", cit., págs.423 y s.

transformación de la propiedad exclusiva de cada finca en una propiedad común o participada, añadiendo que el fenómeno de transferencia o desplazamiento patrimonial no aparece por ningún lado, y sí un acto de transformación o modificación de titularidad, o sea un acto modificativo y no traslativo de bienes.

Cada uno de los aportantes conserva la sustancia jurídica aportada, si bien con la modificación resultante de haber quedado mezclada con la sustancia jurídica aportada por los demás, y subsumida o embebida toda dentro de la cosa o del complejo patrimonial común, de modo que la titularidad exclusiva se ha trocado en coparticipada; solamente ha variado el modo en que era atribuida al aportante la propiedad de la cosa aportada, no habiendo transferencia sino mutación en el respecto con que una cosa es asignada a su dueño. Todos los bienes, termina diciendo, "son puestos en común o sea pasan a formar una comunidad, y aquella titularidad exclusiva sobre un bien específico queda convertida o metamorfoseada en una cuota o participación en la cosa o patrimonio común"

SANCHEZ VELASCO¹⁷² examinando ésta cuestión y refiriéndose a la fase en que los titulares concretan sus participaciones, indivisas sobre las fincas agrupadas (verdadero contrato de comunicación de bienes), considera que los mismos "realizan un acto de disposición por negocio jurídico, cuyo efecto inmediato produce una modificación del derecho de dominio, porque es transformado su contenido conservando su identidad, no identidad del objeto, que es lo que cambia, sino identidad de la relación dominical, que se mantiene en su esencia con el mismo contenido económico"

Antes, al decir que PINTO COELHO defendía el carácter traslativo de la constitución de comunidad, me expresaba con la salvedad de que lo hace "matizadamente"; y así es, ya que para él "el contrato de comunidad supone, ciertamente, transmisión de derechos, pero no transmisión de todos los derechos que el titular tenga sobre determinado objeto: abriendo a otras personas las murallas del exclusivismo, el titular de derechos no los enajena totalmente, solamente los comunica, conservándolos

172 "Problemas en torno a la agrupación de fincas pertenecientes a distintos titulares", cit., pág. 275

como propios si bien en una nueva manera de ser; sólo desdobla, desmembra su contenido, permitiendo también que sean percibidas también por otros las utilidades que antes sólo por él lo podían ser".

Por su parte, y en esta misma dirección, el Prof. DIEZ-PICAZO ¹⁷³ ante este problema, manifiesta que al no ser la división un acto puramente declarativo, ya que mediante él se altera sustancialmente la situación jurídica anterior, pues el derecho que recibe cada comunero -derecho de propiedad exclusiva sobre una parte, zona o lote- es en rigor un derecho distinto del que tenía; y que tampoco puede decirse que la división sea un acto genuinamente traslativo, ya que no hay verdadera transmisión de un derecho preexistente en que una persona suceda a otra, "el acto divisorio es un acto con un efecto extintivo respecto de una situación jurídica anterior, la de comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes". Lo que le lleva a aventurar la conclusión, con la que quedan resueltas las cuestiones prácticas que el problema plantea, de que

¹⁷³ "Fundamentos...", cit., II, pág. 778.

debe "ser calificado como un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial".

Aceptamos esta construcción,¹⁷⁴ que aplicada a la fase constitutiva de la comunidad, hace de la comunicación de bienes un acto modificativo de la titularidad de los mismos y, en consecuencia, -y esto puede ser el resultado práctico de esta, quizás, larga disgresión doctrinal,- al no haber transferencia o traslación de titularidades, y por ello al no haber cesado las mismas sino simplemente haberse modificado, no puede decirse que los comuneros sean derechohabientes los unos de los otros. A lo que habrá que añadir las consecuencias que para la capacidad de los contratantes, la representación de los mismos, la obligación de saneamiento en caso de evicción, etc. tiene la naturaleza de acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial de este contrato de comunidad

¹⁷⁴ No es obstáculo a ella el que se supere la dicotomía declarativo-traslativo, pues aparte las consideraciones que sobre el concreto supuesto hago en el texto, se ha superado otras veces, como se hizo a propósito del título constitutivo de la propiedad horizontal, calificándolo de "configurativo" Vid. MONET y ANTON, "Problemas de técnica notarial ante la nueva ley de propiedad horizontal", en Estudios de Derecho Notarial, Madrid, 1.962, Vol. I, pág. 274, tesis que le parece aceptable a SOTO NIETO, "El título constitutivo de la propiedad horizontal" en el Vol. II, del Libro Homenaje a RAMON MA ROCA SASTRE, Madrid, 1.947, pág. 369 que lo cita.

por el que se van a comunicar bienes, que es un concepto compatible con la naturaleza modificativa (y, consecuentemente, no traslativa) que le atribuimos.

Esta categoría de los actos, contratos, de modificación, no es algo de nueva creación, en cuanto viene contemplada expresamente en el art. 1,280-1º del Código civil, al referirse a la forma que en que deben constar, junto con los de creación, transmisión y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

CAPITULO 5º

CARACTERES DEL CONTRATO DE COMUNICACION DE BIENES.

A) Consensual, no real.

El contrato de comunicación de bienes es consensual; quiere decirse con ello que se perfecciona por el solo consentimiento, esto es, que el contrato queda perfecto cuando hay acuerdo de voluntades para su constitución. Como dice muy descriptivamente MESSINEO¹⁷⁵, el contrato consensual no es aquel para el que resulta preciso el consentimiento (ya que el consentimiento es necesario para todo contrato) sino aquel para el cual el consentimiento, siempre necesario, es también suficiente.

El carácter de consensual de este contrato es generalmente reconocido por los autores que se plantean la categoría: así lo recoge expresamente DONDERIS TATAY con referencia al contrato de copropiedad, que es como considera al que estamos estudiando, y que estima existe "cuando varios

¹⁷⁵ "Dottrina generale del contratto", 2ª ed., Milano 1.946, pág. 60.

hombres ponen en común el dominio que tienen sobre determinados objetos para conseguir también un fin común" ¹⁷⁶. ROCA SASTRE, que es el que con más detenimiento lo ha estudiado, afirma asimismo que "este contrato de comunicación es de naturaleza consensual, pues como tal contrato produce, de momento, sólo una obligación de poner en común bienes ¹⁷⁷.

Consecuentemente con este carácter, la entrega de las cosas o bienes sobre las que se crea la comunidad, se hace para cumplir el contrato, para realizar la aportación comprometida (*solvendi causa*), por lo que pertenece a la fase de ejecución del contrato. Añade ALBALADEJO ¹⁷⁸ que en estos supuestos el contrato *existía* completo -estaba *formado o perfeccionado*- desde que las partes se pusieron de

¹⁷⁶ "La copropiedad". teorías. Derecho español", cit., pág. 88.

¹⁷⁷ "Naturaleza jurídica de la aportación social" en la Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia, tomo 179, Madrid, 1.946, pág. 422. Ello, no obstante afirmar más adelante que la esencia o juego íntimo de este negocio de comunicación no es el de una verdadera transmisión de bienes. Vid. sobre el alcance de esto, lo que decimos más atrás al estudiar la naturaleza jurídica de la figura.

¹⁷⁸ "Derecho civil", II-1º, pág. 442.

acuerdo (consentimiento).

Por ello, como en los demás contratos consensuales, la entrega o comunicación de los bienes le pone fin, en cuanto que se cumple la obligación asumida en el contrato desde el momento en que se perfeccionó. No hace falta aclarar que nos estamos refiriendo al contrato constitutivo de la relación de comunidad (que eso es el de comunicación), y que ésta subsiste con independencia de que aquél, al crearla con el complemento de la entrega, se extinga. Y ya creada, la relación de comunidad se regulará por el contrato que a estos efectos se haya celebrado o, en su defecto, por las normas del Título III del Libro II del C.c., según se expresa en el art. 392, 2º del mismo.

B) Obligatorio, no transmisivo.

El de comunicación de bienes es un contrato obligatorio u obligacional; y lo es frente a la categoría de los transmisivos o traslativos o de eficacia real, porque inmediatamente origina sólo el

nacimiento de obligaciones; a ello no es obstáculo, como según ALBALADEJO ¹⁷⁹ no lo es para la categoría general, el que su cumplimiento pueda después -mediatamente- exigir la transmisión de un derecho real. Que es lo que, matizadamente, sucede en el de comunicación de bienes con el cumplimiento, por parte de los contratantes, de la obligación de comunicar.

Dice, a este propósito, ROCA SASTRE ¹⁸⁰ que produciendo este contrato, de momento, sólo una obligación de poner en común bienes, la consumación del mismo exigirá la tradición. Tratándose de comunidades familiares de tipo más o menos universal, que considera uno de los actos típicos de comunicación de bienes, será precisa formalmente la tradición, por lo que, al igual que en Derecho romano, la *communicatio* se opera mediante *traditio*, tácita o implícita; reconociéndose ambas formas de tradición, el mero otorgamiento de la escritura pública en que se autentique el contrato, podrá implicar la tradición, por aplicación analógica del art. 1462 del C.c.

¹⁷⁹ " Derecho.Civil", II-1^ª, cit., pág. 444.

¹⁸⁰ Op. y loc. cit., pág. 423.

También MIQUEL ¹⁸¹, aún con su posición contraria al origen convencional de la comunidad, al comentar una Sentencia del T.S. de 5 julio 1982, partiendo de que la sociedad puede obligar a la constitución de una copropiedad o no, afirma que "lo que es evidente es que un convenio verbal o escrito no puede dar lugar por sí solo a una copropiedad (hace falta tradición), pero sí que puede obligar a constituir la, y tanto si tal convenio se califica de sociedad como si no".

El problema puede plantearse porque se ha defendido la posibilidad, en nuestro Derecho, de contratos con efectos reales (transmisivos), afirmándose ¹⁸² que mientras los contratos de Derecho de obligaciones (compraventa, donación, permuta, etc.) son meramente obligatorios, los de Derecho de bienes o de cosas (reales) tienen tales efectos, reales, (transmisivos), como sucede en el caso de la tradición.

¹⁸¹ "Comentarios...", cit., pág.43.

¹⁸² ALBALADEJO, "Derecho civil", cit., II-1º, pág. 444 y nota 1.

El tema, estudiado al comienzo de esta Tesis bajo otra perspectiva -la del papel de la autonomía de la voluntad en la constitución de derechos reales-, se encuentra planteado por el Prof. DIEZ-PICAZO ¹⁸³ cuando contempla la obligación de constituir un derecho real. Partiendo de la afirmación de que la distinción entre la relación jurídico-obligatoria y la relación jurídico-real se presenta con alguna nitidez cuando la modificación jurídica que la relación lleva consigo consiste en una transmisión del dominio; y que en tal caso como el negocio jurídico *inter partes*, por ej. la compraventa, determina unos efectos simplemente obligatorios, que para producir el efecto jurídico real se precisa la realización de unos determinados actos posteriores especialmente exigidos para ello por la ley, como es la tradición o el traspaso posesorio, se plantea qué sucede cuando se trata de derechos reales sobre cosa ajena y, en general, de situaciones diferentes de la pura y simple propiedad individual privada, situación, esta última, que es en la que se encuentra la copropiedad como manifestación de la comunidad de bienes.

¹⁸³ "Fundamentos", cit., II, págs. 48 y ss.

Pone de relieve que, aún no habiendo profundizado en él, la doctrina que se ha referido al tema suele entender que se requiere la tradición o traspaso posesorio para la perfecta constitución del derecho real y, por consiguiente, para la producción del efecto jurídico-real, lo que ocurre por lo menos en aquellos derechos reales de cuyo normal contenido forma parte la posesión, y encuentra su apoyo legislativo en los arts. 609 y 1095, 2º del C.c. Pero también expresa que tal doctrina está contrarrestada por algunos otros preceptos del Código civil, como serían los arts. 537 y 539, referentes a los modos de adquirir las servidumbres¹⁸⁴, o el 468 en materia de servidumbres¹⁸⁵. De las dos fórmulas que, a su juicio, caben para conciliar unos y otros preceptos, nos parece más adecuada para resolver el tema en materia de comunidad de bienes, la que sostiene que es necesaria para su creación la entrada en posesión de la cosa, dándole con ello su plena eficacia real,

¹⁸⁴ Que al hablar de que se constituyen "en virtud de título" se refiere, en su opinión, únicamente al negocio jurídico establecido voluntariamente entre las partes, y no al complejo mecanismo adquisitivo ó traslativo que comprende el negocio jurídico y la toma de posesión.

¹⁸⁵ Que al referirse a que se constituye "por voluntad de los particulares manifestada en actos inter vivos, entendido de un modo literal, parece claro manifiesta que basta la mera declaración de voluntad de los particulares.

erga omnes, pues sin ello se perpetuaría únicamente un negocio jurídico privado interpartes, con efectos obligatorios.

A esta exigencia de la tradición para que quede constituida la comunidad de origen contractual, no es obstáculo el que hayamos considerado más atrás que en ella no hay transmisión, ni consecuentemente adquisición, de bienes, sino sólo una modificación de la titularidad de los bienes comunicados. Y ello es porque se necesita que todos los bienes sean puestos a disposición de todos los comuneros, que hasta el momento de la constitución de la comunidad poseían en exclusiva únicamente aquellos de que eran propietarios individualmente, lo que, lógicamente, implica un traspaso posesorio.

En apoyo de esta solución cabe invocar la jurisprudencia que ha considerado exigible la tradición en la partición contractual de bienes o de herencia (Ss. de 27 febrero 1927, 13 noviembre 1959 y 14 junio 1971), porque contemplan situaciones similares en cuanto a la modificación de titularidad

C) Oneroso, no gratuito

Desde el punto de vista de la relación entre las obligaciones que a consecuencia del mismo asumen las partes, el contrato de comunidad ¿es oneroso o gratuito? La importancia de incluirlo en uno u otro grupo es grande, ya que de ello se deducen consecuencias prácticas de interés: así, en tema de capacidad para su celebración (art. 323), de grado de eficacia de la disposición que con el mismo se realiza (arts. 196, 2º, 1297), de interpretación de las cláusulas que en él se contengan (art. 1289, todos ellos del C.c.), etc.

Partiendo de una idea ya antes expresada, ROCA SASTRE,¹⁸⁶ dice que en la comunicación de bienes, "no sólo no hay transferencia, sino tampoco verdadera onerosidad". Defiende que hay una especie de juego de equivalencias, por cuanto la aportación de uno es causa de la aportación o presupuesto causal de la aportación de los otros, pero que "no se da la oposición o antítesis de la compraventa y demás transmisiones onerosas, en las cuales una parte

¹⁸⁶ "Naturaleza jurídica de la aportación...", cit., págs. 424 y s.

transfiere una cosa a cambio de la transferencia que de otra cosa distinta hace la parte contraria".

Pero la verdad es que tales consideraciones las hace en base a una naturaleza jurídica, la de acto colectivo, que en su momento dijimos no compartir: en efecto, justifica la ausencia de onerosidad afirmando que "en la comunicación de bienes, cada aportante efectúa un acto de naturaleza idéntica, dirigido en una misma dirección. No se dan dos disposiciones de bienes que siguen dos trayectorias que se entrecruzan para ir a desembocar en patrimonio diferente, pues en la comunicación, los bienes describen unas trayectorias que en lugar de entrecruzarse, se unen en un punto final y común, bajo un signo de coincidencia y armonía". Y todo esto, que es cierto como descriptivo del mecanismo mediante el que opera la comunicación de bienes, por ser su finalidad la puesta en común, y que puede utilizarse, y así lo hace ROCA SASTRE, para fijar su naturaleza, no constituye un argumento utilizable para decidir sobre su carácter oneroso o gratuito; e incluso puede pensarse que el propio autor no se plantea este carácter al hacer la afirmación, sino simplemente la cuestión de su naturaleza, como lo

prueba la referencia que al comienzo hace a que en la comunicación de bienes "no hay transferencia".

Y es que para su calificación desde este punto de vista, bueno es recordar que lo que ha de tenerse en cuenta, como acertadamente se ha dicho¹⁸⁷, es que en el negocio oneroso, los sacrificios que realizan las partes están compensados o encuentran su equivalente en el beneficio que obtienen. En el negocio lucrativo, por el contrario, el beneficio de una de las partes no está acompañado de ningún sacrificio que sea su contrapartida. El reflejo que en el negocio de constitución de comunidad, tiene la primera de estas situaciones determina claramente su adscripción al grupo de los onerosos.

Sobre el particular, escribía PINTO COELHO¹⁸⁸ que poniendo varias personas en común determinados bienes, puede resultar una de estas dos situaciones: que sus patrimonios no sufran alteración alguna en su valor, por quedar la comunicación que hacen de sus bienes compensada por la participación que cada uno

¹⁸⁷ Vid. DIEZ-PICAZO Y GULLON, "Sistema de Derecho civil", II, 6ª ed., Madrid, 1.989, pág. 35.

¹⁸⁸ "Da compropiedade...", cit., pág. 19.

obtiene en los bienes de los otros; o que sus patrimonios sufran alteraciones, unas para más y otras para menos, si la participación adquirida por alguno o algunos en los bienes de los restantes, no compensa la disminución resultante de la participación concedida en los propios. Esto hace que la modificación que el comunicar los bienes produce en el patrimonio de los comuneros, que siempre se da en el orden cualitativo, al transformarse la titularidad exclusiva sobre determinados bienes en copropiedad sobre el total de los bienes puestos en común, se produzca o no en el orden cuantitativo, según el valor relativo de lo que se aporta y de lo que se obtiene en la comunidad: verificándose un aumento patrimonial para unos y una disminución para otros.

De todas maneras, esta diferencia cuantitativa no es circunstancia que determine la onerosidad o gratuidad del negocio que la produzca, porque la misma puede darse en contratos claramente onerosos (piénsese en una compraventa en que cosa y precio no resulten objetivamente equivalentes) y, sin embargo, no por ello dejan de tener esa naturaleza.

Creo que las dificultades para el encuadramiento de esta figura contractual, dentro de la categoría de los onerosos o de los gratuitos, proceden de un hecho concreto: su naturaleza de acto modificativo, que impide le sea aplicada, sin más, una distinción que es propia de los negocios traslativos de derechos reales. La transferencia de bienes es la que determina, según que el que la lleva a cabo resulte, o no, compensado del sacrificio económico que ello supone, el carácter oneroso o gratuito.

Por estimar, refiriéndose a la que resulta de las aportaciones de los socios a la sociedad, que todos ellos han de asumir la carga de la contribución a la consecución de un fin común a cambio de la obtención de una parte de los beneficios, considera CAPILLA, F.¹⁸⁹ que la onerosidad de la sociedad parece fuera de toda duda; y ello, aún reconociendo que las atribuciones no se producen del mismo modo que en los contratos de cambio

Y aunque en la comunicación de bienes, decíamos en su momento, no hay transferencia de

¹⁸⁹ "La sociedad civil", cit., pág. 41.

bienes, sino modificación de titularidades. y de aquí la dificultad que puede verse en incluirlo claramente en una u otra categoría, estimo por mi parte que debe reconocerse que, con sus peculiaridades habrá de hacerse la inclusión en el grupo de los onerosos: la adquisición de la titularidad sobre una cuota del conjunto está causada por el "sacrificio" que implica para el comunero la comunicación de su bien.

D) Principal, no preparatorio ni accesorio.

En relación con la función que cumple, como cualquier otro contrato, el de comunicación de bienes puede ser considerado como preparatorio, o como principal o como accesorio.

La duda que puede suscitarse, es a propósito de si este de comunicación de bienes es un contrato que se justifique por su función de facilitar la celebración de otro, en cuyo caso tendría el carácter de preparatorio, que su virtualidad dependa de la necesidad de que otro exista, lo que le conferiría carácter accesorio, ó bien que encuentre su justificación en sí mismo, configurándose entonces

como contrato principal. Y la duda ha de resolverse de acuerdo con la concepción que del mismo se tenga; esta posible diversa concepción, es la que llevará a atribuirle uno u otro carácter.

A propósito de ésta clasificación, P U I G PEÑA ¹⁹⁰ dice que "también, aunque con menos interés, se han dividido los contratos en preparatorios, principales y accesorios, según que creen un estado de derecho preliminar para la celebración de otros contratos (sociedad, mandato), cumplan por sí mismo un fin contractual propio (compraventa, etc) o sólo puedan existir en relación con otro contrato principal (fianza, etc).".

Partiendo de la relación con la comunicación de bienes que produce la sociedad, y de que el contrato que crea ésta tiene carácter preparatorio (de los contratos definitivos con que en la misma se va a conseguir su finalidad de obtener ganancias)¹⁹¹ se ha defendido por DONDERIS que es

¹⁹⁰ "Tratado de Derecho civil español", IV, 1, Madrid 1.951, pág. 76.

¹⁹¹ CLEMENTE DE DIEGO, F., "Curso elemental de Derecho civil", V, Madrid, 1.926, pág. 409.

preparatorio, argumentando¹⁹² que su consumación no queda agotada con la puesta en común de las cosas ofrecidas, con la mera comunicación de los objetos aportados; produce una fusión (indivisión) de intereses; que dicho contrato no tendría razón de ser si no tuviera por finalidad obtener un provecho común, y que mediante él las partes se obligan a constituir con sus aportaciones un fondo real, indiviso, para la consecución de un provecho común, de una ganancia, de un lucro.

No parece que tales argumentos sean bastantes para justificar el pretendido carácter preparatorio de éste contrato de comunicación de bienes.

Y no lo son, por un lado, porque el hecho de que la puesta en común de los bienes traiga consigo una fusión (indivisión) de intereses, no significa que la consumación del contrato se produzca en dos fases diversas y diferenciadas, una de comunicación de los bienes, y otra de fusión de intereses, sino que la comunicación ó puesta en común significa precisamente esa fusión aludida, la

¹⁹² "La copropiedad...", cit., pág. 88.