

indivisión que crea, que es lo que se persigue al celebrar éste contrato; no tendría sentido una comunicación de bienes que dejara las titularidades en su anterior situación, como tampoco lo tendría una compraventa; la finalidad de ésta es crear la obligación de entrega de una cosa, que produce la adquisición de su propiedad, y la de la comunicación de bienes es la comunicación de los mismos, que produce la titularidad indivisa de ellos.

En cuanto a que éste contrato no tendría razón de ser si no tuviera por finalidad obtener un provecho común, por mucho que se consideren términos equivalentes la ganancia, el lucro y la utilidad, (y aún el simple uso de las cosas), como defiende CLEMENTE DE DIEGO¹⁹³, lo considero intrascendente a estos efectos concretos, aunque pueda tenerla a los de establecer su naturaleza contractual, que ya hemos visto en otro lugar. Y no se diga, como lo hace DALMASES, que la puesta en común de las cosas no es más que *disponerse*, ponerse en aptitud de obrar los actos necesarios que en definitiva deberán reportar el conseguimiento del fin común (beneficio, renta, ganancia, lucro, provecho común, ó como se le llame),

¹⁹³ Op. cit., Vol. V, pág. 419.

que nunca es la cosa misma puesta, sino que deriva de e la *natural, industrial ó civilmente*, porque ello sucede en todos los contratos; nunca se agota la finalidad de los mismos en el resultado en sí producido por el cumplimiento de las obligaciones surgidas de ellos; el que compra una cosa pretende ser propietario, pero no por el simple hecho de serlo, sino para situarse en la situación jurídica de tal que, entre otras cosas, le permitirá llevar a cabo actos de uso, goce y disposición de la cosa comprada; y por ésta circunstancia, aunque ello implique realizar otros contratos posteriores, nadie defiende que la compraventa sea un contrato preparatorio.

No es, por consiguiente, un contrato preparatorio, por cuanto cumple por sí mismo un fin contractual propio, que es la creación de una comunidad de bienes. ¿Y accesorio?.

Categoría de contratos que siguen teniendo vigencia, pese a que como se ha dicho ¹⁹⁴los autores

¹⁹⁴ PUIG PEÑA, F., "Tratado de derecho civil español", cit., pág. 78, nota 1.

Dice, por su parte, LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos. Parte general", Buenos Aires, 1.971, pág.70, que ésta clasificación de los contratos es, en el fondo, una

suelen achacar a la clasificación de los contratos en principales y accesorios, tan generalizada en la doctrina extranjera, de contratos en principales y accesorios, que es más que de contratos de obligaciones, y que según afirma PLANIOL, lo accesorio no es el contrato sino la obligación de garantía que por él se crea; dice JOSSEERAND, añade, que se puede caucionar la obligación dimanante de un delito, y aquí no hay contrato preexistente, sino una nueva obligación.

Oportunidad que resalta en el caso estudiado, porque éste carácter de accesoriedad se podría predicar de éste contrato si su virtualidad, su razón de ser, dependiera de la existencia de otros contratos sin los cuales el de comunicación de bienes no tendría sentido. Y cabe se piense así a la vista de que, según tratamos con detenimiento en otros lugares, con mucha frecuencia éste contrato de comunicación de bienes surge, casi de manera simultánea, junto con otro, como puede ser una compraventa, una donación ó cualquier otro que haga adquirir una cosa ó derecho conjuntamente por varias

superfetación de la que con éstos términos se hace para los derechos, y que con ventaja puede ser reemplazada por ésta.

personas.

Debe tenerse en cuenta, además, que la accesoriidad, que significa que el negocio accesorio no puede existir sin el principal, no implica por el contrario que el accesorio carezca de una entidad diferenciada; la relación de accesoriidad no supone una absorción del accesorio por el principal: aquel surge dotado de elementos propios y está sujeto a una disciplina que también lo es (aunque relacionada con la del negocio principal).

Pero todo ello, que es cierto, no es, sin embargo, óbice para la relación de dependencia, en cuanto a la existencia (y también respecto al contenido), del negocio accesorio respecto al principal; el negocio principal es condición de existencia del accesorio¹⁹⁵. Esta es la razón de que esa frecuente correlación entre el convenio creador de la comunidad y otro contrato a través del cual (compraventa, donación, etc.) se realizan las operaciones precisas para su ejecución, no es impedimento para el carácter principal del mismo.

¹⁹⁵ N. SCHIZZEROTTO, G. "Il collegamento negoziale", Napoli, 1.983, pág.119.

Para corroborar ésta conclusión, me remito a lo que con anterioridad he tenido oportunidad de expresar, y argumentar extensamente (especialmente el capítulo 2 y el apartado D) del 7, ambos de ésta parte III), bajo el epígrafe de la autonomía de ésta figura contractual. Aparte de lo que más adelante estudio en el capítulo referido a la diferenciación de la misma respecto a otros negocios con los que tiene relación de una u otra clase.

Tampoco puede decirse que sea el de comunicación de bienes, uno de los que la doctrina designa como negocios auxiliares; negocios que si bien para algunos son una subcategoría de los accesorios¹⁹⁶, cuando se les atribuye entidad propia, suelen entenderse bien como negocios destinados al desenvolvimiento y a la actuación de una precedente relación de deuda, como se hizo originariamente, (a lo que se ha opuesto, con razón, que no tendrían relevancia jurídica pues terminan identificándose con el cumplimiento, que no es un negocio sino el desarrollo del anterior); ó bien, más

¹⁹⁶ Así SANTORO PASSARELLI, F., "Doctrina general dei contratti", cit., pág.195.

modernamente como categoría de negocios destinados a asegurar, facilitar, ó modificar la ejecución de otros negocios precedentes ¹⁹⁷ .

Y ni en uno ni en otro sentido cabe entender el contrato de comunicación de bienes como auxiliar, toda vez que aquellos respecto de los que lo sería (la donación, la compraventa, etc. que al realizarse por varios materializa la comunidad), no lo anteceden sino lo subsiguen, por lo que mal podrían ser auxiliares respecto de él: más bien al contrario; la compraventa por la que se adquieren los bienes sobre los que se va a establecer la comunidad, sería, en todo caso, la auxiliar respecto al acuerdo creador de la misma, el contrato de comunicación de bienes, que a través de aquel encuentra su desarrollo y facilita su ejecución. Pero de las relaciones entre unos y otros, nos ocuparemos más adelante.

E) Conmutativo.

¹⁹⁷ Vid. SCHIZZEROTTO, G. "Il collegamento negoziale" cit., pág. 121.

Es ésta una categoría que se distingue dentro de los onerosos, y hemos visto que el de comunicación de bienes se integra dentro de los mismos; y aunque no lo sea de una manera clara y contundente, sí lo es la afirmación como uno de sus caracteres de que es un contrato conmutativo.

Sí por tales tenemos a "aquellos en los cuales la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de ambas partes se encuentra de antemano fijada por ellas de manera inmodificable"¹⁹⁸, no parece existir duda de que lo es el contrato de comunicación de bienes: en efecto aquí no se dan las dudas que se plantean a propósito de la sociedad debido a que en ésta la contraprestación de lo aportado es la participación en ganancias; y mientras ésta es algo que depende de que el resultado de la sociedad sea favorable, la de aportar es obligación que los socios han de cumplir necesariamente: de aquí que no habría una relación de equivalencia entre prestación y contraprestación, pues ésta última puede no existir, dependiendo de la efectiva obtención de la misma ó su cuantía de un

¹⁹⁸ DIEZ-PICAZO y GULLON, "Sistema...", cit., II, pág. 36.

acontecimiento incierto: que haya ganancia ¹⁹⁹

Por el contrario, en el de comunicación de bienes, aparece clara la conmutatividad: las obligaciones de comunicación que asumen los comuneros, tienen como contraprestación establecida desde el principio, la cuota que en la cosa común va a corresponder a cada uno. En eso, precisamente, consiste la modificación de su titularidad que es consustancial a la naturaleza de éste contrato, se da, pues, en ellos la circunstancia exigida a los contratos conmutativos ²⁰⁰ de que el valor de las prestaciones esté fijado definitivamente desde el día del contrato, de manera firme, en forma que se adviertan inmediatamente las ventajas que cada una de las partes saca de la operación y los sacrificios que acepta en compensación.

Y sí es propio de éste contrato que en el mismo se hace una comunicación, recibiendo una cuota

¹⁹⁹ CAPILLA, "La sociedad civil", cit., pág. 42, que recuerda que, sin embargo, la opinión mayoritaria considera cumplida la nota de conmutatividad, por cuanto la prestación de cada parte está inicialmente determinada, así como su equivalente.

²⁰⁰ JOSSERAND, "Derecho civil", Revis. por BRUN, traducción al español. II-1º, Teoría general de las obligaciones, Buenos Aires, 1.950, pág.29.

del resultado final de lo comunicado, todo lo cual se fija al realizar el contrato y no ha de tener otra modificación posterior que la que las partes quieran realizar posteriormente (en las condiciones que exige la inalterabilidad propia de los contratos), podemos concluir que éste de comunicación de bienes es un contrato conmutativo.

A éste respecto, y aunque planteado en éste punto pueda parecer una petición de principio, conviene tener en cuenta la rescindibilidad por lesión de éste contrato, como más adelante habremos ocasión de estudiar y justificar con detalle.

F) Sinalagmático

Sí cuando nos ocupábamos en el capítulo anterior de la naturaleza del contrato de comunicación de bienes, lo calificábamos de contrato plurilateral (lo que implica rechazar la tesis de la permuta de cuotas, que lo convertiría en un simple contrato de cambio), parece que, de entrada, habría de excluirse el carácter de contrato sinalagmático. Y ello, porque una parte de la doctrina identifica

ó al menos, empareja sinalagmaticidad con
bilateralidad ²⁰¹

Pero, por otro lado, un importante sector de la doctrina italiana, y antes de la alemana, se ha planteado la cuestión de si la categoría de los contratos sinalagmáticos se agota en la de los contratos de cambio ó si, por el contrario, comprende también otros ²⁰²

Para establecer qué hay sobre el tema, conviene partir de un concepto de lo sinalagmático aplicado a la relación obligatoria contractual: que las prestaciones principales (ó básicas ó esenciales como dice la Jurisprudencia que insiste en éste requisito) asumidas por las partes se encuentra en situación de reciprocidad ó interdependencia, por ser

²⁰¹ OSSORIO MORALES, "Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (Parte general)", págs.187 y s. ALONSO PEREZ, "Sobre la esencia del contrato bilateral", Salamanca, 1.967, pág.87; ESPIN CANOVAS, "Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral", en Homenaje a PEREZ SERRANO, I, Madrid, 1.959, pág.444. En Italia DE SIMONE "Il contratto con prestazione corrispettive", en la Riv. Trim. Dir.e Proc. Civile, 1.948, pág.23 y PINO, "Il contratto con prestazione corrispettive", Torino, 1.968, pág.38 y ss.

²⁰² Vid. sobre el tema DARMATELLO, "Società e sinalagma", Riv. Diritto Civile, 1.937, pág. 495 y ss.

unas contrapartidas - causa, aclara ALBALADEJO - de las otras. Hay, pues dos -¿ ó más?- obligaciones que están englobadas en una relación jurídica superior que las abarca.

¿ Se da esa relación de interdependencia entre las obligaciones de comunicar que nacen del contrato de comunicación de bienes, lo que lo haría sinalagmático ?.

La dificultad para contestar afirmativamente puede provenir de la circunstancia, puesta de relieve por DIEZ-PICAZO ²⁰³ de que la configuración moderna del instituto de los contratos sinalagmáticos, ó de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, presenta unos perfiles muy especiales a causa de la forma cómo el problema quedó históricamente planteado.

Entre otras cuestiones que de éste hecho derivan, está la que nos ocupa, debida a la aparición de la categoría del contrato plurilateral, que encuentra aquel concepto referido y hasta identificado (basta para comprobarlo ver el tema en

²⁰³ "Fundamentos.....", cit., I, pág. 556.

los Tratados de Derecho de obligaciones) con el contrato ó las obligaciones bilaterales.

Por ello, todo lo que se refiere a la reciprocidad se ajusta perfectamente a las relaciones bilaterales, y parece que no tanto a las plurilaterales, ¿Han de ser por ello excluidas éstas? 204

Debe recordarse que el argumento de partida que suele ser utilizado más ó menos explícitamente por los que defienden la incompatibilidad de una y otra categoría, es que la sinalagmaticidad presupone, por un lado, un cambio de prestaciones y, por otro, una equivalencia, al menos subjetiva en el valor de las mismas.

Lo que sucede es que para que haya un contrato sinalagmático es suficiente que cada una de las partes asuma obligaciones como contrapeso de las obligaciones contraídas por la otra (ó por las otras)

204 Precisamente se ha puesto de relieve, y así lo recoge CAPILLA, "La sociedad civil", cit., pág. 43, nota 35, que precisamente la razón esencial que provocó la acogida de la categoría de los contratos plurilaterales por el legislador italiano, de 1.942, se encuentra relacionada con el carácter sinalagmático de tal tipo de contratos, puesta en tela de juicio bajo el régimen jurídico anterior.

que lo contraen; y no es necesario que cada contrayente deba encontrar el correspondiente de su prestación en la del otro, lo que sí es por su parte, una característica de los contratos de cambio. En el de comunicación de bienes, cada parte va a poner en común un determinado bien precisamente contemplando el hecho de que la otra u otras van a hacer lo mismo con bienes de su pertenencia, ó contribuirán a pagar el precio del que adquieren porque están de acuerdo en hacerlo con otros que harán lo mismo. Pero no lo hacen para obtener a cambio de lo que dan lo que darán los otros. Su finalidad es simplemente poner en común bienes que tenían, van a adquirir, etc.

Y en cuanto a la equivalencia, al menos subjetiva, en el valor de las prestaciones, también se da si consideramos que en la comunicación de bienes el derecho que cada uno aporta y la participación que del conjunto va a obtener han de encontrarse en relación de equivalencia, base jurídica del negocio tal como explícitamente admitió la Resolución de la D.G.R.N., de 16 mayo 1979, al admitirlo en el caso debatido porque en él se había "establecido la proindivisión en proporción ideal al valor de las fincas agrupadas", que constituyeron el

G). Causal.

Este carácter, en un contrato, hace referencia a la atribución, en su más amplio sentido, u otorgamiento de cualquier tipo de ventaja que se produzca en el mismo; y está presente dicho carácter cuando existe una determinada razón, jurídicamente válida, que la explica y fundamenta. (por ej. *donandi, credendi, solvendi*).

Si en un determinado sistema se valora la atribución teniendo en cuenta la causa, de tal modo que la inexistencia, nulidad ó ilicitud de la misma se refleje sobre aquella, se califica el sistema de causal, y ésta naturaleza tiene y sí se denominan los actos y contratos que la contienen.

¿Supone el contrato de comunicación de bienes una causa de atribución patrimonial válida y suficiente, tal como la exige nuestro Derecho positivo?.

Sostiene MIQUEL, como argumentación contraria a la posible existencia de un contrato

objeto de la comunidad.

Si a todo ello unimos lo natural y justo que resulta el hecho de que para el caso de incumplimiento del deber de comunicar, obligación esencial en el contrato de comunicación de bienes se den los efectos, aunque sean matizados de los contratos sinalagmáticos (y se dan en los términos que detenidamente examinamos en el Cap. 8 de ésta misma Parte tercera), hemos de concluir aceptando el carácter de sinalagmático del contrato que estudiamos.

Y, dentro de la categoría, de lo que se llama "sinalagma genético" con el significado ²⁰⁵ de que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser ó la causa por la que queda obligada a realizar ó ejecutar su propia prestación; por ello un regular desenvolvimiento de la relación obligatoria sinalagmática exige la existencia de ambas (de más de una) obligaciones.

²⁰⁵ DIEZ-PICAZO, op. cit., págs. 538 y s. que la contrapone al "funcional".

constitutivo de comunidad ²⁰⁶, que mientras "los contratos de venta, donación, permuta ó sociedad son causa de atribución patrimonial, son de los "ciertos contratos" a los que se refiere el art. 609, y que tienen unos requisitos que precisan su especial causa (intercambio de cosa por precio, liberalidad, de cosa por cosa, ó exclusión de la sociedad leonina), no hay ningún contrato que pueda quedar perfilado en sus requisitos causales por la regulación de la comunidad de bienes, y menos aún hay un contrato objeto de la regulación de los arts. 392 y siguientes. En cuanto a esto último, evidentemente que no, como ya lo dejé claramente establecido sub. cap. 2, B) de ésta Tercera parte.

Y en cuanto a las razones que da para estimar que un (para él pretendido) contrato de comunidad no puede ser causa de la adquisición de la propiedad (copropiedad) si no expresa otro contenido que la voluntad de constituir una comunidad, además de su conocida postura de considerarlo, sin más, como contrato de sociedad, principalmente giran en torno a que no surge la comunidad por el contrato, sino por las aportaciones efectivamente realizadas. Lo cual es

206 "Comentarios....", cit., págs. 33 y ss.

cierto, pues como él mismo dice, la comunidad es un punto de llegada; como también la propiedad: y a una y otra, entre diferentes procedimientos, se llega por medio de contratos; y algo más, evidentemente: la tradición, puesto que en nuestro sistema la constitución de derechos reales, en este caso producida por la modificación de las titularidades anteriores de los comuneros, precisa además del contrato (título), la tradición (modo).

La comunidad, pues, puede tener su origen en un contrato, que será causa de la misma, al determinar lo que se aporta en bienes y lo que en cuotas de la comunidad que se forme, se va a recibir. La causa de la atribución, lo que justifica la aportación que cada uno se compromete a realizar es la cuota que, proporcionada a su aportación se va a reconocer a cada uno en la comunidad que se forma.

Esto, por otra parte, es lo que vino a declarar la Resolución D.G.R.N. de 16 de mayo de 1979 que consideró causa bastante de la atribución un contrato constitutivo de comunidad; contrato que expresaba, como no podía ser menos, pues en caso contrario, entonces sí, no podría verse en él la

causa eficaz de la atribución, que expresaba, digo, la cuota ó participación indivisa que a cada uno de los comuneros correspondía en la finca resultante de la agrupación; en el caso concreto contemplado ésta era la operación registral que provocó la calificación y el recurso, y se realizaba al amparo de la reforma de 1959 del Reglamento hipotecario, que en el último párrafo del art. 45, permite la agrupación de fincas pertenecientes a distintos propietarios siempre que se determine la referida participación indivisa.

A éste carácter causal del contrato de comunicación de bienes, no es obstáculo la naturaleza de acto modificativo que le atribuíamos, pues como pone de relieve CARIOTA FERRARA²⁰⁷ la atribución de la que se predica la causa se da tanto en la creación como en la modificación, además de en la traslación y en la extinción de derechos. Y sobre cual sea la específica de este contrato, trataremos al estudiar los elementos del mismo en el capítulo que a ellos se dedica.

²⁰⁷ "El negocio jurídico", trad. esp., Barcelona, 1.956, pág. 78

CAPITULO 6

DISTINCION DEL CONTRATO DE COMUNICACION DE BIENES
DE OTRAS FIGURAS AFINES.

Cuando se trata de diferenciar un contrato de otros de alcance similar, habitualmente se plantea la cuestión de seleccionar cuáles han de ser estos otros. Y esta selección es necesaria e importante.

Necesaria, porque siendo muchos, en realidad todos los demás, los que tienen rasgos diferenciales, en la mayor parte de ellos la lejanía que marcan o la contundencia de los mismos, hacen inútil ocuparse de ellos: su estudio nada añadiría a lo que se percibe sin un mayor detenimiento. Por ello, han de elegirse aquéllos cuya cercanía y similitud pueden crear confusión; y para evitarla deben fijarse los límites entre ellos.

Importante, porque junto a la finalidad delimitadora, como elemento pasivo tendente a evitar la confusión con otras figuras cercanas, está la finalidad, activa en este caso, de colaborar a la fijación de la propia naturaleza. Porque ésto, no cabe duda, se consigue mejor mediante esa diferenciación. Observando la trascendencia que para esta finalidad pueda tener la distinción, es como

deberán determinarse las figuras a estudiar.

Esto, con carácter general. Porque también habrán de tenerse en cuenta otras circunstancias, como es la del espacio que al tema pueda dedicársele en el estudio de que se trate. Y, ello es importante, en el caso concreto que nos ocupa de la distinción del contrato de comunicación de bienes, ésta no es la única finalidad del trabajo que se lleva a cabo; es una parte del mismo, que trata no sólo de la naturaleza (a cuya fijación contribuye estas distinciones a las que me estoy refiriendo), sino de su posibilidad, su estructura, sus clases, su eficacia, etc. Tal es la razón de que hayan de limitarse las figuras a considerar.

A) Distinción del contrato de sociedad.

a) A pesar de que al tratar éste punto, como es natural en el tema objeto de nuestro estudio, lo que vamos a considerar es la diferenciación del contrato de comunicación de bienes respecto del contrato de sociedad, y no de las

diferencias existentes entre la comunidad de bienes y la sociedad, la amplitud con la que debemos abordarlas, en relación con la dedicada a otros contratos, puede parecer excesiva para la extensión que a ellos dedicaremos; pero la importancia del tema creemos que lo justifica.

Y ello pese a que una parte del abundante tratamiento que se ha dedicado desde antiguo, y se le sigue dedicando en la actualidad a distinguir la comunidad de bienes de la sociedad, no procede que sea planteado aquí, por referirse exclusivamente a las respectivas instituciones y no a los actos ó contratos que les dan nacimiento: así, por ej. lo referente al origen de una y otra, ó a la capacidad de quienes la forman (que desaparece con la convencional que estudiamos aquí), a las relaciones entre los elementos personales de ambas, y con terceros, a la relevancia del objeto común, y otras muchas más²⁰⁸.

²⁰⁸ El clásico PATERNO- CASTELLO DI BICOCA, en "La communione dei beni nel Codice civile italiano", de 1.895, cit., págs. 20 y ss., considera que existen trece diferencias entre una y otra institución, de las que ocho son claramente referidas a las respectivas instituciones, además de algunas otras que lo son menos, y no a los contratos por virtud de las cuales se constituyen.

No quiere decirse con ello que sean indiferentes los criterios diferenciales entre las instituciones porque, como veremos más adelante, el que se pretenda alcanzar una y otra será determinante para establecer la naturaleza del contrato con el que vaya a constituirse. Y por otra parte, porque algunos de los muchos criterios propuestos afectan directamente a la distinción que aquí se busca: por ej. la tesis de DONDERIS TATAY ²⁰⁹ de la imposibilidad de distinguir entre comunidad y sociedad, hace inútil buscar la diferenciación de los respectivos contratos creadores.

Pero la realidad es que existen y, además, son variados los criterios por virtud de los cuales cabe diferenciar los contratos de sociedad y de comunicación de bienes, aunque con tal específica perspectiva no se ha planteado hasta ahora, en que se estudia el contrato de comunicación de bienes. Razón, por otro lado, por la que en los tres primeros capítulos de ésta Parte Tercera del trabajo, sobre todo en el referente a la autonomía del contrato de comunicación de bienes, hemos dedicado bastantes reflexiones a éste mismo asunto.

²⁰⁹ "La copropiedad", cit., pág. 79.

Desde un punto de vista más tradicional, general e impreciso, quizás los criterios que resultarían más significativos para la distinción, serían: unos, de carácter subjetivo, como pueden ser la intencionalidad de las partes de querer una u otra institución, de manera directa (el de la *affectio societatis*), ó de forma indirecta (por la creación, ó no, de una organización ó estructura), ó de obtener beneficios con una organización adecuada, ó simplemente de goce ó aprovechamiento, de las cosas que se aportan; otros, de carácter objetivo (como la existencia de una organización); otros, atendiendo a los efectos (el nacimiento, o no, de personalidad jurídica), o regular sólo las obligaciones que se agotan en sí mismas, o que, por el contrario repercuten directamente en derechos reales.

De todas maneras, cabría objetar a éste planteamiento, que no es sino una forma con la que, si bien se fuerza algo su alcance adaptándolo al punto de vista que aquí interesa, en el fondo se siguen manteniendo en lo esencial los que tradicionalmente se han utilizado para diferenciar la comunidad de la sociedad.

Es por ello por lo que pienso que para abordar el tema de forma más congruente con lo que es el objeto del estudio que aquí se realiza, ha de partirse de los conceptos de uno y otro contrato: recordemos que mientras el de sociedad es aquél por el que dos o más personas se agrupan, obligándose a aportar bienes o servicios al ejercicio conjunto de una actividad económica lucrativa, para repartir las ganancias (como lo define ALBALADEJO), el de comunicación de bienes es aquel contrato por virtud del cual dos o más personas se obligan a poner bajo su común titularidad, y para el ejercicio conjunto de la misma, bienes que les pertenecen individualmente (según lo he definido en el apartado A) del Capítulo 3 de ésta misma parte).

Aquí se explicitan unos elementos de los que pueden deducirse, aparte de unas similitudes, que no es el caso considerar ahora, unas diferencias, en torno a las cuales me propongo realizar la distinción pretendida.

De un lado, el ejercicio conjunto, que en un caso recae o es el de una actividad económica lucrativa, y en el otro el de la titularidad común

constituida, (que cualitativamente en nada se diferencia de la individual).

De otro, está la agrupación que por los mismos se constituyen, que se diferencian en cuanto a su naturaleza, en que en un caso da lugar a una determinada organización e incluso a una nueva personalidad jurídica, y en el otro respeta la individualidad, al disgregar jurídicamente lo comunicado mediante la atribución de cuotas.

b) Efectivamente, el criterio de la *affectio societatis*, presente en el contrato de sociedad y no en el de comunidad, y que es uno de los que mayor acogida han recibido de la doctrina y la jurisprudencia, aunque en la actualidad goza de menos favor en aquella, creo que debe ser examinado en primer lugar, aparte de por la razón que acabo de exponer, porque a partir de él, y como sus complementarios, podemos estudiar los restantes.

Está justificada, también, ésta preferencia porque es el criterio distintivo que nuestro Tribunal Supremo aplica con reiteración, y sin concesiones a otros defendidos por la doctrina, que cuando son

contemplados es para embeberlos en él; y es que, como dice él mismo en la Sentencia de 22 de mayo de 1987, en su doctrina sobre el tema "exige con rigor para la constatación existencial societaria, acreditar la intención de constituir la sociedad, *"affectio societatis"*, citando, como justificación del aserto, las sentencias de 25 octubre 1926, 15 octubre 1940, 20 mayo 1943, 13 noviembre 1953, 10 febrero 1984, 30 abril 1986 y 21 febrero 1987. Hay alguna otra, como es la de 10 abril 1986, que pone de relieve éste elemento característico, al rechazar el carácter de sociedad por la falta en el supuesto de la *"affectio societatis"* y de la constitución de un fondo común.

Conviene recordar, asimismo, que ésta amplia aceptación del criterio la ha venido haciendo también la jurisprudencia italiana, como prueba la extensa reseña que de la misma ofreciera COSTI ²¹⁰, que pone de relieve los diferentes criterios con los que se configura el referido concepto, por ésta razón criticado por un sector de la doctrina de aquel país.

²¹⁰ "Società in generale, Società di persone, Associazione in partecipazione" e Rassegna sistematica di giurisprudenza civile e commerciale, dirigida por BIGIAMI, Torino, 1.967, págs. 11 y ss., 22 y ss., y 26 .

Aunque su aparición se remonta al Derecho romano, y de ello he tratado con cierta extensión en el capítulo 1 de ésta Tercera Parte del trabajo, la doctrina moderna ha encontrado la justificación de su exigencia en la afirmación ²¹¹, de que no basta la simple intención, necesaria en todo contrato, para que el de sociedad exista como tal, sino que se requiere además la concurrencia de unas especiales determinaciones volitivas, complementarias de aquella y constitutivas de lo que se ha llamado la *affectio societatis* ²¹², que al ser características de éste contrato servirían para distinguirlo del de creación de una comunidad.

Dos temas son importantes, a mi entender, para dejar configurada la existencia, o no, de la *affectio societatis*: uno, la necesidad de su constancia indubitada; y el otro, el contenido con el que ha de manifestarse.

²¹¹ FERRARA Jr., "Empresarios y sociedades", trad. esp. de F.J. OSSET, Madrid, s.f., pág. 148.

²¹² La S. de nuestro T.S. de 27 de junio de 1.959 habla de la *affectio societatis* como sinónima de la voluntad de constituir sociedad, distinta del consentimiento contractual.

Por lo que hace al primero de ellos, se ha dicho ²¹³ que para poder constituir una sociedad ha de existir un acuerdo expreso y terminante, porque no puede resultar el contrato de una simple interpretación de la voluntad tácita de las partes, y así se ha puesto de relieve en los supuestos en que se ha querido detectar esa *affectio societatis* a partir de una situación anterior, *a posteriori* (por. ej. en la transformación en sociedad de un estado de comunidad incidental, como es la que surge por la sucesión hereditaria); así las SS.T.S. de 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1942 que él cita, o la posterior y muy significativa, ya citada, de 27 de septiembre de 1985 que establece 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".

El otro tema importante que esta conceptualización suscita, es el de establecer cuales son

²¹³ BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO, "La comunidad de bienes...", cit., pág. 48, con cita de GARRIGUES.

esas "determinaciones volitivas"; pues si bien, como dice BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO ²¹⁴, la *affectio societatis* en sí significa simplemente el acuerdo de crear una sociedad, no es unánimemente entendida en cuanto a su significado por los que la propugnan como elemento diferenciador: unas veces se la interpreta no en su simple sentido, sino como "intención de cooperar como socios", otras se emplea en el sentido "cooperación a un interés idéntico", esto es la representación subjetiva de la finalidad objetiva y económica del contrato ²¹⁵ y otras, finalmente, de un modo más decididamente objetivo, con referencia a la necesidad de que los constituyentes de una sociedad se presenten en una unión orgánica, desarrollando su actividad personal y económica frente a los terceros ²¹⁶

²¹⁴ "La comunidad de bienes...", cit., pág.44, donde sigue la exposición de ROTONDI en "Communione, società, fallimento", riv. Dir. Commerciale, 1.923, II, págs. 665 y ss.

²¹⁵ Curiosamente la S.T.S. de 3 de diciembre de 1.959, utiliza esta misma idea y terminología al decir de este elemento intencional que "en síntesis no es más que la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituyen la finalidad y la esencia del contrato.

²¹⁶ Esta amplitud de significados es la que posiblemente explique la frecuencia con que los Tribunales recurren al criterio de la *affectio societatis* cuando pretenden distinguir si el contrato objeto de litigio es de sociedad o de comunidad.

c) La variedad de manifestaciones así puesta de relieve, son buena prueba de que el entendimiento actual del criterio diferenciador de la *affectio societatis* desborda el simple elemento intencional, subjetivo, y se tiñe de matices objetivos: las partes cuando quieren celebrar un contrato de sociedad, no lo quieren sin más, en el vacío, lo quieren por lo que la misma implica: para conseguir el fin que con ella se persigue, con la organización que la misma supone, y con los medios que la propia naturaleza de la figura exige.

Altamente significativo sobre este particular, es lo que dice la S.T.S. de 18 de noviembre de 1986 que calificando lo que se había pactado en el caso de autos, considera que "el contrato de Sociedad se caracteriza por la existencia de un fin común", completado con la estimación de que es "elemento peculiar y esencial del contrato de Sociedad la constitución de un patrimonio común".

Añade, asimismo, que "el otro elemento esencial del contrato de Sociedad que es la persecución de un fin común de ganancias partibles y que no puede ser sustituido por las ventajas que iban

a derivarse de los pactos o "relaciones" entre las diversas Delegaciones, ventajas económicas que no merecen alcanzar la conceptualización de elemento patrimonial común, como ni tampoco el funcionar al amparo de la concesión administrativa de la viuda del titular, ya desechado, el otro elemento -se repite- es la participación de todos los socios en las ganancias comunes resultantes de una actividad asimismo común.

Dice también que "las actividades sociales han de ser operaciones de todos los socios y enderezarse a la obtención de una ganancia y no a la reducción de costes, de captación de clientes u otras cualesquiera ventajas económicas, según así lo evidencia el artículo 1.665 del Código civil".

Y termina diciendo algo que, como antes recordaba, es altamente significativo para la conceptualización de la *affectio societatis*, tal como la entiende nuestro Tribunal Supremo: "no hay, en síntesis, intención social ("animus contrahendi societatis", "affectio societatis")".

Según esto, la presencia de tales elementos

hace que, con independencia de que sean integrantes de la figura que va a surgir del contrato, la sociedad, lo sean también, por esta misma circunstancia, de la intencionalidad de los que lo celebran; en definitiva, como dice la sentencia referida, de la *affectio societatis*. Esta es la razón por la que considero correcto metodológicamente, examinar a continuación estos otros elementos diferenciadores que modulan, con matizaciones de carácter objetivo, el elemento intencional de la *affettio societatis*.

a') Otro criterio, complementario como hemos visto de la *affettio societatis*, que sirve para distinguir uno y otro contrato, se encuentra en el dato de la agrupación, que siendo elemento común de ambos como contratos que son, en sentido amplio, asociativos, sin embargo se diferencian en la naturaleza distinta de la que se produce en los casos de la sociedad y de la comunidad: en un caso la agrupación impone una determinada organización, de mayor o menor complejidad, que incluso puede dar lugar a una nueva personalidad jurídica y a un patrimonio separado, y en el otro respeta la individualidad jurídica de los que se agrupan, al

disgregar la aportación común mediante la atribución de cuotas.

a'') En cuanto a la organización, que refleja la especial forma de agrupación de los contratos de sociedad y de comunicación de bienes, con respecto a la regulación del Código se había dicho ²¹⁷ que realmente no existe una verdadera en la comunidad, pues careciendo propiamente de un fin común no necesita más que la mínima indispensable para hacer posible la concurrencia de los recíprocos e individuales intereses, logrando su armonía y evitando un conflicto entre ellos.

Y aunque esto varía profundamente en la comunidad convencional, que contempla, lógicamente, como uno de los aspectos destacados, y hasta podría decirse que la justifica, el de dotar a la comunidad de una determinada regulación -y lo normal es que esta comprenda una cierta organización-, es consustancial a la comunidad un mayor o menor grado de individualismo que se superpone a la organización.

²¹⁷ BELTRAN DE HEREDIA, "La comunidad de bienes", cit., págs. 62 y ss.

Y a este respecto, se ha dicho de la reforma francesa de 1976, que introduce explícitamente la indivisión convencional, que tiene una inspiración individualista, "de ese individualismo sin el cual ninguna comunidad es viable"; y en ella la voluntad individual no es sólo dueña de mantener o extinguir la comunidad, sino de su duración, de su género, de su ambiente, de su cohesión y de, tras un ensayo desafortunado, ir a una mayor inorganización; sigue siendo la comunidad una modalidad, precaria o duradera²¹⁸, de derechos con varios titulares concurrentes, y aunque puede dotarse de un gerente encargado de administrar los bienes comunes y de defender el interés de todos, la estabilidad de su función depende del acuerdo de las partes. Por último, se dice que después de esta reforma "hay varios regímenes jurídicos de la indivisión que corresponde a los diferentes grados de cohesión de la comunidad de los propietarios, de cada comunidad de indivisarios, en cada instante. Y múltiples 'términos medios' se dan entre la

²¹⁸ LARROUMET, CH., "Droit civil. Les biens. Droits reals principause", T.II, Paris, 1.985, considera (pág. 148) que a pesar de la nueva ley, los elementos que permiten caracterizar la indivisión, a partir de 1.976, siguen siendo los mismos que con anterioridad habían sido destacados por la doctrina y la jurisprudencia.

indivisión puramente 'comunitaria' y la persona moral, especialmente la sociedad civil" ²¹⁹

La concepción del contrato de sociedad como contrato de organización, ha tenido una muy amplia aceptación doctrinal ²²⁰, y de ella se extraen importantes consecuencias a efectos de la diferenciación que perseguimos, entre ellos la presencia de la personalidad jurídica.

b') Porque, efectivamente, dándose en el contrato creador de la sociedad como nota característica, y así lo ponía de relieve ASCARELLI ²²¹ el que no se limita a disciplinar las obligaciones entre los socios, sino que crea, además, una organización destinada a la realización de una actividad con los terceros, constituyendo una comunidad de intereses y de fin, y distinguiéndose los intereses comunes de los individuales extrasociales de cada uno de los socios, consideraba

²¹⁹ ATIAS, "Droit civil. Les biens". I, Paris, s.f. (1.980), págs. 139 y 154.

²²⁰ Vid. unas amplias consideraciones sobre el tema y una escogida bibliografía en PESCATORE, "Attività e comunione nelle strutture societarie", Milano, 1.974, págs. 160 y ss.

²²¹ "Studi in tema di società. Principi e problemi delle società anonime", Milano, 1.952, pág. 48.

el ilustre jurista que la organización tiene personalidad jurídica y un patrimonio que, a su vez, es distinto del patrimonio individual de los socios; la disciplina unitaria que implica el reconocimiento de la personalidad jurídica, es necesaria dado el carácter dinámico de la sociedad, que tiende a utilizar los bienes sociales en operaciones con los terceros.

Independientemente de que algunos autores hayan defendido la subjetividad jurídica de la comunidad ²²² negando, por consiguiente, el de la personalidad como criterio diferenciador, lo cierto es que la doctrina actual (y su generalidad exime de la referencia detallada de los autores que la mantienen, si bien conviene citar a FRAGALI ²²³ por el detallado estudio crítico de las posiciones negadores), insiste en recogerlo con toda su amplitud

²²² Entre nosotros DONDERIS TATAY, "La copropiedad", cit., págs. 76 y ss. considera que un efecto de negar la diferenciación entre comunidad y sociedad será reconocer que la comunidad es persona jurídica en nuestro Derecho; y en Italia, con diferentes matices, se citan a LUZZATTO, en 1.908, CARNELUTTI, en 1.913, RAMPONI en 1.922, y alguno más bajo el Código del 65: vid. CARLO "Il contratto plurilaterale associativo", Napoli 1.967, págs. 115 y ss. con detenido estudio de la cuestión y cita de autores que representan, según dice, una inversión de la tendencia bajo el nuevo Código hacia la afirmación de la personalidad.

²²³ "La comunione", cit., I, págs. 419 y ss.

y plenas consecuencias, aunque en algunos casos, como es entre nosotros el de CAPILLA,²²⁴ matizando su alcance. Para que surja esa personalidad se requiere un elemento volitivo, tendente a reconocer la existencia de una voluntad social formada mediante el concurso de los socios. Y un segundo elemento, ya aludido con anterioridad, que es la existencia de un patrimonio social autónomo²²⁵, formado con las aportaciones de los socios, que dejan de ser titulares directos de los bienes objeto de las mismas.

Y la persistencia de esta posición favorable a reconocer este criterio como distintivo de la sociedad con respecto a la comunidad, se debe,

²²⁴ "La sociedad civil", cit., especialmente págs. 325 y ss. En la doctrina portuguesa, ALMEIDA COSTA, J.M., "Noções de Direito civil", 2ª ed. remodelada, Coimbra, 1.985, pág. 428, se refiere a la diferenciación entre comunidad y sociedad, con independencia de la presencia, o no, en éstas de personalidad jurídica.

²²⁵ GALGANO, "Le società di persone", Milano, 1.972, págs. 144 y ss. considera que su exigencia es ineludible en cuanto elemento estructural del concepto de sociedad. A efectos de la diferenciación perseguida, conviene tener en cuenta que un autor como DELAY, que ha profundizado tanto en esta materia, considera que la autonomía patrimonial no es privilegio de los grupos personificados, citando como tales a algunos tipos de comunidad; es modélico el estudio que hace en su obra "La nature juridique de l'indivision", cit., págs. 353 a 457, de las relaciones entre comunidad y sociedad, analizadas desde el ángulo de la personalidad jurídica.

precisamente, a reconocer en la personalidad, y en la consecuente existencia de un patrimonio común²²⁶, lo que considera como el más alto grado de la organización societaria, y el reconocimiento, también en ambos datos, del mayor grado posible de unión de los intereses comunes.

A esta diferenciación no es obstáculo el que, así lo ha reiterado la jurisprudencia en los últimos tiempos, la sociedad irregular no tenga personalidad, pues ésta no se convierte en comunidad, sino que, de acuerdo con el art. 1669, 2º, a las relaciones internas entre los socios, derivadas de la aportación, se les aplican las normas de la misma, por seguir siendo los bienes de ellos, aunque ahora lo sean en común (SS. de 17 de septiembre de 1984, 22 de diciembre de 1986, 21 de abril de 1987, 13 de marzo de 1989 y 21 de junio de 1990).

Podemos decir, por consiguiente, que pretendiéndose crear por el contrato una agrupación con personalidad nueva y distinta, y con un

²²⁶ BONELLI, "I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali", Riv. Dir. Commerciale, 1.903, I, pág. 289, llegó a decir que ambos elementos eran una misma cosa.

patrimonio autónomo, propio, los que lo celebran lo hacen con *affettio societatis*, circunstancia que, de acuerdo con lo que he venido sosteniendo, excluye la comunidad, y hace surgir una sociedad.

b') Al referirme al carácter diferente del ejercicio conjunto como criterio distintivo, quiero adelantar que me lo planteo, así sucede también respecto al último examinado, como una consecuencia o, mejor, como un determinante de la *affectio societatis*: para establecer si, efectivamente, se quiere que surja una sociedad del contrato que va a celebrarse, resulta un elemento decisivo la actuación que se pretenda realizar con el ente que con él se constituye.

Ejercicio conjunto que en el caso de la sociedad recae en una actividad económica lucrativa, en el de la comunidad lo hace sobre la titularidad común constituida (que cualitativamente en nada se diferencia de la individual)

Además, y con respecto a este ejercicio conjunto, debe tenerse presente que tiene un distinto

alcance no sólo en las comunidades y en las sociedades, sino también en las manifestaciones civiles y mercantiles de las mismas. Y ello, toda vez que la diferente naturaleza de la actividad objeto de la sociedad determina cada una de las categorías, y cuando a través de la realización de actos de comercio se persigue un fin de lucro, se estará en presencia de una sociedad mercantil; si no se hace a través de ellos, de un sociedad civil.

El hecho es que este dato, aunque suele estar subordinado al de la personalidad ²²⁷, se utiliza por la doctrina que se plantea la cuestión desde la perspectiva de las sociedades: así, en concreto lo hace BROSETA ²²⁸ que tras referirse, como criterio preferente para la diferenciación de la generalidad de las sociedades al de la personalidad, para el caso de que ésta no esté presente, añade que "también se diferencian la comunidad de base contractual y la sociedad irregular, porque ésta

²²⁷ No obstante la S. del T.S. de 18 de julio de 1.990 no lo entiende así, declarando que existe sociedad irregular si hay confluencia de voluntades hacia el mismo fin de partir las ganancias, con independencia de la forma de constitución" (que es la determinante de la personalidad).

²²⁸ "Manual de Derecho mercantil", 7ª ed., Madrid, 1.990, pág. 37.

persigue la realización de una actividad con los bienes aportados para alcanzar un fin lucrativo, mientras que aquélla presupone el simple uso y disfrute de una cosa común".

Esta es una manifestación de la doctrina que se impuso entre nosotros a partir de la S.T.S. de 15 de octubre de 1940 ²²⁹ confirmada y asentada por las de 24 de abril de 1943 y de 3 de diciembre de 1959: atender combinadamente al estatismo propio del simple estado de conservación y aprovechamiento fructífero de lo puesto en común en el condominio, y a la dinamicidad propia del poner en común para obtener un lucro partible entre los interesados en la sociedad. Afloran aquí los clásicos, y definidores, elementos de la estaticidad y la dinamicidad ²³⁰, tema en el que la admisión del contrato de

²²⁹ Vid. el comentario a la misma de BONET, en Rev. Der. Privado, 1.941, págs.35 y ss.

²³⁰ Que LOIS ESTEVEZ, "La distinción de condominio y sociedad", en la Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia, t. 181, (1.947), pág. 692, describe diciendo que la comunidad es para tener alguna cosa en común, mientras la sociedad es para hacer juntos algo,. Y DIEZ-PICAZO, "Fundamentos de Derecho civil", cit., II, pág.763, propone el juego de palabras de "la comunidad es una sociedad para la utilización y aprovechamiento estático de un bien, mientras que la sociedad es una comunidad que trata de realizar una dinámica explotación de índole económica (empresa) con la finalidad de conseguir unas ganancias y partirlas".

comunicación de bienes y el aprovechamiento en el mismo de las posibilidades normativas que ofrece el art. 392 C.c. ²³¹ permiten planteamientos menos drásticos.

¿Quiere esto decir que el hecho de perseguir un beneficio excluye la comunidad?. Aunque en un primer momento algunos autores así lo estimaron, cuando consideraban cualquier tipo de ganancia o beneficio como manifestación del fin de lucro, con posterioridad se produce un cierto cambio y se concreta este beneficio diferenciador en el directamente pecuniario: así, decía el Prof. CASTAN TOBEÑAS ²³² que "el beneficio o ganancia' del art. 1665 del Código civil es sólo la ganancia positiva, el beneficio en dinero. Todas aquellas ganancias de las que no resulta ningún enriquecimiento directo, aunque supongan reducción de gastos, garantías contra pérdidas eventuales, realización de economías, adquisición de objetos en condiciones más ventajosas, son propias de otras entidades o agrupaciones, no de

²³¹ Vid ALBIEZ DOHRMANN, en su estudio sobre el ejercicio en grupo de profesiones liberales, de próxima aparición en el Libro Homenaje al Prof. LACRUZ BERDEJO, que en base a ello considera posible en la comunidad de bienes "una estructura dinámica, sin ser propiamente una sociedad".

²³² En su op. cit., pág. 328.

las Sociedades en sentido propio que regula la Ley civil o mercantil". Para CAPILLA (pág. 22) "el lucro no es sinónimo de mera ventaja, sino de ganancia en sentido estricto", expresión con la que designa un "incremento patrimonial positivo". Con la especulación lo relaciona BELTRAN DE HEREDIA (pág. 53). Y, en general, se considera el beneficio en que se apoya la distinción, como el lucro o ganancia dineraria a costa de tercero y partible entre los interesados.

La consideración de que en la sociedad el fin perseguido sea lucrativo y en la comunidad no, ha sido un criterio de distinción utilizado por la doctrina italiana y que ante las dudas que suscita, el que pueda considerarse suficiente el hecho de que la puesta en común produzca una *utilidad* para derivar de ello sin más la existencia de una sociedad, un sector de la misma²³³ considera que la solución está en el significado que se le atribuya al término *ganancia* usado por el C. civil de su país para calificar a la sociedad; y que aún aceptando que la haya también, como en sentido literal la hay cuando se persigue y alcanza un simple fin de ahorro de

²³³ Vid. SALIS, "La comunione", cit., pág. 20 y s.

gastos ²³⁴ por si solo este dato no es decisivo porque no puede dudarse de que hay comunidad en muchos casos en los que se persigue un simple ahorro de gastos; es algo más lo que determina la presencia de la sociedad en tales supuestos: crear entre los que se agrupan un vínculo recíproco de colaboración, de cooperación a un *fin* común, fin que debe ser precisamente de *lucro* (ya sea verdadera y propia ganancia o simple ahorro de gastos). O sea, en la sociedad es más evidente el elemento de *cohesión entre los partícipes* con el fin de colaborar a que se alcance el fin común: y esto hace referencia a la organización como base del ejercicio conjunto de la misma.

En tiempos más recientes, el tema se ha tratado bajo una nueva perspectivas más amplia: la que le confiere la posibilidad, derivada de la existencia de las comunidades contractuales, de la no aplicación automática de las *actio communi dividundo*.

²³⁴ No lo ven así CAPORALI, "Contratto di società", cit., nº12, para el cual la sociedad existirá solo cuando la ganancia se dé carácter pecuniario, ni RAMPONI, "Comproprietá" cit., pág. 43, el cual para la existencia de la sociedad considera necesaria la voluntad de los socios de "aumentar el capital aportado y de repartirse todos los beneficios que se puedan extraer especulando con el mismo". Criterio, como hemos visto, recogido por la S. de 18 de noviembre de 1.986 de nuestro Tribunal Supremo.

Como consecuencia de este nuevo tratamiento, se ha considerado que tanto la situación de comunidad como la' de sociedad resultan caracterizadas por la relevancia de un complejo de factores que en la dinámica de las correlaciones e integraciones recíprocas, consienten la actuación de las respectivas finalidades, -el goce del bien y la consecución de una utilidad para distribuir- a través de las posiciones subjetivas en relación con los bienes en una y otra: mientras en la relación de comunidad tiene carácter absoluto, de derecho real, en la de sociedad es relativo, de obligación ²³⁵.

Y esto es, dice el citado PESCATORE, porque mientras en la comunidad, la actividad se desarrolla en función del goce (el bien realiza directamente el fin de producir utilidad según el propio destino económico), en la sociedad, al tratarse de una forma de ejercicio colectivo de empresa, la actividad está en función de la producción y del cambio (el bien realiza tal finalidad indirectamente, mediatamente, en cuanto es elemento que da ocasión y sirve para desplegar la actividad).

²³⁵ PESCATORE, op. cit., págs. 127 y ss.

Tal conclusión relaciona la diferencia que trata de exponerse, con el tema de la causa, también importante a estos efectos; la relación entre el elemento objetivo (los bienes) y el subjetivo (la actividad), da prevalencia al primero en la comunidad, y al segundo en la sociedad; por ello se ha situado la causa en la comunidad en obtener ventajas de los bienes que se ponen en común, gozando de sus utilidades, mientras que en la sociedad se localiza en el ejercicio en común, de la actividad económica, lo que se realiza a través de un ente creado con este fin²³⁶ .

De todas maneras, con respecto a la distinción entre el contrato de sociedad y el de comunicación de bienes, dada la existencia de ésta en aquella, hay que tener en cuenta la dificultad que puede suponer el referirse sin demasiado rigor a figuras que se consideran intermedias; esto es lo que sucede cuando se trae a colación el concepto de "comunidad societaria", como hace el T.S., o de

²³⁶ El propio T.S. hablaba de "mera conservación y aprovechamiento" en la comunidad de bienes (S. de 16 de octubre de 1.940, después reiterada, como más atrás se cita; y, por otro lado, viene también declarando (S. de 18 de julio de 1.990) que hay sociedad, irregular o de hecho, cuando "hay confluencia de voluntades hacia el mismo fin de partir las ganancias; con independencia de la forma de constitución".

"société d'indivision", como hiciera en algunas decisiones la jurisprudencia francesa "categoría jurídicamente curiosa" como la llama FOYER ²³⁷ cuando se refiere a que la organización de la indivisión se había obtenido en la práctica francesa, a veces, gracias a la constitución de una sociedad civil, pero objetivamente se quería como comunidad.

Pero al reconocer esta misma figura en S. de 6 de octubre de 1990, (estimando que en el supuesto debatido "hubo contrato consensual, puesta en común de actividad y bienes, "affectio societatis", ánimo de lucro, falta de escritura pública e inscripción en el Registro), lo que el T.S. llama "comunidad societaria", no puede ser otra cosa que una sociedad, porque si bien no determina la personalidad jurídica frente a terceros, surte sus efectos como sociedad irregular o de hecho, como se reconoce en la propia Sentencia.

En cambio no puede considerarse así a la llamada sociedad de medios que, como recuerda el Prof. ALBIEZ (en su trabajo citado más atrás) es

²³⁷ "Raport fait au nom de la Comision des lois constitutionnelles....", cit., pág 18.

figura que ha adquirido carta de naturaleza especialmente en el ámbito de los profesionales liberales: en ella hay una aportación conjunta de bienes materiales consistente en la mayoría de las ocasiones en una mera aportación *quoad usus* y sólo excepcionalmente en una aportación real. Con estos datos y con el que añade de no existir en ella ninguna voluntad de participar en las ganancias y/o en las pérdidas, asumiendo los "socios" solamente gastos que se derivan del mantenimiento, se desprende claramente, a mi entender, el carácter de comunidad que tiene la misma. A lo que ha de añadirse, en el mismo sentido, y lo dice también el Profesor de Granada, que si bien la sociedad de medios comparte algunas características con la sociedad de uso, admitida expresamente en el art. 1678 de nuestro Código civil, al deberse repartir las ganancias obtenidas en ella, se diferencia claramente de la llamada sociedad de medios en la que, al igual que en las comunidades, esto no sucede.

Aunque puede parecer, y quizá lo sea, proporcionalmente excesivo el tratamiento que le hemos dado a este punto, considero que la importancia del tema planteado lo justifica; y ello en cuanto a

través del mismo, y aunque a veces parezca que forzando la inclusión en el ámbito contractual que nos ocupa, de unos elementos que tienen naturaleza de diferenciación institucional, creo que se consigue una mejor delimitación de la figura del contrato de comunicación de bienes frente al de sociedad, con el que se ha pretendido identificarlo.

La transcendencia práctica que tiene una correcta delimitación jurídica de la figura, se pone de manifiesto en la S. Audiencia de Granada, de 27 de septiembre de 1.990 (Ponente, Ilmo. Sr. D. José Cano Barrera) en la que se califica el supuesto debatido como un contrato de comunidad, delimitándolo con rigor y profundidad, del de sociedad, sin personalidad en éste caso, y del de arrendamiento de servicios.

B) Distinción del contrato de comunicación de bienes con el de permuta.

Se da con relativa frecuencia una explicación jurídica del acto constitutivo de una comunidad de bienes, considerándolo como un supuesto

de permuta de cuotas, explicativa de las transmisiones onerosas que, según los que propugnan esta tesis, se producen al crearse una comunidad (que es el resultado de las aportaciones que realizan).

Cierto es que, como observa ROCA SASTRE²³⁸, los autores que la defienden se contentan con la noción de transmisión onerosa, y cuando aluden al tipo de la permuta (como al de la compraventa o la adjudicación en pago) "lo hacen ligeramente, sin adoptar una posición categórica en el asunto, o sea sin planteamiento a fondo del problema". Añade que "generalmente predomina la idea de permuta o cambio".

Puede pensarse que en la base de esta errónea configuración se dan dos tipos de razones, unas jurídicas y otras fiscales:

a) Entre las primeras, parece que está el haberse contemplado una comunidad a formar por solo dos partes; en este caso es más fácil derivar a la conclusión de que el mecanismo jurídico por el que se forma la comunidad consiste en cambiar o permutar la

²³⁸ "Naturaleza jurídica de la aportación social", cit., pág. 417

parte del bien propio aportado por la del que aporta el otro.

Pero no obstante llegar al mismo resultado, entre el de comunicación de bienes y el de permuta, se dan muchas e importantes diferencias ²³⁹, aunque, y esto es claro también, puedan en determinados casos alcanzarse por medio de ambas unos efectos jurídicos patrimoniales: por ej. si A permuta la mitad de una finca suya por la mitad de otra perteneciente a B, ambos serán condueños por mitad de ambas fincas; pero a este mismo resultado se puede llegar también por medio del contrato de compraventa o del de donación (no recíproca, sino dos independientes) y a nadie se le ocurriría decir, por ello, que la permuta es una compraventa o una donación.

Pero es que no resulta suficiente con atender a las consecuencias económico-patrimoniales del contrato, ni a los medios empleados para obtenerlos, sino que es necesario atender sobre todo

²³⁹ MERINO HERNANDEZ, en "El contrato de permuta", Madrid 1.978, pág. 345, da por supuesta una clara diferenciación entre el contrato de permuta y los que él llama "asociativos o comunitarios".

a las consecuencias jurídicas, en este aspecto (y aquí está la diferenciación más significativa) es de importancia decisiva el vínculo que termina existiendo entre los derechos de los varios sujetos intervinientes.

Sobre este particular, dice PINTO COELHO²⁴⁰, que respecto de la permuta resulta una transmisión de derechos sobre los bienes objeto del contrato, compensada, o no, económicamente, y tales derechos terminan existiendo completamente autónomos, independientes, desligados unos de los otros y de los patrimonios de que salieron; y, en cambio, del contrato de comunidad, resultan varios derechos que, siendo en sí autónomos, independientes, terminan *entrelazados* en la comunidad, en la unidad de su objeto.

Adem's, sigue diciendo, y resulta el argumento muy adecuado a la naturaleza de la comunidad que he defendido, mientras en la permuta (y, añad. también, en la venta y en la donación), se da una *migración* de derechos sobre ciertos bienes, de

²⁴⁰ "Da compropiedade no Direito portugues", cit., págs. 20 y ss.

un patrimonio para otro u otros, en la comunidad convencional hay simplemente una *transformación* de derechos que, permaneciendo ligados al patrimonio en el que se encontraban, dejan de ser *exclusivos*, como anteriormente lo eran, pasando a ser *concurrentes* con otros sobre los mismos objetos.

Y es que debe reconocerse que, como él dice, y en cierto sentido ello es cierto, el contrato de comunidad supone, *transmisión* de derechos, pero no la transmisión de *todos* los derechos que el titular tenga sobre determinado objeto; porque con la actuación jurídica que implica el contrato de comunicación de bienes, el titular de los derechos no los *enajena* totalmente, se limita a *comunicarlos* conservándolos como *propios* aunque sea en una nueva manera de ser, en la que simplemente se desdobra su contenido, permitiendo que sean percibidas *también* por otros las utilidades que anteriormente *solo por él* lo podían ser. De ello deduce, asimismo, que vistos los efectos del contrato de comunidad o comunicación de bienes desde el lado de los adquirentes, se nota igualmente que tampoco terminan teniendo un derecho *exclusivo* sobre una cosa o sobre una cierta parte de ella, como tendrían si se tratase

de una permuta.

Con referencia a la naturaleza del negocio que da título a su estudio, dice MUÑOZ DE DIOS ²⁴¹, que "la naturaleza jurídica del contrato generador de la comunidad no podrá ser nunca permuta cualquiera que fuera la forma elegida de las estudiadas" y que si se transmite participación indivisa del edificio final, será pago del contrato de empresa *in natura*, y si es participación indivisa del solar, será solo el pago de la carga en la comunidad que corresponde al dueño primitivo, por la construcción del edificio.

b) Decía más atrás que la detectada confusión entre el contrato de comunicación de bienes y el de permuta, pudiera tener, asimismo, un origen fiscal.

Al hilo de la afirmación contenida en el primer Considerando de la Resolución de 16 de mayo de 1979, de que con la posibilidad del pacto entre los propietarios de diversos inmuebles, éstos puedan constituir un condominio romano sobre la totalidad de

²⁴¹ "Aportación de solar y construcción en comunidad", Madrid, 1.987, págs. 95

los mismos (contrato de comunicación de bienes) "se evita la viciosa práctica -cada vez menos frecuente- de realizar una previa permuta de cuotas entre todos los propietarios...", afirma TIRSO CARRETERO ²⁴² que "la práctica de las permutas de cuotas posiblemente vino de que el celo de los liquidadores entendía que ésta era la verdadera naturaleza del acto, cualquiera que fuese el nombre que se le diese al documento y por mucho que se le calificase de mera agrupación"; y que, a la inversa, "los liquidadores tenían razón en que cuando las participaciones que se atribuían a algún propietario en la agrupada era notoriamente desproporcionada con el valor relativo de su aportación, era lógico entender que se estaba encubriendo una cesión onerosa o acaso gratuita, y justo que el Fisco no se conformase con el exiguo tipo del Timbre ni aún con el reducido de sociedades".

Con posterioridad a la fecha en que se escribieron estas palabras y como consecuencia del efecto, por un lado, y en materia civil, de la citada

²⁴² En su comentario a la Resolución de 16 de mayo de 1.979 recogido en el Volumen que contiene los publicados en la Rev. Cr. de Der. Inmobiliario durante los años 1.969 a 1.982, editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del I. Colegio N. de Registradores de la P. y M. Madrid, 1.987, pág. 1226.

Resolución de la D.G.R.N. de 16 de mayo de 1979, y por otro, en materia fiscal, de las reformas habidas en los diferentes tributos que les afectan en este aspecto, sobre todo a partir de 1964 con la Ley General Tributaria ²⁴³, aún con las dudas que en algunos supuestos de los mismos pueden subsistir, se ha aclarado suficientemente la cuestión y contribuido a delimitar el campo propio regulado por los contratos de permuta y de comunicación de bienes.

C) Distinción del contrato de comunicación de bienes de otros relativos a las comunidades

Es perfectamente posible, y de hecho se dan en la práctica una serie de situaciones deseables que pueden alcanzarse por este medio, que los partícipes en una comunidad ya constituida, sobre todo de carácter incidental, quieran celebrar y celebren entre sí, contratos relativos a dicha comunidad.

Las posibilidades son numerosas y variadas: unas veces porque quieren actuar sobre alguna de las

²⁴³ Cuyo art. 33 atribuyó a las comunidades la cualidad de sujetos de tributación.

normas impuestas por la ley para su regulación: por ej. sobre lo relativo a la divisibilidad, o al uso o disfrute de la cosa común, o a la contribución a los gastos ,etc.; otras, porque admitiendo asimismo la permanencia de la comunidad, pretenden modificar las circunstancias de su constitución, alterando el número de sus miembros, bien disminuyéndolo (por adquisición conjunta de cuotas de otros comuneros) o ampliándolo (cediendo una parte de las mismas a personas ajenas a la comunidad hasta ese momento); o modificando el objeto de la comunidad, detrayendo de ella alguno de los bienes, o incluyendo otros que no formaban parte de la misma; o, incluso, pretendiendo cambiar su naturaleza mediante la transformación, por un contrato dirigido al efecto, de la que era comunidad incidental en comunidad convencional.

¿Cuales son las posibilidades de llevar a cabo todo esto, y como se integran o relacionan con el contrato de comunicación de bienes, objeto de nuestro estudio?. En otras palabras ¿alguna de estas posibles actuaciones cabe realizarla por medio del referido contrato?.

a) En el capítulo 3º de esta misma Tercera

parte, al hacer la exégesis del contrato creador de comunidad que propongo, ya ponía de relieve (*sub. b), c'*); como una de las exigencias en cuanto a la titularidad de los bienes que se comprometen a aportar para constituir la comunidad, el dato de que si ya les pertenecían, les pertenecieran individualmente, excluyéndose el que ya los tuviesen *pro indiviso* : porque no cabe, decía, constituir una comunidad ya constituida. Pues bien, a partir de esta circunstancia, derivada del concepto de contrato de comunicación de bienes que propongo, creo que han de examinarse los supuestos planteados.

a') En primer lugar, el de la posibilidad de que, cambiando su naturaleza, se pretenda transformar una comunidad de bienes ya existente, incidental, en comunidad convencional.

Considero que siendo ello factible, pues los comuneros en uso de la autonomía de su voluntad pueden pactarlo, la cuestión es ¿realizarán un contrato de comunicación de bienes?. Las dudas pueden surgir porque o bien en el mismo incluyen algún aspecto relativo a su organización, y entonces lo que realizan es un contrato *regulador* de comunidad (de la

comunidad ya existente, incidental por su origen) de los previstos en el art. 392, 2º C.c., que por sí solo no la convierte en convencional, o bien se limitan, sin más, a darle *status* convencional, cosa que teóricamente es admisible y ya aludimos a ello al tratar, Cap. 1 de esta Parte III, de la posibilidad de este contrato de comunicación de bienes, pero que en la práctica tendría poco sentido si se piensa que en la actual regulación de las comunidades, según considera la doctrina generalizada, la convencionalidad de su origen por sí sola no le atribuye especialidad alguna respecto a las incidentales.²⁴⁴

La comunidad, incidental por su origen, ¿se trasmuta en voluntaria, en su perduración, desde el momento en que pudiéndose ejercitar la *actio communi dividundo* no se ejercita?. Dice GUARINO²⁴⁵ que tanto la comunidad incidental como la forzosa ceden frente a la voluntaria, en el sentido de que pueden en

²⁴⁴ Distinto sería de aceptarse, como defiendo y después argumentaré, el que se les reconocieran a las convencionales, por el solo hecho de serlo, unas determinadas consecuencias, que no tuvieran las incidentales, como por ej. en materia de indivisibilidad; tema al que, como digo, haré alguna referencia más adelante, en el Cap.8, sub.B.

²⁴⁵ "Comunione (diritto civile)", cit., no 4, A), pág.254.

cualquier momento convertirse en comunidad voluntaria, si los comuneros acuerdan, en la forma debida, permanecer voluntariamente en la comunidad. Sucede, no obstante, que el simple no ejercitar la acción de división, no puede considerarse un acuerdo de nada; en todo caso será necesario un comportamiento activo que haga presumir la existencia de la voluntad de proseguir en la situación de comunidad

Lo que es cierto, es que el no ejercitar la acción no implica convencionalidad: la simple inactividad, por sí misma, sólo significa que voluntariamente cada uno ha decidido, de forma unilateral, continuar por lo pronto en la comunidad. Solo podrá hablarse de convención si esta voluntariedad es consecuencia de un acuerdo, pues entonces hay pacto de indivisión de la comunidad constituida, sea por tiempo indefinido o determinado no superior a los diez años previstos en el art. 400, 2º del C. c. Pero, en todo caso, se trataría de un contrato de mantenimiento, y no de constitución, de comunidad de bienes.

Esta misma posición que expongo puede apoyarse en la consideración que hace FRAGALI ²⁴⁶, de que en la comunidad incidental, la voluntad subjetiva influye solo a efectos del mantenimiento de la relación o de su disolución; inmediatamente no se dirige a constituir la comunidad, ni la comunidad misma se convierte siempre en voluntaria cuando los partícipes deciden simplemente mantenerse en ella.

Por otro lado, cierto es que en el Derecho italiano, el art. 2248 del Código civil al distinguir de la sociedad la comunidad "instituida o mantenida" al solo fin de goce, hace notar que el contrato de comunidad tiene por objeto no solamente la "constitución" de la relación común, sino también el "mantenimiento" de la misma, que es la hipótesis en la que la relación ha surgido independientemente de la voluntad de los participantes (comunidad incidental).

Pero la verdad es, y ha de insistirse en ello, que éste segundo si bien dentro de los contratos relativos a la comunidad, lo es de

²⁴⁶ "La comunione", cit., I, pág. 52 y también, más ampliamente, 577 y s.

mantenimiento, no de *constitución* de la misma; y el de comunicación de bienes, que estudiamos, es de *constitución* y solamente si la constituye merece éste nombre; a este respecto, afirma FRAGALI (vid. nota anterior) que ningún proceso de formación progresiva de comunidad contractual se presupone en el citado art. 2248; la comunidad "mantenida" es comunidad preexistente y proseguida, y el comportamiento ó la declaración de voluntad de los partícipes, cuando acuerdan continuar la comunidad o la continúan, no completan el supuesto de hecho de la comunidad, que ya estaba completo: "tal carácter, afirma, hace que si las declaraciones expresas o tácitas de los partícipes a veces pueden configurar reconocimiento, "acertamento", valoración de una situación ya constituida, otras pueden reputarse nueva configuración de la misma, en cuanto que son efectos de una situación voluntaria, y la comunidad se reviste de los caracteres de una comunidad de origen voluntario". Aunque reconoce otros cambios, de naturaleza distinta, que examina después.

Hay, en mi opinión, otro argumento, que considero importante, que ya ha sido aludido y sobre el que volveremos posteriormente: que el contrato de

comunicación de bienes está justificado por el cumplimiento de esa función jurídica de comunicar unos determinados bienes constituyendo un fondo común, fondo sobre el que se recibe una cuota proporcional a lo aportado.

Otro tanto se puede decir, en mi opinión, de la posibilidad prevista en el párrafo 1º del art. 815 del Código civil francés, redactado por la ley de 31 de diciembre 1976, aunque utiliza la vía, y la terminología correspondiente, del acuerdo supresivo de la divisibilidad *ad libitum*; por esto, lo veremos después.

b) En lo que se refiere a los contratos modificativos de las circunstancias que han concurrido en la constitución de una comunidad, esto es que afectan a los elementos estructurales de la comunidad, tanto en el ámbito de los sujetos, alterando, por aumento o disminución el número de los mismos, como en el del objeto, detrayendo algunos de los bienes o incluyendo otros que no formaban parte de la comunidad, el tema planteado requiere algunas diferenciaciones previas para su correcta solución.

A este propósito, debe recordarse que estamos ante la modificación de una relación jurídica cuando "permaneciendo inalterada su identidad, se produce un cambio en el elemento subjetivo o en el elemento objetivo de la relación misma. El que la modificación del vínculo sea técnicamente admisible y no se resuelve en la extinción de la relación y en la constitución de una nueva, ha quedado definitivamente admitido.²⁴⁷

Por lo que respecta a los sujetos, al referirme a la alteración de su número originario, lógicamente excluyo la sustitución de los mismos por otros nuevos (por ej. a través de la enajenación de cuotas) e incluso de uno solo por varios que ocupan su lugar (por ej. transfiriéndose una cuota a más de una persona lo que ALLARA ha llamado una "pluralización" de la relación)²⁴⁸ pues tanto en uno como en otro caso permanece el mismo número de

²⁴⁷ Vid. ALLARA, "Vicende del rapporto giurídico, fattispecie, fatti giurídici", cit., págs. 11 y ss.

²⁴⁸ A propósito de ello, conviene llamar la atención sobre la circunstancia de que exigir para el contrato de comunicación de bienes la titularidad individual esto es que no sean bienes que ya les pertenezcan *pro indiviso* es con referencia a la totalidad de ellos, ya que en nada afecta que algunos de los aportados, fueran de titularidad indivisa. El alcance de la exigencia es evitar que pueda hablarse de constituir una comunidad ya constituida.

partes, aunque en el segundo aumente el de participantes, ya que frente a los restantes comuneros, el grupo de los adquirentes de la cuota se presenta en la comunidad, se ha dicho ²⁴⁹, como portador de la misma cantidad de interés que tenía el que la enajenó.

Considero que la posibilidad de verdadera alteración del número de las partes en una comunidad solo cabe, sin celebrar un nuevo contrato constitutivo, si así se había previsto al constituir, convencionalmente, la comunidad de que se trate, dejándola abierta en las condiciones que se fijen. En las incidentales, y en las convencionales en las que nada se haya previsto al respecto, (en algunas incidentales cabe que su régimen especial dado por la ley, si lo prevea, como es el caso de la propiedad horizontal en cuanto a los elementos comunes), el aumento de partes implica la necesidad de un nuevo contrato, de la constitución de una comunidad distinta de la anterior. Es decir, considero que el carácter cerrado de la comunidad será la regla, y el abierto (a la incorporación de nuevos comuneros no

²⁴⁹ FRAGALI, op. cit., I, pág. 97

causahabientes de los anteriores) la excepción, que únicamente se producirá cuando haya sido constituida con tal peculiaridad. Por el contrario, la disminución del número de comuneros no afectará a la subsistencia de la comunidad correspondiente, e incluso está previsto que ello suceda cuando se adquiriera por uno o más comuneros la cuota de otro u otros, ya sea por adquisición directa (art.399 C.c.), ya por ejercitarse el retracto de comuneros (art. 1522 C.c.).

La razón para tener por simplemente modificativa o por extintiva de la comunidad el hecho de la alteración del elemento subjetivo, está en el valor que al respecto tiene la autonomía de la voluntad, que hizo la previsión en ese sentido, convirtiéndola en ley de la comunidad, cuya presencia autorizativa la legitima en el supuesto de las incidentales en que así se prevea.

Y en cuanto al objeto, su alteración bien sustituyendo unos bienes por otros, bien reduciéndolos o incrementándolos, ha de recibir el mismo tratamiento propuesto para el de los sujetos, y en razón de ello será una simple modificación de la

comunidad convencional ya constituida si al hacerlo se había previsto esa posibilidad, y significará un nuevo contrato de comunicación de bienes si se hace en una convencional donde no se hubiera previsto lo contrario, o en una incidental cuyas reglas aplicables no lo hubieran tenido en cuenta como una posibilidad de novación no extintiva.

Con carácter general se ha dicho ²⁵⁰, que si desde un punto de vista empírico se puede afirmar que los copropietarios han venido a ampliar su fundo, desde un punto de vista técnico la nueva porción del fundo forma el objeto de una comunidad distinta de la comunidad de la primera porción.

A esta misma conclusión se llega con la fórmula que propone MIQUEL ²⁵¹ para resolver la cuestión de si la pluralidad de cosas determina la pluralidad de comunidades entre los mismos sujetos que lo fueron de cada una de aquellas por las mismas cuotas; si bien la matiza en el sentido de que si sobre la finca resultante (de la agregación a una

²⁵⁰ FELLE, "La comunione", Milano, 1.967, pág. 343, que estudia una amplia casuística de modificaciones

²⁵¹ "Comentarios.....", cit., pág. 29.

finca común de un trozo de terreno vecino) puede existir un único derecho real, también puede existir una sola comunidad.

c) Y, finalmente, en lo que hace a la posible modificación de alguna de las normas de su régimen legal, susceptible de llevarse a cabo solo respecto a las que no tienen carácter imperativo (por ej. indivisibilidad si es por plazo menor de diez años), serán pactos no de constitución de nueva comunidad, sino de regulación de la ya existente, fuera ésta convencional o incidental.²⁵².

Y en esto creo que ha de incluirse el pacto de indivisibilidad permitido por el art. 400-2º : no hay razones para considerar que en este caso se constituye una comunidad diferente, aunque de duración limitada que, transcurrido el tiempo previsto recuperaría su carácter primitivo. En todo caso, lo que hay en este particular supuesto es un pacto de mantenimiento de los aludidos por el art. 2248 del Código civil italiano, y estudiado por su doctrina, como antes veíamos o, con otra terminología

²⁵² La Compilación navarra, en su Ley 373, considera que los convenios que modifiquen el régimen de la comunidad valdrán entre los condueños como contrato de sociedad.

²⁵³, en la ley francesa del 76. Pero en uno y otro caso, y así lo reconocen los autores franceses citados, no es otra que el "mantenimiento" de la comunidad, convencional evidentemente, pero no una comunicación de bienes, puesto que ésta se había producido ya al surgir la comunidad incidental o sufrida.

La misma conclusión que aquí propongo, es la que mantiene MIQUEL ²⁵⁴ si bien adaptándola a su ya expuesta tesis de que la constitución voluntaria de una comunidad se traduce en creación de una sociedad. Por ello ante la pregunta de si el pacto de indivisión convierte a la comunidad en otra figura, afirma que "pudiera pensarse que si el origen de la comunidad ha de ser incidental, o no voluntario, cuando media un pacto de indivisión, la figura hace tránsito a otras instituciones, quizás a la sociedad" (y cita la ley 373 de la Compilación navarra), lo que

²⁵³ Atribuida a JEAN FOYER por NERSON, FAYARD y BRETON, en "Indivisión", cit., pág. 11, autores para los que la supresión de la partición por convención hace pasar a las partes de la comunidad sufrida, a la comunidad querida. Por mi parte, y como defiendo en el texto tal circunstancia, que es cierta, (pues de toda comunidad que puede ser dividida y no lo es, cabe decir que es voluntaria) no convierte a la comunidad en *convencional*, término que se reserva para designar a las que se constituyen, nacen, por virtud de un contrato.

²⁵⁴ "Comentarios..", cit., págs. 459 y s.

traspuesto a nuestro planteamiento quiere decir que pudiera pensarse que el pacto de indivisión constituye un verdadero contrato de comunicación de bienes.

Se muestra contrario a tal conclusión argumentando en base a la necesidad de algo más que ese pacto, una vinculación, para que exista sociedad; que los comuneros mediante el pacto de indivisión pierden la facultad de obtener la división, pero no se obligan a permanecer en la indivisión; y que el pacto de indivisión no es una causa de atribución patrimonial, ni afecta a la libre transmisibilidad de las partes de cada comunero, ni les vincula a realizar cualquier tipo de prestaciones entre sí. Este es un argumento importante en favor de la posición que propugnamos, de no ser el pacto de indivisión, un contrato de comunicación de bienes.

d) Otro caso a considerar aquí es el frecuentemente planteado en la práctica, abordado por la jurisprudencia y estudiado por la doctrina, del acuerdo o contrato por medio del cual se pretende convertir una sociedad en simple comunidad de bienes.

Se citan por la doctrina ²⁵⁵ como supuestos mas frecuentes: 1) Sociedad en la que, en el momento de su disolución queda un único objeto (una cosa por ej.): puede convenirles continuar como propietarios *pro indiviso* del mismo, convirtiéndose en comuneros; 2) Socios que al disolver una sociedad civil o mercantil deciden expresamente mantener indiviso el patrimonio social, con el único fin de usar y disfrutar de él, ya sin ánimo de especulación alguno; 3) Socios de una sociedad mercantil que al disolverse y sin acordar nada expresamente, continúan en el tráfico de los mismos bienes sociales.

En todos estos casos, por producirse un desplazamiento patrimonial de los bienes que antes de disolverse la sociedad pertenecían a ésta y que bien por vía directa (haciendo por el acuerdo de los socios que pasen a propiedad indivisa de los mismos) o por vía indirecta (con la doble operación, jurídicamente más compleja y fiscalmente más onerosa, de repartir y aportar de nuevo lo obtenido en el reparto) dichos bienes pasan a constituir el objeto de la comunidad, parece que no hay obstáculo

²⁵⁵ BELTRAN DE HEREDIA, "La comunidad de bienes", cit., pág. 46.

para considerar creada la misma.

La sentencia de 29 de octubre de 1.987 (que cita, en éste punto, la de 21 de septiembre de 1.907 y de 4 de julio de 1.959), contempla la creación de una comunidad ordinaria en la prolongación de vínculo establecido contractualmente, más allá de las vicisitudes personales de los contratantes, que implica la creación de una comunidad por la prolongación de hecho de una sociedad.

Más dificultades presenta el supuesto que se plantea FRAGALI ²⁵⁶, en el que los socios de una sociedad sin personalidad jurídica acuerdan cesar la relación social entre ellos existente y transformarla en relación de comunidad. En un cierto sentido podría sostenerse que este acuerdo lo que hace es modificar la antigua relación sin producir transferencia del patrimonio social, porque la autonomía patrimonial que el negocio social había dado a las diversas aportaciones no había supuesto un cambio de propiedad. Bajo el mismo aspecto el nuevo acuerdo se podría considerar como implicativo únicamente de un nuevo destino de los mismos bienes: la constitución

²⁵⁶ "La comunione", cit., I, pág. 536 y s.

de la sociedad los había sometido a un riesgo y la constitución de la comunidad lo hace cesar.

Sucede que acordando la constitución de la comunidad, se dispone de las aportaciones sociales que deberían haber sido divididas, según sus cuotas, entre los socios a consecuencia de la disolución de la sociedad, y que, por el contrario, se aportan a la comunidad; en esto está, a su parecer, el desplazamiento patrimonial: Desplazamiento que constituye un negocio único, en el que hay una novación causal que, a través de un negocio de disolución de la sociedad, una retrocesión de las aportaciones sociales y una atribución final, hace asumir a la comunidad la naturaleza de un acto de enajenación, de un desplazamiento patrimonial, como en los anteriores supuestos.

Aquí, en la transformación que estudiamos, los problemas vienen de los intereses de los terceros por lo que, entre otras cosas, la existencia del acuerdo que la va a llevar a cabo, deberá estar expresada de un modo terminante, pues en caso contrario no se producirá la transformación: así se recoge, para el supuesto inverso, en la Sentencia

T.S. de 25 de Octubre de 1926. Y, además, si la sociedad transformada era una sociedad regular y estaba, por tanto, inscrita en el Registro Mercantil, como hace notar BELTRAN DE HEREDIA en base al art. 226 del C. de c., es indudable que hasta que no se cancele dicha inscripción continuará existiendo como tal sociedad con personalidad jurídica frente a terceros.

CAPITULO 7

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE COMUNICACION DE BIENES.

A) Elementos personales.

a) Un tema previo a determinar, a propósito de los elementos personales que intervienen en la constitución convencional de la comunidad de bienes, es el de la correspondencia de los sujetos que celebran el contrato con los de la comunidad que de él ha de nacer.

Se ha planteado el tema de si el contrato del que deriva la comunidad, ha de celebrarse necesariamente por los que van a ser partícipes en ella, o cabe también que en el mismo intervengan otras personas que no van a ser parte de la misma. En otros términos, si la comunidad que deriva de contrato ha de serlo de uno estipulado entre sólo los partícipes, o también entre ellos y un tercero o entre terceros solamente.

Por supuesto que no me estoy refiriendo a la posible intervención de personas que lo hagan

representando a los que pretenden ser comuneros, porque esto se encuentra fuera de duda por aplicación de los principios que rigen la materia, que en este punto no tiene especialidad alguna: el representado, aunque no haya intervenido personalmente en la conclusión, es parte en el contrato, y como tal recibe los efectos del mismo. Aquí se trata de otro supuesto: de que puedan participar como estipulantes -lo que implica aportar bienes a la comunidad- personas que después no van a ser comuneros.

Esta posibilidad fue debatida en la doctrina italiana, y aunque algún autor admitió que pudiera serlo en ciertas manifestaciones de comunidades, si bien considerándolas vecinas a las incidentales ²⁵⁷, la mayoría sin embargo considera que es forzar demasiado, y con escasa justificación, el concepto de comunidad contractual, que debe ser limitado a las que nacen de un acuerdo entre los que van a ser comuneros ²⁵⁸ que es la que configura perfectamente el supuesto designado con ese término.

²⁵⁷ BRANCA, "Comunione" cit. págs. 28 y s.

²⁵⁸ Vid. LEDELE, "La comunione", vol.III- 5º del Trattato de GROSSO Y SANTORO-PASARELLI. cit. pág. 334.

Por mi parte, al conceptuar y glosar el concepto del contrato de comunicación de bienes, en el ,Capítulo 3 de esta Parte III, apartado B), expresé, -sub c) donde estudiaba la finalidad del mismo que es, decía, la de hacer comunes a los contratantes-, ser necesario 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 los contratantes.

Y esto trae como consecuencia que si alguno de ellos 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 que, temporalmente, tendrá un origen posterior y de la que no formarán parte los que vendan o donen bienes que se integrarán en ellas ²⁵⁹.

²⁵⁹ Consideraba también a este propósito, que 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 aquella a favor de todos, y de aportación a la comunidad por los beneficiarios, si fueron sólo algunos; y si es posterior, será una venta o donación a la comunidad ya constituida.

Ponía de relieve, como se ve, mi convencimiento, acorde con el de la mejor doctrina, de que la convencionalidad deriva necesariamente de un contrato celebrado entre los que van a ser copartícipes de la comunidad que con él se constituye. Como dice DIEZ-PICAZO ²⁶⁰, aparecen estas comunidades "cuando se crea(n) por virtud de un negocio jurídico celebrado por los comuneros con este fin" (hay que entender, naturalmente, por los que van a ser comuneros). Y se pueden citar otros muchos autores que explícitamente manifiestan esta circunstancia, de que son partes del contrato de comunicación de bienes los que se comprometen a aportar los bienes que han de formar parte de la misma; y todos ellos serán, y solo ellos podrán serlo, comuneros en la comunidad que así se constituya.

b) De los distintos aspectos que deben tratarse en relación con las partes que intervienen en el contrato de comunicación de bienes, contrato

²⁶⁰ "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", cit., II, pág. 767.

que se viene aceptando pueden celebrar tanto las personas físicas como las jurídicas, siempre que tengan la capacidad jurídica necesaria, resulta de interés el de las clases de personas que pueden celebrarlo; porque, en efecto, en algún momento y ordenamiento, se ha planteado, y resuelto de modo diferente, la cuestión de si pueden celebrar este contrato también las personas jurídicas.

Por ello, es por lo que, a diferencia de lo que ocurre en otras ocasiones, ha de hacerse una mención expresa a la cuestión de si las personas jurídicas pueden celebrarlo; y es que en la ley francesa de 31 de diciembre de 1976, relativa a la organización de la indivisión, no se autorizaban las convenciones de indivisión más que entre personas físicas; y se hacía llevando el principio hasta el extremo de que tales convenciones perdían eficacia si, en el transcurso de su actividad y cualquiera que fuese la causa de ello, una cuota parte de los bienes indivisos, o de uno o varios de ellos, llegara a ser atribuido a una persona de esta clase (art. 1873-4, al. 3 C.c.).

Esta prohibición relativa a la posibilidad

de que las personas jurídicas fuesen parte en las comunidades convencionales se introdujo, en la proposición de ley, por el Senado en la segunda lectura de la misma. Y la justificación que respecto a esta norma se argüía, en la relación que J. GEOFFROY hizo en nombre de la Comisión correspondiente, era doble: por un lado, la necesidad de reservar este tipo de contratos a solo las personas físicas, la basaban en la consideración de que la indivisión es ante todo sucesoria, por lo que aunque en ella se comprendan personas que no son parientes, no podría funcionar de otra manera de como habría de hacerlo en un marco de tipo familiar, lo que sin duda, decía, representa una cierta incompatibilidad con la presencia en ellas de personas jurídicas; y de otro lado, además, que los problemas planteados por las "sociedades de indivisión", que constituyen a veces entre ellas ciertas personas jurídicas, manifiestan que han de situarse, más que en el marco de la indivisión, en el de las sociedades y, más particularmente, en el de las sociedades en participación.²⁶¹

²⁶¹ En la discusión parlamentaria se reiteraron por el mismo GEOFFROY los argumentos, matizándose que se trataba de impedir que la presencia de "las sociedades", y después añade "mercantiles", desnaturalizara la noción misma de comunidad tal como se viene aceptando: como situación que concierne sobre todo

En el mismo *iter* parlamentario, y en la segunda lectura a la que vino obligada por las alteraciones introducidas por el Senado, la Comisión correspondiente de la Asamblea Nacional, acepta una enmienda presentada en la relación de su Presidente M. FOYER, por virtud de la cual se suprime el párrafo relativo a la exclusión de las personas jurídicas en estas convenciones de indivisión, y a la caducidad de las mismas por la presencia sobrevinida de aquellas.

Las razones expuestas por el ilustre jurista, son más económicas que jurídicas, y me atrevería a decir que, en lo que a esto concierne, más mercantiles que civiles: incluso llega a decir que el punto de vista que adopta "es una fórmula jurídica que satisface necesidades de la economía y la de salir de una concepción demasiado civilista y

a personas físicas y que, la mayor parte de las veces, tiene carácter familiar. Enmienda que recibió el pleno acuerdo del Gobierno, como puso de manifiesto el Ministro de Justicia, M. J. LECANUET, al que le parecía "deseable limitar el ámbito de aplicación de la reforma emprendida a lo que es el objeto, yo diría más, la esencia de la indivisión, y quiero referirme a los patrimonios de carácter familiar o asimilados, patrimonios hereditarios, bienes postcomunitarios, copropiedad en que el goce o la explotación es la fortuna particular de algunas personas"; por ello, consideraba que la exclusión de las personas jurídicas evitaría la desnaturalización de la indivisión.

sucesoria de la indivisión". Parten de considerar que el Senado ha zanjado con excesivo rigor un problema que se plantea en términos nuevos; y ello porque la indivisión constituye actualmente un procedimiento voluntario y convencional utilizado para la realización en común de instalaciones industriales de gran envergadura, sobre todo en las industrias química y petroquímica. Las personas jurídicas recurren a ella para evitar la aparición de una nueva persona jurídica, cuyo inconveniente es constituir una pantalla jurídica y fiscal, y para conseguir finalidades económicas que expone con bastante detalle; y que tanto la jurisprudencia como la doctrina las ha admitido en situaciones semejantes, e incluso, por su carácter convencional, haciendo una excepción en la divisibilidad impuesta por el antiguo art. 815 del Code.

Sin embargo, en la correspondiente Sesión de la Asamblea Nacional, tras una animada discusión, en la que M. FOYER reitera sus argumentaciones y las extiende a algún nuevo aspecto de carácter más civilístico, y a la cuestión de que si se considera censurable en las personas jurídicas, no se explica por qué no en las físicas, y el Ministro de Justicia

se opone en nombre del Gobierno estimando, entre otras cosas, que los ejemplos aducidos son realmente de sociedades, se rechaza la enmienda, con lo que definitivamente queda incluida en la ley la debatida prohibición.

Así se establece, en el art. 1873-4, párrafo 3º del Código civil francés, según la redacción que le da la ley nº 76-1286 de 31 de diciembre de 1976, relativo a "la convención tendente al mantenimiento de la indivisión", que "bajo sanción de nulidad, esta convención no puede ser concluida más que entre personas físicas. Y perderá su eficacia si, en el curso de su ejecución y por cualquier causa que sea, una cuota-parte de los bienes indivisos o de uno o de varios de entre ellos, es atribuido a una persona moral".

Pero la cuestión no se cierra con la publicación de la mencionada Ley: año y medio más tarde, por Ley nº 78-627 de 10 de junio de 1978, este párrafo 3 del art. 1873 del Código civil francés, queda derogado.

Y ello se realiza a través de un proceso

parlamentario bastante tormentoso: se inicia con una proposición de ley, presentada por M. FOYER (al que otro diputado, por ello, acusa de "mal perdedor") a la Asamblea Nacional el 17 de mayo de 1977, con un solo artículo, destinado precisamente a derogar este párrafo 3 del art. 1873, y a hacerlo antes de que, en 1 de julio, entre en vigor la Ley de 31 de diciembre de 1976 ²⁶²

La exposición de motivos que la antecede, pone de manifiesto la injustificación de la medida adoptada al respecto, recordando que hasta aquel momento sí era posible la intervención de las personas jurídicas, toda vez que la ley de 1976 no había inventado la convención de indivisión, sino simplemente le había proporcionado un cuadro legislativo; y se preguntaba ¿es que, acaso, las personas jurídicas habían hecho un mal uso de la posibilidad que les venía reconocida hasta entonces en este ámbito?

Añadía a estas consideraciones, la

²⁶² A la que el 2 de julio se le añade otro artículo, destinado a modificar la primera frase del párrafo primero del art. 1.873-3 del mismo Código civil; extremo al que renuncia durante el debate en la Asamblea el día 16 de junio de 1977.

referencia a numerosas circunstancias que pueden llevar a una persona jurídica a tener bienes en comunidad con otra u otras personas físicas o jurídicas: así el caso de adquisición en común con ellas de un bien; el de una sociedad cuyas participaciones son ostentadas, en todo o en parte, por otra u otras sociedades, y en caso de disolución puede considerarse más oportuno mantener los bienes indivisos que liquidarla inmediatamente; y si en todos ellos hay, se quiera o no, indivisión ¿que impediría a los comuneros mantenerla, o crearla directamente también en otros como la formada por sindicatos de copropietarios a los que una ley de 10 de julio de 1965 ha dotado de personalidad jurídica?

Y con respecto a la caducidad sobrevenida para que las comunidades en que una persona jurídica llegara a ostentar una cuota parte de los bienes indivisos, se argumentaba en base al riesgo de que tal circunstancia pudiera utilizarse para fines fraudulentos: mediante la aportación de su cuota a una sociedad creada al efecto ¿no se sustraería un comunero al régimen de la comunidad y, con ello, defraudaría las previsiones de los copartícipes con él en la misma?.

Motivada con estos argumentos, se presenta la proposición de ley, (con un artículo único: "el párrafo 3 del artículo 1873- 4 del Código civil queda derogado"), cuya discusión en la Asamblea es verdaderamente acalorada por una cuestión de procedimiento, que termina aceptándose, aunque en etapas posteriores se aumenta su contenido con la adición de otros varios extremos, que por el momento no resulta de interés reseñar.

De todas formas no se alcanza la pretensión de modificar la ley antes de su entrada en vigor, ya que la proposición de ley adoptada por la Asamblea Nacional si bien se envía al Senado el 17 de junio, no se discute y acepta por la Comisión correspondiente de éste (curiosamente de acuerdo con el informe de M. GEOFFREY, autor de la enmienda que introdujo el mismo párrafo en la ley de 1976, que rectifica su anterior posición atendiendo a la reforma reciente de la legislación sobre sociedades), hasta el 21 de diciembre, y se aprueba sin debate en la sesión del Senado de 20 de abril de 1978, junto con otras modificaciones a la ley del 76 presentadas como enmiendas orales, y que son las que dan lugar a las segundas lecturas por la Asamblea y el Senado que

la aprueba definitivamente en sesión de 30 de mayo de 1978. Se publica como Ley nº 78-627 de 10 de junio de 1978, en el Journal Officiel del 11 de junio de 1978.

Me he detenido en lo relativo a esta cuestión, que al resolverse de la forma vista ha perdido interés práctico, por el que, sin embargo, sigue teniendo desde el punto de vista teórico: ya que, como se deduce de todo lo expuesto, en la debatida cuestión de la presencia de personas jurídicas en las comunidades convencionales, lo que realmente se plantea es un aspecto, importante, del carácter de éstas: si este tipo de comunidades supone, o no, algo nuevo respecto a la única categoría contemplada hasta ahora en su regulación, que venía siendo tradicional de las incidentales.

Porque, en efecto, hay una conexión indudable entre la comunidad o indivisión que la ley crea sin tener en cuenta la voluntad de los que en ella se ven involucrados, y los hechos en que la disposición legal correspondiente basa su creación
263 : generalmente, y en los supuestos más

263 Como la hay, también, entre esos mismos hechos que fuerzan la constitución de la comunidad, y el consecuente, y justo, principio de la divisibilidad a ultranza de la misma

frecuentes, tales hechos tienen origen en situaciones que se desarrollan en el ámbito del patrimonio familiar o personal y como consecuencia de una sucesión hereditaria, lo que explica la ausencia, y en ciertos casos la inadecuación de su presencia en ellas de personas jurídicas. Sin embargo, las comunidades convencionales responden a condicionantes distintos: son instrumentos que se ofrecen a los particulares para que, en uso de la autonomía de su voluntad, alcancen fines preponderantemente económicos que otras figuras asociativas no satisfacen en los términos que se pretenden; y en este contexto, no existen razones que justifiquen la exclusión en las mismas de las personas jurídicas.

La conclusión sobre todo lo anterior es que, siendo la comunidad una situación subjetivamente colectiva, los sujetos que presupone su existencia, son al menos dos titulares del mismo derecho sobre la misma cosa: dos personas físicas o dos personas jurídicas, o una persona física y una persona jurídica²⁶⁴. y esto que se dice de su existencia,

²⁶⁴ Vid. FRAGALI, op. cit., Vol. I, págs. 5 y ss. con importantes precisiones sobre el alcance que ello comporta, y 401 y ss. donde contempla la posibilidad de que estén determinados o sean determinables, según la naturaleza cerrada o abierta de la comunidad.

tiene aplicación también a su constitución, cuando se trata de una comunidad convencional, que es lo que aquí se considera.

c) Otro de los aspectos que debe examinarse, es el de la capacidad. La capacidad necesaria para constituir comunidades a través de un contrato celebrado con este fin.

Sobre este punto hay que partir de la base (sentada al estudiar su naturaleza jurídica en el Cap. 4) de que aún atribuyéndosele carácter de acto modificativo, no transmisivo ni declarativo, el contrato de comunicación de bienes (que en cuanto tal, en nuestro Derecho tiene carácter obligacional), implica un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial: como decía SANCHEZ DE VELASCO ²⁶⁵ supone un acto de disposición por negocio jurídico ("acto dispositivo, no de mera administración", dice de él GULLON) cuyo efecto inmediato es producir una modificación del derecho de dominio al transformarse su contenido, conservando su identidad en cuanto

²⁶⁵ "Problemas en torno a la agrupación de fincas...", cit., pág. 275.

relación dominical.

Y efectivamente, es dispositivo, porque produce un cambio en la situación patrimonial anterior a la constitución de la comunidad que con él se lleva a cabo, y porque afecta ²⁶⁶ a un derecho subjetivo integrado en un patrimonio (en este caso la titularidad sobre el bien que se obligan a poner en comunidad), que por virtud del acto así calificado (en este caso el contrato de comunicación de bienes) va a resultar extinguido, o modificado (que es lo que sucede en el caso que nos ocupa al variar el objeto de la titularidad comunicada).

Con argumentación distinta, pero llegando al mismo resultado, dice FOYER ²⁶⁷ que la convención de indivisión se asimila entre los indivisarios a un *acto de disposición*. Además, que dicho contrato requiere la capacidad o el poder de disponer de los bienes indivisos, exigencia que considera lógica, en base a que los contratantes, en virtud del contrato

²⁶⁶ Vid. DIEZ-PICAZO y GULLON, "Sistema de Derecho civil", cit., I, pág. 508, que consideran pueden tener este carácter los modificativos.

²⁶⁷ "Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles...", cit., pág. 30.

que celebran, renuncian por un tiempo a ejercitar su derecho a obtener, mediante la división, la atribución de la parte concreta que les corresponde en los bienes indivisos. Es lo que defienden los autores franceses a partir de la ley de 1976, en base al art. 1873-4 del Code civil ²⁶⁸

Este carácter de acto dispositivo ²⁶⁹ repercute, además de en otros aspectos como puede ser el de la representación, en la capacidad necesaria para celebrarlo eficazmente: por ello se habla de la precisa exigencia de una "capacidad máxima". ²⁷⁰

No es obstáculo a esta conclusión, el que quienes niegan ese carácter o, por lo menos, lo matizan con distinto alcance, obtengan consecuencias diversas sobre el particular: tal es el caso de ROCA SASTRE ²⁷¹ quien sostiene que el menor emancipado no

²⁶⁸ Vid. ATTIAS, "Droit civil, Les biens, 1", s.f. ¿1.981?, pág. 151.

²⁶⁹ Acto de enajenación, sobre la base del desplazamiento que sufre el objeto de la comunidad creada de la esfera individual a una esfera subjetivamente colectiva, considera FRAGALI al contrato de comunidad. Op. cit., t. I, pág. 536.

²⁷⁰ SANCHEZ DE VELASCO, op. cit., pág. 278.

²⁷¹ "Naturaleza jurídica de la aportación...", cit., págs. 445 y s.

necesita el asenso del padre, madre o tutor (sic), y cita en su apoyo la Res. D.G.R.N. de 27 de julio de 1917, según la cual el menor no necesita dicho asenso o consentimiento superior, por cuanto "no cabe confundir la aportación de inmuebles a un *fondo común* con la transferencia de propiedad provocada directamente por el contrato de compraventa".

Pero, como digo, esta opinión no es obstáculo a la conclusión defendida de la exigencia de capacidad plena, toda vez que para formarla se parte de la naturaleza del acto de comunicación de bienes, al que se aplica un criterio derivado del proceso inverso de división de la cosa común: en este, ciertamente, así como para la partición de herencia, se exige una capacidad menor que para los actos de enajenación. Pero, como argumenta el citado SANCHEZ DE VELASCO, no puede aplicarse aquí el criterio romano del *contrarius actus*, puesto que el proceso contrario a la división, el de la constitución, tiene una fisonomía distinta: cuando varias personas son propietarias en común de una cosa, o de una herencia, están en situación de recíprocos deberes en cuanto que cualquiera de los condueños o coherederos, tiene contra los demás un

derecho, una pretensión protegida por las acciones *communi dividundo* y *familia erciscunde*; y como contrapartida de ello, se da un deber jurídico de los demás condueños de acceder a la división, y si no lo hacen, lo hará el Juez; pero en el proceso de constitución del condominio no hay nada de esto, pues se trata de un acto voluntario y ninguno de los interesados tiene pretensión ni acción alguna para obligar a los demás a ponerse en comunidad. Y la capacidad, varía según que se trate del ejercicio de un derecho o del cumplimiento de una obligación.

A esta argumentación habría que añadir otro razonamiento, que es asimismo consecuencia del carácter voluntario de la constitución de comunidades a través del contrato de comunicación de bienes; carácter que si llega a hacer pensar en una suavización del principio de divisibilidad a ultranza de este tipo de comunidades, con mayor motivo hará desaparecer una consecuencia que se pretende extraer de dicho principio, que además, como se decía antes, no es transplantable de la disolución de una comunidad constituida sin contar con la voluntad de los condóminos, a la constitución de la que se crea convencionalmente.

Finalmente, y aunque sea repetir conceptos ya apuntados en ocasión anterior ²⁷² debe tenerse en cuenta que lo característico del negocio de disposición es ser un concepto genérico, dentro del cual se comprende la enajenación, el gravamen, la alteración o modificación y la renuncia, lo que equivale a decir que toda enajenación es acto de disposición, que todo gravamen lo es asimismo, pero que no todo acto de disposición es enajenación, pues puede ser renuncia o modificación; y como modificativo de derecho hemos caracterizado el acto de constituir, convencionalmente, comunidades.

Creo que, con todo lo expuesto, queda suficientemente argumentada la necesidad de la plena capacidad para realizar eficazmente un contrato de comunicación de bienes. Lo que repercute en la necesidad del complemento de capacidad previsto para el menor emancipado en el art. 323 C.c., toda vez que como se ha puesto de relieve por la doctrina ²⁷³ el término *enajenar* que se utiliza para el supuesto

²⁷² En referencias a lo expuesto por SANCHEZ DE VELASCO, op. y loc. cit.

²⁷³ Vid. LETE DEL RIO, "Comentarios al Código civil" de Edersa, IV, Madrid, 1.985, pág. 530 y también en "Derecho de la persona", Madrid, 1.986, pág. 74.

previsto en el mismo, ha de entenderse referido a todo acto o negocio jurídico que implique *disposición*.

Y en razón a ello, también el contrato de comunicación de bienes puede concluirse en nombre de un menor por su representante legal; para este caso la Ley francesa del 76 (redacción del art. 1.872- 4, pfo. 2 del Code) establece que llegado a la mayoría de edad, en el plazo de un año, puede ponerle fin, cualquiera que sea su duración, fórmula similar a la utilizada por nuestro C.c. para diversos supuestos.

d) Otro aspecto a considerar dentro de los elementos personales de este contrato de comunicación de bienes, es lo que para muchos autores se denomina legitimación: esto es, las circunstancias que debe reunir para que sea posible celebrar el acto singular y concreto de constituir convencionalmente una determinada comunidad de bienes. Y tales circunstancias se concretan, de una parte, en la titularidad de los bienes, y de otra, en la libre disponibilidad de los mismos.

a') Respecto a la cuestión de si la

titularidad de los bienes (el dominio o cualquier otro derecho real con el que pretendan constituirlo) que se compromete a aportar el que celebra el contrato que estudiamos, ha de pertenecerle, ha de resolverse recurriendo a una distinción que se refiere al momento en que ello ha de suceder: como negocio obligacional que es este contrato de comunicación de bienes, no resulta preciso que lo sea al celebrarlo, aunque sí será imprescindible la pertenencia para la ejecución; en otras palabras, que la aportación a la comunidad es la que implica la titularidad de lo que se aporta. La importancia y casuística de esta cuestión, la desarrollo en extenso al realizar la exégesis del concepto que propongo de este contrato en el Cap. 3, B), b), b').

Otro punto relacionado con esto, es el tipo de titularidad: si ha de ser exclusiva del aportante, o cabe (como estudiaba y defendía en el subapartado c' de los citados líneas más atrás) que pueda aportarse un bien que pertenezca proindiviso; la conclusión allí defendida era que ello es posible siempre que los bienes en que esta circunstancia concurra sean sólo una parte de los que van a formar la comunidad.

Esta misma fórmula es la defendida por FRAGALI ²⁷⁴ al considerar configurable una comunidad por una pluralidad de personas físicas o jurídicas, todas titulares de un mismo derecho sobre una misma cosa, que por ello forman una comunidad en el ámbito de la que se constituye, pero que en ella, como titulares de la cuota que les corresponda, tendrán la misma situación que los que lo sean individualmente. Las mismas razones hay para admitirlo, que para aceptar (como sin duda debe hacerse) que ello suceda en una comunidad ya constituida cuando se constituye una comunidad incidental sobre una de las cuotas existentes, supuesto que recoge MIQUEL (pág. 21) al considerar que puede corresponder una cuota-parte en una comunidad ordinaria a varios sujetos en régimen de comunidad en mano común o en régimen especial, poniendo el ejemplo de que corresponda a una comunidad hereditaria una cuota-parte en una comunidad ordinaria, y lo mismo a una sociedad de gananciales o a una comunidad organizada en régimen de propiedad horizontal, y que hay subcomunidad hereditaria en el caso de que un coheredero muera antes de hacerse la partición, dejando dos o más herederos (art. 1.055 C.c.).

274 "La comunione", cit., pág.401.

b') En cuanto a la disponibilidad del bien correspondiente, ha de tenerla, el que celebra este contrato, respecto de la titularidad de lo que debe aportar, pues en caso contrario no podría hacerlo eficazmente.

En otros términos, que no es solo preciso tener la titularidad correspondiente a la comunidad que se quiere constituir, sobre el bien que ha de aportarse, sino también se necesita la libre disposición de esa titularidad. Y ello, porque si por cualquiera de las circunstancias que en Derecho son bastantes para que tal cosa ocurra, la titularidad es indisponible en el momento en que el bien objeto de la misma ha de aportarse en cumplimiento de lo convenido para constituir la comunidad, ésta no nacerá.

No supone esta circunstancia ninguna especialidad sobre las normas generales que regulan esta materia, sino simple aplicación de las mismas al contrato de comunicación de bienes que aquí venimos considerando.

B) Elemento real

a) Pueden ser objeto del contrato de comunicación de bienes todos aquellos que validamente pueden serlo de una comunidad. Y una comunidad puede afectar, en principio, a toda clase de derechos, sean reales o personales ²⁷⁵

Porque en efecto, no solo el de propiedad es objeto apto para constituir comunidades, sino que ya en el art. 392, 1º C.c. se contempla expresamente la posibilidad, sin diferenciación preferencial respecto de aquélla, en cuanto a los derechos, pues el de la titularidad de una y otros es el sentido que ha de atribuírsele a la expresión "propiedad de una cosa o derecho" que en el mismo se utiliza. Por su parte, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha reconocido la existencia de comunidades constituidas sobre muy diferentes derechos, a los que

²⁷⁵ En la Sentencia del T.S. de 17 de septiembre de 1.986, que citaba al desenvolver el concepto del contrato que estudiamos, en el cap. 3, se pone de manifiesto que el vocablo "bien" no está en contradicción con el de "derecho" y que uno y otro se utilizan de manera indistinta, "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 392, incluye bajo la rúbrica de "Bienes" como concepto genérico, los vocablos más específicos y determinantes de "cosas" y "derechos".

más adelante me referiré.

Ahora bien, la afirmación antes realizada de que pueden ser objeto del contrato de comunicación de bienes todos los que pueden serlo de comunidad, ha de aceptarse con alguna reserva. En efecto, esta traslación de las circunstancias del objeto de la comunidad al objeto del contrato de comunicación de bienes, requiere ser matizada, ya que se dan determinadas situaciones que así lo exigen.

Tal sucede a propósito de la distinción según la cual el objeto de la comunidad puede ser único o múltiple: ello es así, y estaremos en el primer supuesto, cuando el nacimiento de la misma se produzca por la convencional adquisición conjunta de una cosa o derecho; y en el segundo, cuando la adquisición conjunta acordada lo sea de varias cosas o derechos, o se constituya mediante la comunicación de cosas o derechos diferentes por parte de cada uno de los que celebran el contrato de comunicación de bienes.

Pues bien, esta distinción ha planteado un problema, que MIQUEL califica de "delicado": el

relativo a si la pluralidad de cosas determina la pluralidad de comunidades entre los mismos sujetos que lo fueran de cada una de aquéllas por las mismas cuotas. Y a este propósito, dice " si la comunidad de bienes supone un caso de cotitularidad, habrá que resolver el problema del mismo modo que se resuelve en general en materia de objeto de derecho real", por lo que deduce que si un conjunto de cosas puede ser considerado como objeto unitario del derecho real, ese mismo conjunto puede ser objeto de una sola comunidad; y, en cambio, a una pluralidad de objetos de derechos reales aislados corresponderá una pluralidad de comunidades, aunque tengan la misma estructura subjetiva. ²⁷⁶

La consecuencia ²⁷⁷ que obtiene de ello - "si dos personas son copropietarias de dos objetos distintos, aunque lo sean por cuotas iguales, forman dos comunidades separadas"- aplicada al contrato de comunicación de bienes es difícilmente aceptable. Y lo es, porque ello implicaría que la celebración de

²⁷⁶ "Comentarios.....", cit., pág. 29.

²⁷⁷ De una afirmación que habría de matizarse para dar cabida a algún supuesto difícilmente rechazable, como el propuesto por DIEZ-PICAZO, "Fundamentos...", cit., II, pág. 758, de una masa patrimonial aunque no pueda calificarse en sentido técnico como patrimonio.

dicho contrato cuando se comunicaran diversas cosas por los así quieren formar la comunidad, que es el supuesto más frecuente, llevaría como consecuencia la creación no de una comunidad sino de tantas comunidades como objetos diversos fueran comunicados.

Y esto sería un resultado no solo contrario a la voluntad de las partes, sino inútil conceptualmente (en el caso que no se le atribuyan consecuencias prácticas a dicha concepción) y complicado en la práctica (en el caso de que sí se le atribuyeran) sin una justificación suficiente: y no puede considerarse que la tenga por el hecho, argumentado para aquel supuesto por MIQUEL, de que al dividirse (tal hay que entender el supuesto en que a cada una de las partes se le adjudique una cosa) no sólo habría extinción de las comunidades que según él forman, sino que existiría claramente transmisión de derechos (lo que, según mi opinión, no habría que considerar como determinante de su conclusión, en cuanto que ello es consecuencia de la división y no de la constitución de la comunidad).

Y a este mismo respecto, favorable a la

posibilidad apuntada, expone FRAGALI ²⁷⁸ que la comunidad puede tener por objeto varios derechos sobre cosas diversas; en cuyo caso, la verificación del carácter objetivamente unitario de la relación se realiza no sólo bajo el aspecto del derecho de cuota, sino también bajo el reflejo de la relación en que se encuentran ligados entre sí los bienes y los derechos, por el solo hecho de ser objeto de una sola relación de comunidad.

Este segundo aspecto, el de la unidad del objeto por la influencia de la relación entre los diversos bienes y los diversos derechos, se constata, sigue diciendo, cuando se atiende por las partes a la necesidad o a la oportunidad de una misma y sola gestión, bien por exigencias pragmáticas de una administración menos costosa y de mayor rentabilidad, o bien por exigencias referidas a la función unitaria que los objetos constitutivos del complejo deben desenvolver, única razón del nacimiento o la persistencia de la relación común.

Por lo expuesto, considero que no hay obstáculo teórico, y sí presencia generalizada en la

²⁷⁸ "La comunione", cit., I, pág. 4387.

práctica, para los contratos de comunicación de bienes que se celebran con vistas a la constitución de comunidades con objeto plural, y así se reconoce tanto por los autores que se refieren expresamente a este contrato, admitiéndolo²⁷⁹, como por la legislación que lo contempla; el supuesto es reconocido directamente en el art. 2248 del Código civil italiano al referirse a "la comunidad constituida o mantenida al solo fin del goce de una o varias cosas..." y en la Ley 370, de la Compilación navarra, que en el nº 1 se refiere a las comunidades que se constituyen por adquirir dos o más personas conjuntamente "unos bienes o derechos", y en el nº 3 que contempla la que se forma cuando "ponen en común determinados bienes de su respectiva propiedad..." o "fincas colindantes..".

En el respaldo de lo expuesto, cabe aducir la doctrina que sienta la Resolución de la D.G.R.N. de 18 de abril de 1986 que admite y, además de extraer de ello otras consecuencias, sirve de fundamento a la resolución que adopta, la existencia

²⁷⁹ Tal es el caso de SERRA MALLOL, "El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles", Madrid, 1.991, que se refiere a él, conectándolo a diversas consecuencias; especialmente págs. 94 y 99.

de una comunidad, en régimen de proindivisión ordinaria, formada por varios bienes inmuebles.

En el mismo sentido de la Audiencia P. de Granada, de 27 de septiembre de 1.990, que calificó (como base del fallo) de comunidad, el contrato celebrado en el que se convino que con el derecho de goce sobre todos y cada uno de los apartamentos o locales puestos en común se constituiría una entidad autónoma suceptible de ser explotada conjuntamente cumpliéndose así los requisitos exigidos por el art. 392 C.c. para la existencia de comunidad de derechos.

b) En cuanto a la clase de derechos sobre que puede constituirse la comunidad convencionalmente, tanto cabe que lo sea el de propiedad como cualquier otro, en cuanto que sobre todos ellos es posible una cotitularidad, y tal es el alcance que ha de dársele a la comunidad. En otras palabras, pueden serlo tanto los de carácter real como los de carácter personal.

Esta misma amplitud viene recogida por el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias: así en la de 5 de enero de 1963, que en base al 392, dice

que "este artículo (392) admite la comunidad no solo sobre la propiedad de las cosas, sino también sobre la de los derechos como es la comunidad en el derecho al disfrute de las aguas de un río"; sobre el mismo precepto, afirmó en la de 29 de octubre de 1984 que "la ley no es siempre rigurosa en el empleo de los términos jurídicos y cuando el artículo 392 hable de propiedad de las cosas o derechos considera que pueden ser objeto de propiedad bienes inmateriales"; o la de 16 de diciembre de 1964, en el sentido de que en el mismo cabe el condominio en los derechos de explotación de una mina.

Tales pronunciamientos son consecuencia de considerar que, como afirmó en la de 2 de febrero de 1965, "la comunidad existe no solo cuando la propiedad pertenece proindiviso a varios, sino cuando los aprovechamientos que de ella derivan se hayan distribuido de tal forma que haya entre los partícipes algo común, en términos que deben reputarse copropietarios de los aprovechamientos del monte", aunque en el caso debatido, dada las peculiaridades del supuesto, equiparaba esa comunidad a una situación jurídica de propiedad en mano común. Esta concepción es la que le ha llevado a considerar

como comunidades, supuestos de multipropiedad (S. de 16 de marzo de 1965) o de propiedad dividida (S. de 8 de abril de 1965).

Con todo ello, no hace sino aplicar lo que, en muchos casos, es una consecuencia directa de la normativa que recoge nuestra legislación (por ej. la comunidad sobre los frutos y productos separados, que establece el art. 113,3 de la L.A.R.). Y en cuanto a la doctrina, comparte la interpretación amplia a que me vengo refiriendo. Veamos, con más detalle, los supuestos que pueden encontrarse de comunidades sobre derechos:

a') Por lo que se refiere a los derechos reales, poco hay que decir sobre el de propiedad, tenido en cuenta siempre como paradigma de objeto de las comunidades. Y ello, hasta el punto de que la regulación que sobre las mismas se ha venido estableciendo en la legislación positiva, era referida precisamente a la copropiedad. En todo caso, cabe recordar que la naturaleza de este derecho, que permite a su titular la creación de derechos reales limitados, lleve también a la consecuencia lógica de que puede hacerlo para o con la constitución de una

comunidad que los tenga por objeto.

Pero si la propiedad, a estos efectos, no necesita de más consideraciones, sin embargo, sí merecen algunas los demás derechos reales ²⁸⁰

Afirma DIEZ-PICAZO ²⁸¹ no haber duda de que nuestro Derecho incluye dentro del concepto de comunidad tanto la comunidad del derecho de propiedad como la comunidad de otros derechos, si bien cuales sean esos otros derechos que puedan tenerse en comunidad y que dan lugar a una comunidad de bienes, es algo que nuestro Código civil no puntualiza: "manteniéndonos dentro de la órbita del Derecho patrimonial" ²⁸², afirma, "cabe pensar como figuras posibles en la comunidad de un derecho real y en la comunidad de un derecho de crédito. Dice además que, a su juicio, no hay duda de que en el art. 392 C.c.

²⁸⁰ En el comentario a los arts. 1.403 y 1.404, F. A. PIRES DE LIMA y J. M. ANTUNES VARELA, "Código civil Anotado", Vol. III, 2ª ed. revisada M. HENRIQUE MESQUITA, Coimbra 1.984, estudian el alcance y diferencian la "comunhao de quaisquer outros direitos" a que se refiere el segundo de dichos preceptos.

²⁸¹ "Fundamentos...", II, cit., págs. 757 y s.

²⁸² Sobre los derechos que tienen esta naturaleza, vid. MORENO QUESADA, B., "La categoría de los derechos patrimoniales", Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia, t LIV, (1.967), págs. 941 y ss.

se encuentra incluida la comunidad de los derechos reales distintos del dominio; conclusión que ha de compartirse plenamente.

Respecto a estos derechos reales limitados, la comunidad de usufructo está prevista en los arts. 469 y 521; en el primero de ellos, al admitir el constituido a favor de varias personas simultáneamente, ya que atribuyéndoseles a todas ellas el disfrute de manera conjunta, por no existir independencia en el mismo, se constituye una situación de comunidad ²⁸³. En el segundo también, porque la cotitularidad que el art. 521 presupone en el usufructo constituido sobre varias personas, implica la creación de una comunidad sobre un derecho, de las previstas en el art. 392 ²⁸⁴; y de ello hace aplicación ROCA SASTRE ²⁸⁵ en materia de acrecimiento, al considerar que la relación entre los

²⁸³ Vid. DORAL, "Comentarios al Código civil" de EDERSA, dir. ALBALADEJO, t. VII, vol. 1º, Madrid, 1.980, págs 37 y ss. que como cusufructo lo considera aplicación de la posibilidad de comunidades de derechos previstas en el art. 392 C.c.. Asimismo REVERTE NAVARRO, "Pluralidad de titulares en el usufructo", Rev. Der. Privado, 1.979, págs. 1.116 y ss.

²⁸⁴ MORENO QUESADA, B., "Comentario al art. 521", II, 2, en los que publica el Ministerio de Justicia, de inminente aparición.

²⁸⁵ "Derecho hipotecario", cit., II, 7ª ed., pág. 802

diversos usufructuarios es una comunidad ya en funciones.

Por otro lado, y a propósito también del usufructo, dice MIQUEL ²⁸⁶ que puede existir una comunidad en el derecho de usufructo, no solo porque se haya constituido conjuntamente en favor de varias personas, sino además si los diferentes copropietarios han constituido cada uno un derecho de usufructo sobre su cuota-parte; y añade que estos usufructuarios se encontrarán en una comunidad de goce entre sí.

La posibilidad de que en las comunidades se encuentren derechos de usufructo se considera tan frecuente, que en la ley francesa de 31 de diciembre de 1976, relativa a la organización de la indivisión, las convenciones referidas al ejercicio de los derechos que se encuentran en esta situación -que, según su art. 5 (1.873-1 del Code) pueden celebrar los que tienen a título de propietarios, de nudos propietarios o de usufructuarios- son tratadas en dos capítulos distintos, según que en ellas esté o no presentes usufructuarios, regulándolas en

²⁸⁶ Op. cit., pág. 25.

consecuencia.

Reconoce nuestro T.S. en sentencia de 6 de marzo de 1956, que el art. 392 "no excluye la existencia de la comunidad de derechos que pueda ser susceptible de división, como lo es el de propiedad, y puede serlo el de usufructo cuando recaiga sobre cosas susceptibles de materializar en ellas el propio derecho".

Con respecto a las servidumbres, también se prevé la comunidad sobre ellas en el art. 531, y la posibilidad de comunicarla, reconocida al propietario en virtud del art. 594, al nudo propietario en las condiciones establecidas en el 595²⁸⁷, teniendo en cuenta las facultades que les haya atribuido el título constitutivo (art. 523) y que la servidumbre no impida percibir los frutos necesarios u ocupar por el habitacionista las piezas necesarias (art. 524), a los dueños directo y útil conjuntamente tratándose de servidumbre voluntaria perpetua en el 596, y en

²⁸⁷ ROCA JUAN, en los "Comentarios al Código civil", de EDERSA, dir. ALBALADEJO, t.VII, vol. 2º, pág. 258, expone la posibilidad de aplicar el mismo criterio previsto en este artículo para la creación de servidumbres, en el supuesto de propiedad limitada por un derecho de uso o habitación.

esos mismos términos, con los matices que recoge, a los copropietarios tal como establece el 597. El propio ROCA JUAN, a quien acabo de citar, y en la misma pág. referida, defiende la posibilidad de que pueda constituir voluntariamente servidumbres el usufructuario, con el límite temporal de su derecho; lo que basa en la consideración de que si tiene la facultad de enajenar su derecho de usufructo (art.480), cabe admitir la atribución parcial de un derecho limitado de goce con la misma limitación y siempre que se incluya en sus facultades en relación con el destino económico del predio, y que el ejercicio de la servidumbre que se constituya no exija una alteración material del mismo (art. 467).

También ha sido objeto de consideración la comunidad que afecta al derecho de hipoteca, que plantea el problema de su ejercicio cuando garantiza un crédito no solidario y divisible (llamado, impropriamente según MIQUEL, mancomunado divisible); y al cual PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ²⁸⁸ estima "preferible aplicar la doctrina que es común a toda forma de comunidad de derechos", apoyándose en la

²⁸⁸ "Derechos reales, . Derecho hipotecario", Madrid, 1.982, pág. 490.

Resolución de la D.G.R.N. de 26 de noviembre de 1917.

b') En cuanto a los derechos de crédito, en su op. y loc. citados más atrás, dice DIEZ-PICAZO, también con referencia a la órbita del Derecho patrimonial, que la cotitularidad de un derecho de crédito se rige por las normas relativas a las obligaciones mancomunadas y solidarias (art. 1.137 y ss. C.c.) pero si bien la regulación que en estos preceptos dedica el Código a la solidaridad es autónoma y la figura de un derecho de crédito fragmentado no determina ninguna forma de comunidad, no puede decirse lo mismo de los créditos mancomunados, los cuales no resultan regulados en aquellos preceptos más que muy de pasada, por lo que su regulación debe ser integrada acudiendo a las normas de los arts. 392 y ss..

También se ha defendido ²⁸⁹ que la expresión del Código *propiedad de una cosa o un derecho* "trasciende la categoría dogmática de los derechos reales, en cuya sede sistemática suele incluirse. La cosa -en su acepción técnica- no es, en

²⁸⁹ TORRES LANA, en "Código civil, Doctrina y Jurisprudencia", dir. ALBACAR LOPEZ, II, Madrid, 1.991, pág. 263 que citábamos en el capítulo 3

efecto el único objeto pensable o posible de las situaciones de comunidad. De ahí que la regulación del Código en los artículos 392 a 406 presente un carácter general y expansivo a muchas otras relaciones o situaciones en que existe una pluralidad de titulares"; y considerando que el concepto comprende las situaciones en que concurren varios sujetos a la titularidad del derecho de propiedad, incluye entre ellos los derechos personales o de crédito, conclusión que respalda con la cita de la Resolución de la D.G.R.N., de 24 de noviembre de 1913.

A las afirmaciones transcritas, cabe añadir que siendo esto así para la aplicación de la normativa propia de las comunidades incidentales (que son las únicas contempladas por TORRES LANA)²⁹⁰ con mayor motivo ha de admitirse que, incluso en su cotitularidad solidaria que no sería sino una variedad de su regulación, tales derechos pueden ser objeto del contrato constitutivo de la comunidad²⁹¹

²⁹⁰ La problemática de ésta, como la de la mancomunada, está planteada con profundidad y resuelta con coherencia y acierto por MÍQUEL, págs. 28 y s. de sus "Comentarios", cit.

²⁹¹ No hay en nuestro Derecho el obstáculo que para esta conclusión supone en el italiano el art. 1.100 de su C.c. La S. T.S. de 7 de octubre de 1.927 reconoce expresamente que la

Por su parte, la ley francesa de 31 de diciembre de 1976, en la redacción del nuevo art. 1873-2 del Código civil, prevé la presencia en la comunidad de créditos, y al regular las convenciones relativas al ejercicio de los derechos indivisos, dispone que si entre éstos se encuentran créditos, habrán de observarse las formalidades del art. 1690.

c') En la ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987, su art. 7 prevé para los derechos sobre las obras que sean resultado unitario de la colaboración de varios autores, un régimen de comunidad; régimen que contiene una remisión expresa para lo no regulado en los preceptos de la misma, a las reglas establecidas en el Código civil para la comunidad de bienes ²⁹² y no es solo que se le considere así, sino que en el nº 3 del mismo art. 7 se reconoce, y se le da carácter preferente, un pacto entre coautores referente a la explotación de la obra

comunidad "lo mismo puede ser representativa de un derecho real que de un derecho de obligaciones, lo que tiene, quizás, un especial significado recordando que en la misma se contempla expresamente la posibilidad de que la comunidad nazca del contrato. También suele citarse, lo acabamos de ver, la Res. D.G.R.N. de 24 de noviembre de 1.913.

²⁹² Vid. MIQUEL, "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual", TECNOS, dir. BERKOVITZ, Madrid, 1.989, págs. 117 y ss.

(funcionamiento de la comunidad), pero que también puede ser para la creación de la misma, mediante aportación de particulares derechos de propiedad intelectual pertenecientes a los que, por ello, tendrán la cualidad de coautores.

d') Podría hablarse también de la aportación de una empresa mercantil a una comunidad, partiendo de la misma idea de que esta entidad puede ser objeto de una comunidad, como ha reconocido el T.S. en sentencia de 21 de diciembre de 1965, al declarar que "nada se opone a que pueda ser objeto de un condominio a tenor de este artículo" un "negocio" o "empresa mercantil". También han reconocido este carácter las de 13 de julio de 1981, a efectos de obtener el resultado interesante de la indivisibilidad material, y la de 19 de noviembre de 1982 para imponer la tramitación conjunta de la suspensión de pagos de los cotitulares.

e') ¿Puede serlo el dinero? El tema lo suscita DONDERIS ²⁹³ al exponer que no todos los condóminos vienen a ingresar en la comunidad mediante una aportación de naturaleza real y que cree que

²⁹³ "La copropiedad...", cit., pág. 90.

"unos pueden aportar re y otros dinero para construir sobre él un edificio común". Argumenta a base de considerar que al mismo resultado se llega con las que llama "viejas fórmulas", según las cuales para reconocer propiamente la comunidad, el proyectante constructor debería comprarle al dueño del solar una parte indivisa del mismo, y luego ambos, de común acuerdo, sufragar el coste de la obra en la proporción que conviniesen, que con la que él defiende; en ésta, uno aportaría el solar y otro el dinero necesario para la construcción, naciendo una comunidad en que las cuotas serán proporcionales al valor de lo aportado.

Considera que el resultado de aportar ambos cosas y dinero o uno la cosa y otro el dinero, es idéntico, y que "el Derecho no puede llegar a la aberración de, ante un mismo resultado, calificarlo distintamente, según las combinaciones, más o menos costosas y dilatorias, que se hayan seguido para llegar al hecho concreto, que es el que se debe calificar".

La posibilidad presentada, ante todo debe concretarse recordando que no han de incluirse en

ella los supuestos en que el aporte de dinero lo sea por título distinto al que supone su integración como un 'elemento constitutivo de la comunidad (o sea su comunicación), como puede ser por ej. en concepto de préstamo, de adelanto sobre algo que se va a recibir después, etc.: sólo contarán aquellos casos en que el que lo aporta persigue con ello, y en tal cosa están de acuerdo los demás, convertirse en comunero; y, consecuentemente, recibiendo como contraprestación una cuota de la comunidad que se forma.²⁹⁴

Recelos o dudas sobre la procedencia de la posibilidad apuntada, pueden originarse en la especial concepción que su valedor, DONDERIS, tiene de la comunidad, acercando y casi identificando su régimen con el de la sociedad civil (en el ejemplo con el que ilustra su tesis antes expuesta, habla que tal comunidad la forman "para lucrarse bien con su utilización directa, bien con su locación a terceros, bien con su ulterior enajenación"),

²⁹⁴ También se plantea el tema, con referencia a la comunidad de dinero utilizado por uno de los participantes para la adquisición de un bien, AIELLO, M., GIACOBBE, G. y CARAMAZZA, G. en "Communione, possesso e azione di nunciazione, art. 1.100- 1172", en el Commentario teorico-pratico al codice civile, dirigido por DE MARTINO, V., libro III. Della proprietà, Roma, 1.971, págs. 20 y s., con cita de doctrina.

defendiendo la atribución a la misma de personalidad,
etc. ²⁹⁵

Pero no obstante ello, admitido, como aquí se hace, la especial naturaleza de la comunidad convencional de bienes que implica, entre otras cosas, una cierta vocación de permanencia frente al carácter coyuntural que es de esencia a la incidental, así como el reconocimiento de su objeto plural, no parece que haya obstáculo a la admisión del dinero como bien que puede formar parte de una comunidad. Porque, una cosa es que no pueda existir una que recayera exclusivamente sobre el dinero, que como cosa esencialmente divisible llevaría consigo la titularidad separada (por dividida) sobre la parte que le corresponda, y otra la aportación a una comunidad conjuntamente con otros bienes, ya que al fundirse con ellos para la constitución de una comunidad, de una indivisión, y mientras lo esté, se integrará como un elemento más de ese conjunto, sobre el que los comuneros tienen una cuota parte, igual

²⁹⁵ "El instituto del condominio ha sido uno de los más discutidos del Derecho civil, lo que fácilmente puede quedar justificado por la conexión íntima que tiene con el de la sociedad y el problema de la personalidad colectiva, de una parte, y el afán irreductible puesto por los jurisconsultos y tratadistas de distanciar totalmente dichas materias.", son las palabras con que inicia su monografía.

que si de otro bien se tratara.

f') La aportación de solar , es un aspecto que cabe plantearse también en esta sede.

Entre las diferentes variedades que adoptan los contratos en que se aportan solares, para tener una participación en el edificio que sobre los mismos se construyan, hay una en la que con ellos, y con otras aportaciones y concesiones recíprocas que se hacen los interesados, se constituye una comunidad. Esta forma, que se considera como "autocaportación, aportación mediata o autopromoción"²⁹⁶, aunque dentro de la categoría presenta rasgos que la hacen *sui generis*, es frecuente en la práctica, y su consideración como comunidad justifica que tratemos de ella aquí.

Es interesante la observación, por parte de quienes han estudiado esta figura, de que las reglas de la comunidad, pensadas para la incidental, que se contienen en los arts. 392 a 406 C.c., presentaban

²⁹⁶ Así lo hace MUÑOZ DE DIOS, G., "Aportación de solar y construcción en comunidad", Madrid, 1.987, pág.16, excelente monografía en que se conjuga el planteamiento y soluciones prácticas, con el rigor del estudio doctrinal, la que voy a seguir en la exposición de esta materia.

como forma jurídica para acoger la que ahora contemplamos, los inconvenientes que se derivan de la rigidez que impone su carácter transitorio y de liquidación de una situación no deseada. Y si, a pesar de ello, se ha venido propugnando como su vestidura jurídica apropiada, se están poniendo de manifiesto dos consecuencias que afectan al tema: una, la necesidad de una flexibilización de la figura tal como la contempla el Código civil, en lo que respecta a mecanismos aptos para una duración prolongada y, otra, la justificación de estas comunidades convencionales que propugno y estudio en este trabajo.

Porque, efectivamente y como dice el citado MUÑOZ DE DIOS, se ha venido dando nacimiento a esta figura mediante un contrato que, por el carácter preferente que tiene respecto a las disposiciones legales (se refiere al previsto en el art. 392, 2º, que debeo recordar es sólo regulador, pero que aquí se utiliza a la vez como creador, de comunidades), permite disponer de un gran ámbito en que contemplar o modificar aquellas disposiciones en la medida necesaria para conseguir la finalidad propuesta; lo que ha llevado, unido a la ausencia de formalismos o

autorizaciones administrativas a que sea la figura más utilizada en la promoción de la edificación conjunta de varias personas, para obtener cada uno su piso.

Por lo que se refiere a la constitución de la comunidad en este caso, hay dos variedades, ambas basadas en la aportación del solar; pero mientras en una, llamada "real", se parte de la existencia ya de un solar predeterminado, y se constituye la comunidad, partiendo de su aportación, para construir sobre él, en la otra, llamada "personal" existe ya una comunidad formada que es la que, posteriormente, busca y adquiere el solar (a ésta se refiere, calificándola de comunidad de las reguladas en los arts. 392 y ss., la S.T.S. de 5 de junio de 1.989); la diferencia que se da entre una y otra es que mientras en la primera la integración es definitiva en la comunidad (precisamente porque se parte de la aportación del solar, verdadera comunicación), en la segunda suele quedar condicionada a ratificación cuando se conozca el solar elegido. La primera es la que interesa aquí.

Para justificar lo que ya he repetido sobre

el alcance del contrato contemplado en el art. 392, 2º, conviene parar la atención en el hecho de que en la creación de la figura ahora contemplada, se distingue: por un lado, la constitución de la comunidad, normalmente mediante otorgamiento de la escritura de compraventa del solar a favor de todos los comuneros (que presupone la intención de crear, y crea, la comunidad convencionalmente), proporcionalmente a sus participaciones de interés; y por otro, se otorga también un contrato entre todos ellos en el que se regula la comunidad resultante del contrato anterior, contrato al que se refiere el art. 392, 2º.

c) De todo lo anteriormente expuesto sobre los derechos que pueden ser objeto de comunidad, se desprende la postura que adoptamos respecto al tema de la necesidad o no de la homogeneidad de los derechos con que se pretende constituirla.

La cuestión de la comunidad cuyo objeto sean derechos de diversa índole, ya fue suscitada por AUBRY Y RAU ²⁹⁷, que se inclinaron por la negativa;

²⁹⁷ "Cours de Droit civil français", t.II, 4ª ed., Paris, 1.869, & 221 bis, pág. 412.

consideran al respecto, que la indivisión no cabe más que en el supuesto de concurso de derechos de la misma naturaleza, sobre un mismo bien o sobre una misma masa de bienes.

Era, y sigue siendo, importante esta cuestión dadas las posibilidades que para la creación de comunidades entre usufructuarios y nudo propietarios presentan los mecanismos sucesorios por la presencia del usufructo viudal. En tales casos, según la tesis de los citados autores franceses, aceptada generalmente, no cabe la comunidad porque nudos propietarios de una parte y usufructuarios de otra, son titulares de atributos diferentes del derecho de propiedad.

A este propósito plantea DORAL ²⁹⁸ la misma cuestión de si hay, o no, comunidad entre los propietarios y el usufructuario de una parte, situación que surge cuando el disfrute se realiza entre un usufructuario y varios copropietarios, supuesto que, recuerda, no se contempla en el Código.

²⁹⁸ "Comentarios...", cit., pág. 40 ²⁹⁸

Se remite a CASTAN ²⁹⁹ para el que, en principio, la contestación es negativa, porque no existe unidad objeto, sino que lo que hay es que el usufructuario de una parte alícuota de cosa común ha de tener en ella, por virtud de su derecho de usufructo, la misma participación en la facultad de aprovechamiento que tendría el copropietario o condueño, y ha de tener también participación en la administración de la cosas común, la misma que tendría el condueño, según el art. 490 C.c.. Por ello, aún admitiendo esta comunidad de goce, dice DORAL que no puede hablarse en rigor de cousinguato, que requiere unidad de título: y para que lo haya, no basta con el que el disfrute sea simultáneo sino que, además, requiere que la posición jurídica de los partícipes sea de la misma condición.

La posición de la jurisprudencia del T.S. es asimismo contraria: la S. de 17 de marzo de 1975, recogiendo y ratificando lo antes expresado por las de 5 de junio de 1929 y 14 de diciembre de 1973, a las que cita expresamente, declara que es opuesto al concepto y esencia de la comunidad de bienes, "que

²⁹⁹ Actualmente en su "Derecho civil español, común y foral", II-1º, 13ª ed., revis. y actualizada por GARCIA CANTERO, Madrid, 1.987, pág. 458.

requiere el que los derechos que estén en común sean de la misma e idéntica naturaleza, no pudiéndose reconocer la existencia de una comunidad entre titulares de derechos de distinta naturaleza cuales son el usufructo, la nuda propiedad y el pleno dominio. Pero conviene tener presente, a la hora de calibrar el alcance de esta doctrina, que se está refiriendo, así lo dice expresamente, a una concepción estricta de la comunidad: en efecto, en relación con el caso debatido, dice "que a lo sumo podrá motivar una incidencia de titularidades jurídicas sobre un mismo objeto, pero en modo alguno una comunidad en su sentido estricto".

MIQUEL ³⁰⁰, aceptando la misma tesis contraria a la posibilidad planteada, y siguiendo la pauta de CASTAN, la aplica con menos rigor recurriendo al derecho, o facultad, común entre ellos, en razón de lo cual defiende que existirá una comunidad en el goce, regulada en el art. 490, en el caso de que resulte constituida una comunidad por diferentes usufructuarios de una cosa común, con los copropietarios de las partes en la que no se ha

³⁰⁰ En sus "Comentarios...", tan repetidamente citados, pág. 25.

constituido usufructo.

A la generalización de esta tesis negadora, opone FOYER ³⁰¹, que aún fundándose en razones perfectamente lógicas, tiene sin embargo inconvenientes cuando se trata de organizar, sea por contrato sea por la ley, una determinada comunidad; y que, por otra parte, es preciso observar que, en muchas circunstancias, la solución debe ser un poco más matizada: así cuando, por ejemplo, sobre los bienes dependientes de una comunidad disuelta, coexisten de una parte los derechos de plena propiedad del cónyuge sobreviviente sobre su mitad en dicha comunidad y, de otra parte, los derechos de nuda propiedad de los herederos y el derecho de usufructo del cónyuge sobreviviente sobre la mitad correspondiente al esposo fallecido, ya que en tal caso hay motivos bastantes para pensar que existe, entre el referido cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, una comunidad en cuanto al usufructo ³⁰².

³⁰¹ En su "Raport", cit., pág. 14.

³⁰² Así lo ha previsto la ley francesa de 1.976, al establecer en el nuevo art. 1.893-1 del Code, el principio general que rige las convenciones relativas al ejercicio de los derechos indivisos: pueden celebrarlas quienes tienen derechos a ejercer sobre bienes indivisos, a título de propietarios, de

Creo que es muy oportuna y esclarecedora, y ha de insistirse en ella, la primera de las razones que aduce el ilustre jurista francés: la de los inconvenientes que la exigencia de homogeneidad de los derechos, plantea cuando se trata de organizar, legal o convencionalmente, alguna de las comunidades más frecuentes en la actualidad; lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta, aquí también, que se adopta esa posición teniendo en cuenta las comunidades incidentales, a las que se adapta mejor tal exigencia de homogeneidad. Pero considerando la amplitud que alcanza el fenómeno de las comunidades convencionales, y la función para las que se crean, evidentemente tal exigencia, que no tiene un respaldo legal adecuado, no debe mantenerse para las de esta clase. Y pienso que tampoco para las incidentales, creadas por la ley, a veces, sobre la base de la diversidad de bienes.

d) También en este ámbito del elemento real

nudos-propietarios o de usufructuarios.

Y en el 1.873-16, que estando los bienes indivisos gravados con un usufructo, la convención pueda celebrarse no solamente entre los mismos indivisarios, sino también entre los indivisarios en nuda propiedad y usufructuarios, entre varios usufructuarios indivisos y un nudo propietario único o finalmente, entre varios indivisarios en nuda propiedad y varios indivisarios en usufructo.

del contrato de comunicación de bienes, se plantea la posibilidad de que puedan ser objeto del mismo bienes que en tal momento no les pertenezcan, en este sentido cosas futuras.

Hay una referencia sobre el tema por parte de SALIS ³⁰³ cuando al tratar del contrato en que se contenga la regulación de la comunidad, y afirmar que puede ser *anterior* a la constitución de la misma, dice que en este caso las partes se ponen de acuerdo, por ej. sobre una cosa que deciden adquirir colectivamente. Pero la verdad es que, en todo caso y en relación con el contrato que le da nacimiento, no puede pensarse que con esta afirmación se esté refiriendo a que vayan a ser objeto del contrato de comunicación de bienes cosas futuras porque, en tal caso, éstas se consideran así en cuanto a la regulación de la comunidad, pero no en cuanto a su constitución; y ello, porque ésta la hace coincidir con el momento de la adquisición colectiva de las que al regularse eran futuras, pero que al adquirirse ya están en la titularidad de los que constituyen la comunidad.

303 "La comunione", cit., págs. 37 y s.

Pero no obstante ello, dado el carácter de contrato obligatorio que tiene el de comunicación de bienes, es perfectamente posible que el bien, o alguno de los que las partes al celebrarlo van a comunicarse, en tal momento no les pertenezca. Lo que no será obstáculo para la válida celebración del contrato, si bien llegado el momento de cumplir su obligación de aportarlo, sí habrá de ostentar la titularidad correspondiente sobre el mismo.

Sobre este mismo tema, me remito a las consideraciones sobre el particular que he realizado al estudiar, en este mismo capítulo, sub A, d) a' (, lo referente a si la titularidad de los bienes que se comprometen a comunicar, han de tenerla ya los que celebran el contrato de comunicación de bienes.

C) Elemento causal.

Cuando en el capítulo 5 de esta misma Parte III, exponía los caracteres del contrato de comunicación de bienes, estudiaba como uno de ellos el de ser causal, realizando las consideraciones generales que esta circunstancia supone.

Ahora, al exponer los elementos, corresponde ver (como anunciaba entonces), cual es la causa específica de este contrato, presupuesto que la tiene, como me parece quedó suficientemente acreditado frente a quienes no reconocen la categoría, entre otras razones, por negar que la tenga.

a) Todos los negocios jurídicos, y en especial los contratos, recuerda DIEZ-PICAZO ³⁰⁴ requieren una causa, toda vez que no es la mera voluntad la fuente de relaciones jurídicas en materia patrimonial: es menester que la voluntad se una o entre en conexión con una causa, que sea suficiente para ello de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y que es manifestación del control social de los negocios.

Ante esta exigencia, y abundando en lo expuesto con anterioridad sobre su carácter causal, debemos, además, determinar cual es la causa concreta del mismo

³⁰⁴ "Autonomía privada y derechos reales", en Estudios en homenaje a ROCA SASTRE, vol. II, Madrid, 1.976, pág. 32^F

Aunque en principio, el contrato o negocio creador de derechos reales tiene ya en sí mismo su causa y ésta no tiene porqué ser distinta para la producción de efectos en los ámbitos obligatorio y real, se ha observado con acierto ³⁰⁵ que en materia de causa, junto a la razón económica que se juzga suficiente para considerar obligados a los contratantes, se encuentra también latente la idea de función económica o económico-social del tipo de negocio, o del tipo de derecho que de tal negocio dimana; idea que queda reconocida por la tipificación legal del contrato o derecho objeto de la misma.

Y como quiera que el de comunicación de bienes, no está tipificado, habremos de comprobar si en él, y en los derechos que por el mismo son creados, se dan estas circunstancias (el "interés serio y legítimo" de que hablaba CARBONNIER respecto a los contratos atípicos) que, en ausencia de la tipificación, lo justifican.

En lo que respecta al contrato en sí, se darán siempre que el mismo se atenga, y siempre que se atenga, a los principios de legalidad, moralidad

³⁰⁵ PIEZ-PICAZO, "Autonomía privada..." , loc. cit..

y conformidad con el orden público de las obligaciones, que exige el art. 1.255 C.c. Esto, no plantea mayor problema.

¿Y en cuanto a la función económico-social que con la modificación del derecho se trata de conseguir? Se justificará, a mi entender, porque se pretende, con la comunicación de los bienes, establecer una situación de concurrencia de titularidades (cuya función económico-social no puede discutirse, y prueba de ello son las comunidades coactivamente impuestas, verdaderos límites de la propiedad), reglamentando las relaciones entre la esfera individual y la esfera colectiva que en la misma coexisten, especialmente importantes a la hora del uso, del goce y de la gestión de los bienes que se tienen en comunidad (aspectos igualmente trascendentes en cuanto a su función económico-social).

Los distintos supuestos de comunidades del tipo de las aludidas, llevan a FRAGALI³⁰⁶ a considerar que la comunidad puede ser fuente de utilidad social y ser fundamental y necesaria al

³⁰⁶ "Comunione", cit., I, pág. 391.

progreso y al mejoramiento de la condición social individual; puede ser fuente de cooperación para la realización de intereses individuales: y no hay duda de que hoy, superada la fase de preponderancia individualista, se es más propenso a la vida asociada y a la formación de grupos intermedios. Y ello, sin duda, debe favorecer las pretensiones privadas de crear comunidades.

Como obstáculo a esta posibilidad, se ha venido argumentando a base de la idea de que esa función que se persigue con la comunidad, está ya atendida, y tipificada a través de la sociedad. Pero es que para ello, tendrían que ser una y otra figura idénticas, al menos en lo esencial; que ambas cumplieran la misma función económico-social. Y esto, no es así.

Ante todo, ha de observarse que hay funciones que son específicas de la comunidad que se crea a través del contrato de comunicación de bienes; sentido en el que va la observación de BRANCA³⁰⁷ de que en ella el poder de la mayoría puede cambiar el destino económico del bien, permaneciendo la

307 "Comentario del Codice civile", cit., pág. 24.

comunidad, mientras que esto no sería posible en la sociedad simple, en la que el cambio de destino requiere la modificación del contrato constitutivo, con el consentimiento de todos los socios, o solo de la mayoría si así está previsto en el dicho contrato; afirmación que, con independencia de su aplicabilidad total en nuestro Derecho, pone de relieve un aspecto importante de esa función económico-social.

b) En este mismo orden de cosas llama la atención PESCATORE³⁰⁸ respecto a la incidencia de la posición asignada al bien en los supuestos de sociedad y de comunidad, que explica la disparidad que, en materia de toma de decisiones, tiene cada uno de los dos grupos, el de condóminos y el de socios. O sea, la relevancia en la comunidad del objeto común, primera diferenciación respecto a las situaciones societarias.

Este dato resulta muy característico de la configuración específica de la comunidad, abundando en él cuando se entiende ³⁰⁹ que es elemento

³⁰⁸ "Attività e comunione nelle strutture societarie", cit., pág. 59, nota 137

³⁰⁹ Así SALIS, "La comunione", cit., pág. 79.

caracterizante de la misma, haber puesto el bien como centro de la estructura comunitaria, lo que significa afirmar que el interés de la comunidad es, ante todo, el de la conservación de la cosa común, el de impedir cualquier acto que pueda deteriorarla o destruirla, y puesto que sin la cosa cesaría la comunidad, el interés que tienen los comuneros en su conservación, constituye el interés principal que ha de perseguirse.

Es también un dato muy significativo para la delimitación del tipo contractual que estudiamos, determinar el papel que, en la figura que con el mismo se crea, y en relación con su objeto, juega la actividad humana, porque ésta se encuentra y es necesaria en medida mayor o menor, según los casos, también en el ejercicio del derecho de copropiedad; en este caso, como en los de comunidad en general, tiene una particular función ³¹⁰: está dirigida a la consecución de los fines particulares de los copropietarios; ejercita la función instrumental de hacer fructíferas las energías contenidas en la cosa, o de utilizar sus aptitudes,

³¹⁰ Vid VITALE, "Comunione e società", en Riv. Dir. Commerciale, 1.965, I, págs. 391 y ss..

para satisfacer necesidades humanas, en el interés inmediato de cada participante y en el interés inmediato de los otros, obteniendo una compensación (frutos civiles) ³¹¹. En todo caso en la comunidad es siempre la cosa la que produce directamente la utilidad; la actividad humana está en función de ella.

Así mismo con respecto a la actividad, y en cuanto se relaciona con la consecución de un lucro, dato que viene sirviendo para distinguir la comunidad de la sociedad, debe recordarse el criterio en base al cual se individualiza la ganancia en sentido estricto: criterio que presupone una transformación de las cosas por medio de la actividad de los socios y que calificaría la sociedad, y la obtención del fruto, que siendo consecuencia de la actividad de los comuneros, deja intacta la cosa, y que caracterizaría la comunidad.

312

³¹¹ También aquí se pueden aplicar con provecho las interesantes consideraciones que sobre el "fin común" en los distintos tipos de esta variedad de contratos, hace ALBIEZ DORHMAN, en el capítulo III de su obra "La aparcería industrial" de inmediata aparición

³¹² VERGA, "La comunione tacite familiari", Padova, 1.930, pág. 151 y ss., cit. por PESCATORE, op. cit., pág.96, nota 133.

c) Con todo lo expuesto, creo queda de manifiesto la existencia de un fin económico-social específico de este contrato. Y esta apreciación incuestionable ha de ser opuesta a los argumentos que MIQUEL ³¹³ utiliza, de que la comunidad no es causa de atribución patrimonial, como lo es la sociedad, porque "ésta tiene el carácter de un contrato obligatorio (obliga a aportar) con causa específica o reglada (no cabe la sociedad leonina) mientras nada de eso sucede en la comunidad". Pero es que esto no es así, ya que, como venimos viendo, también el de comunicación de bienes es un contrato obligatorio, con la causa que se deriva de su indiscutible función económico-social ³¹⁴ y de que, como vamos a ver en este mismo capítulo, apartado E, sub b), y ya se apunta en la R. D.G.R.N. de 16 de mayo de 1979, se haya de contener en el mismo la participación indivisa que corresponde a cada comunero.

³¹³ "Comentarios...", cit, pág. 35, aunque referidos sobre todo al contrato de regulación de la comunidad.

³¹⁴ Ya que, como recuerda MORENO QUESADA, B., "La naturaleza jurídica, de la comunidad convencional", cit., pág. 290, "no se puede olvidar que la decisión sobre la admisibilidad y la validez de los contratos innominados se conecta a la función económica social de la figura contractual en cuestión, perfectamente justificada por la tipificación del resultado que persigue", concretamente determinada en este caso de la comunidad, como se deja expuesta en las páginas anteriores.

Y en cuanto, a que la adquisición en común no pueda tener su causa en sí misma, "sino en otra causa como donación, compraventa, permuta, sociedad, si se quiere, un contrato innominado pero análogo a alguno de los citados, esto es, que según su contenido pueda considerarse fuente de obligaciones entre las partes y oneroso o gratuito o remuneratorio", se refuta con una precisa observación de FRAGALI ³¹⁵ : que la tipicidad se le da al contrato de comunicación de bienes precisamente para separarlo de aquellas situaciones de base, que no están ahí porque sí, sino que se dan indisolublemente ligadas a la voluntad de poner en común un determinado bien.

Consecuencia de los cual, añade, es que "la existencia de esta voluntad altera la causa de la venta, de la permuta, de la donación, y de los demás supuestos, y obliga a buscar cual es el negocio al cual el ordenamiento ha dado el *nomen* de comunidad y una determinada disciplina. Un *nomen* que quiere prescindir del de las situaciones de base, y una disciplina que coloca en su centro la gestión común de los intereses conjuntos, sin remitirse a las

³¹⁵ "La comunione...", cit., pág. 536.

particularidades de aquellas situaciones, las cuales, por otra parte, no influyen nunca las relaciones entre los partícipes sino en cuanto su disciplina convencional delinee también el modo de ser de la situación común".

Difícilmente se pueden encontrar mejores términos y conceptos que los utilizados por el ilustre jurista italiano, para completar y condensar la justificación y el alcance del elemento causal en esta figura del contrato de comunicación de bienes.

D) La forma de este contrato

Al no haber una normativa específica sobre la forma del contrato de comunicación de bienes, deberá éste someterse a las reglas que rigen la materia, de acuerdo con el sistema vigente en nuestro Ordenamiento, en los términos que seguidamente examinaremos.

Me parece oportuno aclarar, que este planteamiento se refiere precisamente al contrato de comunicación de bienes general, que es el que

estudiamos, esto es el que se utiliza para constituir una comunidad no especificada en otras normas; porque estas otras comunidades, especiales, pueden tener, y de hecho tienen, unas normas propias que las regulan, en las que suelen tener presencia reglas sobre la forma de constituirse.

Al considerar este contrato autónomo, y no existir normas concretas sobre la forma en que ha de celebrarse, regirán, como antes decía, las aplicables con carácter general: de acuerdo con el art. 1.278, los contratos serán obligatorios, *cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado*, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez.

Sobre este particular, considera SERRA MALLOL ³¹⁶ que bajo el principio de libertad de forma, nada impide constituir una comunidad en la forma que consideren más oportuna las partes; pero que, sin embargo, la forma escrita permite servir de prueba de las aportaciones. Considera también que

³¹⁶ "El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles", Madrid, 1.991, pág. 92.

deben constar en documento público cuando se trate de determinados bienes: así, si son inmuebles, que además exigirán su inscripción registral (cita los arts. 1.280 y 605 ss. C.c.), valores mobiliarios al portador, participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, patentes y licencias, y buques y aeronaves; asimismo si se constituye como forma de inversión extranjera.

En este mismo sentido, PEREZ PEREZ, E.³¹⁷, dice a propósito de la constitución de esta figura que le será de aplicación el sistema de libertad de forma característico de nuestro ordenamiento jurídico, si bien la declaración de voluntad por la que nace a la vida jurídica se reflejará normalmente por escrito, en un documento público o privado que será el título formal, aunque nada obsta a que este título sea meramente verbal.

Añade que otra cosa es que , "de lege

317 "El consorcio real en el Derecho positivo español", Murcia, 1.985, que tiene el significativo subtítulo de "Ensayo sobre la naturaleza jurídica de las comunidades de aguas y de regantes, las agrupaciones de explotaciones agrícolas, forestales o mineras para la utilización de obras y mejoras comunes, las urbanizaciones privadas y, en general, las situaciones colectivas con vinculación "ob rem" de bienes privativos y comunes".Cap.IV, II, 1,c.

ferenda", (y por la razón de que la constitución de un consorcio real supone siempre una transformación de la situación jurídica patrimonial de los consorciados, el nacimiento de un nuevo estatuto que afecta al contenido y a la organización de la propiedad inmueble y que repercutirá sobre los sucesivos adquirentes), deba mantenerse el criterio de publicidad del título formal de los consorcios reales y, consiguientemente, la conveniencia de que éste sea un documento público, para que pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad".

A esta conveniencia de la forma, es a la que responde la reglamentación para la materia establecida por la ley francesa de 31 de diciembre

de 1.976, a la que ya me he referido en varias ocasiones; en ella sí hay una norma sobre el particular, que la convierte en un acto formal, cuya validez se subordina a su redacción por escrito, y a la existencia en el mismo de ciertas menciones.

Efectivamente, en la redacción que por la misma se ha dado al art. 1.873-2, párrafo 2 del Code, se establece: "bajo sanción de nulidad, la convención

(de indivisión) debe ser establecida por escrito en el que se contenga la designación de los bienes indivisos y la indicación de las cuotas partes pertenecientes a cada indivisario....".

Asimismo, si la masa indivisa comprende créditos o inmuebles, la oponibilidad a terceros está subordinada al cumplimiento de las formalidades del art. 1.690 del Código civil o de la publicidad inmobiliaria.

La justificación de esta exigencia, la exponía FOYER en su *Rapport* por un lado, y en cuanto al escrito, se refería a la conveniencia de descartar los riesgos que pueden surgir a causa del valor elevado que es posible tengan los bienes indivisos; si bien su contenido (el de esta exigencia concreta), decía, ha de entenderse en un sentido amplio, ya que será suficiente una referencia al inventario, sin necesidad de detallar minuciosamente muchos de tales bienes, por ej. los muebles; por otro lado, y en cuanto a la constancia de las cuotas partes pertenecientes a cada uno de los indivisarios, ponía la justificación en destacar los riesgos de inexactitudes y conflictos que podría acarrear la

indefinición de este punto.

El resultado fue la redacción del art. 1.873-2, 2º pfo, en los términos que he transcrito; y ante ella, algunos autores ³¹⁸ dicen que por virtud de esta norma, la convención de indivisión deviene un acto solemne, porque el escrito se requiere, no solamente *ad probationem* sino *ad solemnitatem*, puesto que su incumplimiento provoca la sanción de nulidad; no se exige que este escrito sea notarial, por lo que puede ser privado, aunque normalmente sí tendrá aquel carácter habida cuenta del papel que juega el notario en muchas indivisiones.

Por su parte, la jurisprudencia italiana ³¹⁹ ha declarado, para la hipótesis de comunidad voluntaria, que "el consentimiento para la constitución de la comunidad de bienes debe prestarse por escrito".

En cuanto al Derecho español, como decía antes, no habiendo base para darle un tratamiento que

³¹⁸ NERSON, FAYARD, Y BRETON, "Indivision", cit., pág. 32.

³¹⁹ Vid. AIELLO, GIACOBBE Y CARAMAZZA, en "Comunione, possesso e azioni di nunciatozione, art. 1.100- 1.171", cit., pág. 10, donde se recoge la sentencia.

difiera del general establecido para los contratos, será éste el aplicable y, consecuentemente, no se requerirá que el consentimiento contractual se exprese en forma especial alguna. Claro es que recayendo sobre bienes inmuebles la comunidad que se constituya, por aplicación del art. 1.280, 1º, tratándose de modificación de derechos reales sobre los mismos, "deberán constar en documento público".

Exigencia ésta de constar en documento público que, como viene interpretando la doctrina ³²⁰, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (especialmente clara y abundante a partir de la detallada sentencia de 29 de noviembre de 1.950, y que como recientes podemos citar las de 30 de septiembre y 3 de octubre de 1.988), significa que, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.279, las partes pueden compelerse recíprocamente a hacer constar por escrito, público en este caso, el contrato que ya se había perfeccionado al concurrir los elementos esenciales para su validez.

Aquella misma razón, con apoyo en este caso

³²⁰ Vid. las consideraciones sobre el tema en general que hace ALBALADEJO en "Derecho civil", cit. I-2º, 11ª ed., Barcelona, 1.991, págs. 356 y s.

en los arts. 605 C.c. y 1,1 y 2-1º y 2º L. h., es la que impone la inscripción registral para que la situación que origina la constitución de la comunidad pueda ser opuesta a terceros, de acuerdo con lo establecido en los arts. 606 C.c. y 32 L:h., circunstancia de la que se deduce, además, la necesidad de documento público consignada en el art. 3 de la misma Ley hipotecaria.

E) Elementos esenciales específicos de este contrato.

En este apartado voy a hacer referencia a unos elementos que tienen carácter de esenciales para este contrato de comunicación de bienes. Porque, como sucede en otros contratos, además de los elementos esenciales comunes a todos, hay otros que lo son específicos de ellos, lo que significa que no pueden existir se en el caso concreto no concurren: así sucede, por ej., con el precio y la cosa en el de compraventa, y con la constitución de un fondo común

y la intención de obtener lucro en el de sociedad
321.

En el contrato de comunicación de bienes, han de considerarse elementos esenciales: la determinación de los bienes que ha de poner en común cada comunero, y la fijación de la parte que en la comunidad tendrán cada uno de ellos. Tanto uno, como otro resultan imprescindibles para que se logre el resultado que justifica la existencia del contrato, que es la creación de la comunidad; ésta no puede existir sin unos bienes sometidos a titularidad común, para lo que es imprescindible la determinación de cuáles van a serlo; y sin que se fije la participación de los comuneros, en la manera que exija la naturaleza de la comunidad que se quiera establecer ³²², aunque en la generalidad de los

³²¹ Esto último es lo que entiende CASTAN, J. "Derecho civil español...", cit., IV, págs. 568 y ss. El T. S. agrega a ellos la *affectio societatis* en numerosas sentencias vid. por ej., las de 8 de mayo de 1.964, 11 de diciembre de 1.965, y 2 de octubre de 1.978.

³²² Con lo que queremos recoger la posibilidad de que se cree, por medio de este contrato, una comunidad en mano común. A este propósito, conviene tener en cuenta el art. 44 de R.h. que exige como uno de los requisitos para que la operación registral pueda practicarse, el que la finca resultante pertenezca a un solo titular o a varios pro indiviso, y en el 45 que agrupándose fincas pertenecientes a distintos dueños, deberá determinarse la participación de cada uno de ellos en la finca resultante; párrafo último de este artículo incluido en

casos, (que son de comunidad romana a que se contrae el presente trabajo) lo será atribuyendo una cuota de participación a cada uno de los comuneros.³²³

Y ésto no es solo desde un punto de vista teórico: porque partiendo de que la disciplina de la comunidad de bienes se funda sobre el concepto de participación (cuota), entendida como medida del interés de los condómino en la comunidad, y sobre la base de que ésta presupone por su misma naturaleza la pluralidad de los sujetos participantes, es indudable que ésta tiene una enorme relevancia en el funcionamiento práctico de la comunidad y en la consecución de la finalidad de la institución³²⁴.

No hace falta insistir más en el carácter

la reforma de 12 de noviembre de 1.982 a consecuencia de la Resolución de 12 de mayo de 1.979, y que tendría por objeto, como se dice en ésta "evitar el que registralmente puedan existir situaciones de cotitularidad extrañas, como podría ser el supuesto de dominio solidario..." ¿excluiría la inscripción de una comunidad en mano común? Parece que, según la citada R., tratándose de una constituida convencionalmente sí, porque además de la referencia al dominio solidario, el supuesto que admite expresamente es el del condominio romano sobre la totalidad de los bienes agrupados.

³²³ NO cabría considerar que en defecto de fijación de las cuotas, éstas se considerarían iguales, por aplicación del art. 393-2º: la prueba en contrario que desvirtúa el principio vendrá dada por el valor de la comunicación de cada contratante.

³²⁴ PESCATORE, ALBANO Y GRECO, op. cit., págs. 26 y 31.

esencial que para el contrato de comunicación de bienes tienen la determinación de los bienes a comunicar y la fijación de las participaciones: la propia definición del contrato que proponíamos en su momento lo pone de manifiesto, al decir que se da "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".

Cosa distinta a la necesidad de su existencia, es el valor que pueda dársele a la forma en que han de constar tales extremos: porque, en efecto, la ley francesa de 31 de diciembre de 1.976, al exigir, bajo sanción de nulidad, la forma escrita, para la celebración de la convención de indivisión, añade que en dicho escrito deberá constar la designación de los bienes indivisos y la indicación de las cuotas-partes pertenecientes a cada indivisario.

La exigencia de esta constancia escrita viene justificada en el citado *Rapport FOYER* en la razón de que con ello se descartan los riesgos de incertidumbre o de conflictos, a que de no hacerlo

así podría darse lugar. Apreciación pragmática a tener en cuenta en el momento de regular el contrato, como se hizo por el legislador francés.

En cambio, en nuestro Derecho, y en tanto no se establezca otra cosa en una norma *ad hoc*, para que se estime cumplida la necesidad de incorporar ambos elementos a un contrato de comunicación de bienes determinado, será suficiente con que se incluyeran en el consentimiento contractual -y, evidentemente a efectos prácticos, que pueda probarse que así fue- con independencia de la forma en que conste el mismo. Y para el supuesto de que haya de serlo por escrito, como elementos esenciales que son, habrán de constar en él en cuanto integrantes del consentimiento contractual en esta variedad de contrato; y si al compelerse a llenar la forma necesaria, no fuera posible establecerlos, no habría contrato, como no lo habría al no poderse establecer que realmente se dio el consentimiento.

Un aspecto importante con respecto a estos elementos del contrato de comunicación de bienes, es el que se refiere a la relación entre los mismos: la necesidad, como base de su estructura jurídica según

la R.D.G.R.N. de 16 de mayo de 1.979, de que se establezca la proindivisión en proporción ideal al valor de las fincas agrupadas, pues el haberse hecho así en el supuesto que fue objeto de la misma, es uno de los argumentos que llevó al Centro directivo a consagrar la admisibilidad del contrato constitutivo de comunidad, que tenía a las mismas como objeto. De todas maneras a esta referencia no cabe darle un alcance cuantitativo sino cualitativo: no se trata de que sea precisa una correspondencia exacta entre lo aportado y lo atribuido, sino de que estén presentes ambas circunstancias en cuanto que el de comunicación de bienes es un contrato oneroso y conmutativo, como tuvimos ocasión de exponer en su momento.

CAPITULO 8

CONTENIDO EN OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO DE

COMUNICACION DE BIENES

A) La comunicación de los bienes.

Comunicar, ésto es poner bajo la titularidad común de todos los comuneros, los bienes que cada uno de ellos ha comprometido, con el fin de constituir la comunidad, constituye la primera de las obligaciones que surgen del contrato de comunicación de bienes, a la vez que manifestación de su eficacia.

El cumplimiento de esta obligación determina el nacimiento de la comunidad, transformando las relaciones obligatorias que, de forma inmediata, había producido el contrato, en relaciones reales que regirán la comunidad que por él se constituye.

Esta circunstancia de ser la comunicación el cumplimiento de una relación obligacional, es la que me lleva a plantear su estudio de acuerdo con el esquema propio de éstas, distinguiendo los dos aspectos fundamentales del incumplimiento de las mismas.

a) Podrá decirse que los bienes comprometidos se han comunicado, cuando la titularidad individual, exclusiva, que de los mismos tiene cada contratante, se haya convertido en una titularidad de la que son partícipes todos ellos.

Y para que se produzca esta conversión o cambio de titularidad, en el sistema que rige en Derecho español, de acuerdo con lo previsto en los arts. 609 y 1.095 del Código civil, se precisa la tradición o modo. Y ello es así porque si bien ésta se exige de manera expresa sólo para la adquisición y transmisión de la propiedad y los demás derechos reales, tal exigencia ha de extenderse también a la modificación de los mismos:

Las razones que me llevan a defenderlo son, de una parte, considerar que la modificación en la titularidad que supone la comunicación de bienes, implica simultáneamente transmisión y adquisición³²⁵ de una parte de la titularidad sobre ellos; y además,

³²⁵ Lo que es así con independencia de que no constituya una permuta, según tuve ocasión de argumentar en su momento.

que como pone de relieve ALBALADEJO ³²⁶, la tradición es precisa no solo para adquirir mediante contrato el derecho real, sino también para adquirir cuotas del mismo.

Coincido en este punto con lo que dice ROCA SASTRE ³²⁷ de que siendo el "contrato de comunicación de naturaleza consensual, pues como tal contrato produce, de momento, sólo una obligación de poner en común bienes, "la consumación del mismo exigirá la tradición, y en caso de que el bien puesto en común sea un crédito, deberán llenarse los requisitos de la cesión de créditos". Tras referirse a la necesidad de la tradición en comunidades familiares de tipo más o menos universal, termina diciendo que "el fenómeno, efecto o resultado de la comunicación, se opera mediante la tradición expresa o tácita, de modo que la mera otorgación de la escritura pública en que se autentique el contrato, podrá implicar la tradición, por aplicación analógica del art. 1.462 del Código civil".

³²⁶ "Comentarios al Código civil" de EDERSA, dir. por él, vol. VIII-1º, Madrid, 1.987, pág. 13.

³²⁷ "Naturaleza jurídica de la aportación...", cit., pág. 422.

Ahora bien, como sucede en los demás contratos que precisan de la tradición para conseguir los efectos reales que persiguen, también aquí debe distinguirse en razón del bien que sea objeto del mismo, en este caso del bien que haya de ser comunicado: porque de acuerdo con lo que mantiene la doctrina, y es de pura lógica, en los casos de transferencia será necesaria la tradición si se trata de derechos reales que sean poseibles; no siendo éste caso, bastará el contrato para que aquélla sea efectiva. Y para los créditos, lo será el cambio de la titularidad individual del comunicante por la conjunta de los comuneros, a través de la correspondiente cesión.

Por otro lado la tradición que ha de realizarse, en los casos que proceda, que deberá ser una desposesión completa del bien que aporte cada uno (en esto consistirá la comunicación del mismo), y la posesión subsiguiente de la cuota que sobre el conjunto de lo comunicado le corresponda. Esto, de hecho, implicará en cada caso un constituto posesorio sobre la parte de su bien que, proporcionalmente, va a corresponder a los demás comuneros, y una *brevi manu* sobre la que le corresponderá a él, y así cada

uno de ellos.

b) En el cumplimiento de esta obligación de comunicar los bienes, aparte de la acción para exigirla que tienen los contratantes, pueden suscitarse algunas cuestiones que afectan a los que por virtud del contrato van a ser comuneros. Y ello, cabe que suceda una vez cumplida o, por el contrario, porque algún obligado a ello se resista a realizar la comunicación que debe llevar a cabo.

a') Es posible que, efectivamente, el bien ya comunicado se reivindique por un tercero, que en virtud de un derecho anterior a la comunicación, consiga una sentencia por la que se le atribuya dicho bien; o que padezca defectos o vicios ocultos que lo hagan impropio para el uso a que se le destina o que disminuyan de tal modo este uso, que los demás contratantes, de haberlos conocido, no lo admitirían como objeto de la comunidad en los términos en que lo hacen. ¿Cual será la posición de los otros comuneros en este caso? ¿Tendrán derecho al saneamiento?

El tema de la obligación de saneamiento se ha planteado, y está clara su resolución, en los casos en que expresamente lo establece una disposición legal. También se ha planteado, y discutido sobre su procedencia y las modalidades de aplicación, en otros supuestos donde diversas razones se han esgrimido en favor y en contra de la misma (entre ellos está el de la aportación de bienes a las sociedades) en otros, como es el de la comunicación de bienes, habrá que planteárselo, y resolverlo, en atención a la importancia práctica que tiene la resolución del mismo.

Aunque la comunicación no implica jurídicamente transferencia de bienes, y sí una modificación de la titularidad, para que esta modificación se produzca es preciso, además de un mecanismo eficaz, válido, que la lleve a cabo (el contrato y la tradición adecuados para ello, que hemos examinado), una titularidad individual previa, que sea base apta para que se produzca esa efectiva transformación que la comunicación implica; y como quiera que esto no se habrá dado cuando concurren las circunstancias que provocan el saneamiento, éste procederá, por ser fórmula legal arbitrada

precisamente para remediar las consecuencias, perjudiciales para una parte, que se producen en virtud de tales circunstancias.

La razón no es otra que la de ser el de comunicación de bienes un contrato oneroso, en la que la causa de las respectivas obligaciones se encuentra en las de comunicar que incumbe a los otras partes. Y en el caso de que proceda el saneamiento quiere decirse, como notaba antes, que no se ha producido un cumplimiento eficaz, sino defectuoso, por defectos que implican incumplimiento. Con las consecuencias para el contrato que se derivan de este hecho, a las que me refiero más adelante.

En cuanto al régimen de la misma, se deriva de la especial naturaleza de la comunicación, que la separa del de la compraventa³²⁸, en cuanto que ésta la suma importe del saneamiento pasa a poder definitivo del comprador, en tanto que en la comunicación queda bajo la titularidad conjunta de los comuneros, de la misma forma que antes lo estaba el bien cuya privación provoca el saneamiento; aquí

³²⁸ Así lo pone de relieve ROCA SASTRE, en "La naturaleza jurídica de la aportación...", cit. págs. 440 y ss.

se produce una subrogación real, por estimarse que la cosa específica puesta en común ha quedado reemplazada por su precio. Sin olvidar, además, el carácter continuado que atribuye a la comunicación el ser objeto de la comunidad constituida, que influye también en las consecuencias que tiene la situación que provoca el saneamiento.

b') Todo lo anterior nos lleva a considerar otra cuestión que merece ser tratada: la relativa al incumplimiento de la obligación de comunicar los bienes, y a las consecuencias que se derivan del mismo.

La especialidad que tiene la cuestión en este caso, se deriva de ser una situación intermedia entre el contrato bilateral que se agota con la ejecución de las prestaciones que nacen de él, y el contrato de sociedad, que crea una personalidad y un patrimonio específico de la misma. Y consecuencia de ello, la duda de si la consecuencia del incumplimiento de la obligación de comunicar por uno de los contratantes, da lugar a la aplicación de lo previsto en el art. 1.124 del Código civil o a lo

establecido en el 218, nº 7 y nº 4, del Código de comercio: ¿procederá la resolución del contrato, o su rescisión parcial?.

Considero, que la solución a la cuestión planteada viene de la mano de la naturaleza que se le atribuya al contrato de comunicación de bienes: y como quiera que, en el capítulo 4 de esta parte III del trabajo, apartado A) ("Naturaleza contractual del acto constitutivo"), sub b, tuve ocasión de defender, argumentándolo extensamente, su carácter de contrato plurilateral, corresponde ahora sacar las consecuencias de tal concepción sobre el tema del incumplimiento de la obligación de comunicar que ahora nos ocupa.

Y las consecuencias, vienen precisamente establecidas por FERRARA Jr.³²⁹ al considerar que a dicha categoría de contratos la caracterizan las siguientes notas:

³²⁹ "Empresarios y sociedades", trad. esp. de OSSET, Madrid, s.f., pág. 140, recogido por CAPILLA, "La sociedad civil", cit. págs. 43 y s., nota 35, quien además pone de relieve que la consideración de la sociedad como contrato plurilateral por el legislador italiano se encuentra relacionada con el carácter sinalagmático de tal tipo de contratos. Carácter que tiene el de comunicación de bienes, como dejé establecido en el capítulo 5 apartado F.

a) La nulidad que afecta sólo al vínculo de una de las partes, no lleva consigo la nulidad del contrato entero (art. 1.420).

b) De modo análogo, cuando la participación de uno de los contratantes sea anulable por vicio del consentimiento, o por incapacidad, puede producirse sólo la anulación de la participación viciada, pero no de todo el contrato (art. 1.446).

c) El incumplimiento por una de las partes no da derecho a las otras para no cumplir a su vez, o para pedir la resolución del contrato, sino sólo a excluir de la relación jurídica a quien no cumplió lo prometido (art. 1.459).

d) El que la prestación de una de las partes sea imposible no supone la rescisión del contrato respecto de las otras, sino sólo para esa parte cuya prestación se ha hecho imposible, deja de formar parte de la relación jurídica en cuestión (art. 1.487), debiendo añadirse (a la vista de los arts. 2.284) que ello será salvo que la prestación del contratante que deja de ser parte de la relación, sea considerada esencial para el negocio, como

también exponía líneas más atrás.

De lo anterior se deduce, como consecuencia práctica para el tema abordado, que en el contrato de comunicación de bienes no procederá la *exceptio non adimpleti contractus* ni la compensación de la mora, ni la resolución total del contrato prevista en el art. 1.124: el incumplimiento del deber de comunicar el bien comprometido por uno de los contratantes, dará lugar a la resolución parcial del contrato respecto del incumplidor. Y para lograrlo, por analogía de lo establecido en la S. T.S. de 28 de febrero de 1.980, por ser ya los demás copropietarios de las cosas que sí han comunicado, se necesitará la unanimidad de su actuación en este sentido.

Si el incumplimiento (aunque lo sea cualificado con tratamiento específico, así debe calificársele³³⁰) es consecuencia de la evicción o de los vicios, a diferencia de lo que ocurre en el de la cosa comprada, que en ningún caso produce la resolución, en la comunicación (como resulta de aplicar unas consideraciones del citado ROCA SASTRE)

330 ESPIN, D. "Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción", Rev. D. Privado, 1.966, págs. 9 y ss.

la evicción total del bien comunicado puede provocar la resolución del contrato de comunicación de bienes en lo que respecta al comunicante de lo que debe sanearse.

La razón de esto, se encuentra en que el carácter de intercambio inmediato que supone la compraventa, permite resolver la situación definitivamente con la correspondiente indemnización. En la comunicación, por el contrario como se crea una situación en la que el bien pasa a titularidad compartida que permanecerá durante un cierto tiempo, puede no serle indiferente a los comuneros la pérdida del bien comunicado por uno de ellos, como sería en el caso de que se constituya la comunidad al atender los otros a la presencia en ella de ese determinado bien, con el alcance causal que esto tiene y que provocará la resolución del contrato que sin tal bien como objeto no se hubiera celebrado. Es, como añade el mismo autor, la misma actuación que despliega la causa tratándose de la evicción en la partición hereditaria, que asimismo impone la ley.

c) En cuanto a la posición de los terceros

en los supuestos de comunicación de un bien sobre el que puedan tener un determinado derecho o expectativa, interesa contemplar algunos casos:

a') ¿Provoca el juego de los derechos de adquisición preferente?

Tiene interés establecer si la comunicación de un determinado bien, realizada por virtud de este contrato, da lugar, o no, al desarrollo de los derechos de adquisición preferente; en otras palabras, si el acto de poner en comunidad puede considerarse como una transferencia de las que dan lugar a que el titular de uno de esos derechos exija la adquisición que el mismo implica.

Teniendo presente que la finalidad perseguida al concederse tales derechos por la ley, es preferir al titular del mismo cuando la cosa sobre la que recae deja de pertenecer al que realiza la transmisión pocas dudas puede ofrecer que no siendo éste el caso de la comunicación de bienes (pues aunque reducida su titularidad, no lo ha traspasado íntegramente, sino que sigue bajo ella, con la titularidad modificada), su realización no dará lugar

al ejercicio de aquel derecho.

Un argumento más, si fuera preciso, a favor de la negativa a considerar que la comunicación de bienes tiene valor de enajenación a los efectos del ejercicio de los derechos de adquisición preferente, es que dicho acto de comunicación implica, en substancia, una simple alteración del modo de ser explotados determinados bienes que forman parte de un patrimonio, que de ser explotados individualmente pasan a ser explotados en común por varios sujetos, incluido en ellos el anterior titular: éste, aparte de no desvincularse absolutamente de los mismos, continua explotándolos, aunque sea de modo diferente; pero no puede decirse que abdique de su poder sobre tales bienes, lo cual es el supuesto de hecho básico que da entrada al juego de los derechos de adquisición preferente, sin el debido respaldo legal, podría implicar un cercenamiento de la libertad de iniciativa económica de los particulares, sin base que lo justificara.

Estas consideraciones, realizadas por
CAPILLA con referencia a la aportación de bienes de

una sociedad ³³¹, con mayor motivo serán de aplicación al supuesto de la comunicación de bienes, en la que ni siquiera llega a existir personalidad a la que pueda pensarse que se realiza la transmisión.

b') En relación con los terceros propietarios de bienes cuyo arrendamiento haya sido objeto de comunicación, es de interés determinar el alcance que tiene esta operación jurídica; y es de interés, por un lado porque en muchas de las comunidades que modernamente se constituyen convencionalmente, uno de los bienes que van a formar parte de las mismas es un derecho de arrendamiento, y de otro por las consecuencias que tal circunstancia pueda producir en la relación arrendaticia comunicada ³³².

Considero que el punto de partida para resolver esta cuestión, se encuentra en el

³³¹ "Comentarios..", cit., págs. 208 y s.

³³² Este es un tema tratado por la jurisprudencia y la doctrina en lo referente a la aportación a sociedades; y aunque entre ésta y la comunicación se dan claras diferencias que resultan de los expuestos en este trabajo (y en la materia ahora contemplada, la muy importante que tiene por base la presencia de la personalidad jurídica de la sociedad), no obstante hay planteamientos que son procedentes tanto para una como para la otra institución.

significado que tiene la comunicación del arrendamiento en cuanto a la posición el mismo del que venía siendo titular exclusivo: si sigue, o no, formando parte de la relación arrendaticia.

Podemos decir sobre este particular que, a semejanza de lo que se defiende por la jurisprudencia y la doctrina para la aportación de una sociedad³³³, no hay traspaso ni cesión del derecho arrendaticio, pese a lo que pueda haber afirmado *-obiter dicta-* la S.T.S. de 7 de octubre de 1.976, porque no se transfiere el íntegro contenido de su condición de arrendatario; circunstancia que es patente en la comunicación del bien. Pero también es evidente que la relación resulta modificada, en cuanto ya no es uno sino son varios los titulares del derecho arrendaticio. Ante ello, creo puede entenderse que por haber puesta en común de algunas de las facultades que le corresponden en cuanto arrendatario, o cesión del arrendamiento en uso, será aplicable al caso el régimen previsto para el subarriendo, tal como para caso análogo ha defendido

³³³ Vid. LOPEZ JACOISTE, "El arrendamiento como aportación del socio", 2ª ed., Pamplona; 1.963, págs. 180 y ss. con cita de sentencias.

CAPILLA ³³⁴ en base a la consideración de que la alteración subjetiva relevante desde el punto de vista arrendaticio es la admisión de los comuneros (en este caso) a la utilización del inmueble arrendado que se comunica.

La importancia de considerarlo así, como pone de relieve este mismo autor, tratándose de locales de negocio, estaría en requerir la autorización "expresa y escrita" del arrendador, para no incurrir en la segunda causa de resolución del arrendamiento (art. 114 L.A.U.). Y tratándose de fincas rústicas no será posible llevar a cabo la comunicación, pues son nulos los subarriendos o las cesiones totales o parciales de los derechos del arrendatario, aparte de ser causa de desahucio, sin que puedan ser convalidados por el consentimiento del arrendador (art. 70 L.A.R.); todo ello con las excepciones previstas en el art. 71 de la misma, que por las situaciones a que se refieren es muy posible se presenten en supuestos de comunicación de bienes.

c') Otra cuestión que se ha planteado a

³³⁴ "Comentarios...", cit., págs. 210 y ss., en las que matiza la automática aplicación de esta fórmula.

propósito de la comunicación de los bienes objeto de la comunidad, es la relativa al juego que pueda tener en la misma la acción pauliana.

El punto del que se ha de partir, es el referente a las condiciones exigibles para que tal acción pueda prosperar; de entre ellas, hay unas que no tienen especialidad en el supuesto planteado, por lo que no merecen especial atención: así, todo lo relativo al crédito perjudicado, al fraude, o al perjuicio de los acreedores. En cambio, sí la merecen los que se refieren al tipo de acto que va a producir el perjuicio, y a la subsidiariedad.

Por lo que respecta al primero de ellos, recuerda MORENO QUESADA, B.³³⁵, la amplitud con que han de entenderse los actos o negocios de contenido patrimonial en cuya virtud se produzca el menoscabo económico que trata de ser remediado, dejándolo sin efecto por consecuencia del ejercicio de esta acción: y cita los actos de enajenación directa, los de gravamen, las renunciaciones, el otorgamiento de un contrato de arrendamiento demasiado beneficioso para

³³⁵ "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", de EDERSA, XVII-2º, págs. 102 y s.

el arrendatario, y la aportación a una sociedad, supuesto este último, del que se ocupó la sentencia T.S. de 9 de febrero de 1.961.

Y tratando precisamente de la aportación social, ROCA SASTRE (aunque la configura como un acto de comunicación), había defendido esta misma tesis³³⁶ argumentando que si la acción pauliana sólo fuera aplicable a las enajenaciones onerosas o lucrativas otorgadas por un deudor agobiado de deudas, "indudablemente no cabría aquélla tratándose de la aportación social, por implicar acto de comunicación y no enajenativo"; pero que procediendo tal acción contra todos los actos que transformen una cosa fácilmente perseguible en otra escamoteable a la acción de los acreedores defraudados, indudablemente cabe tal acción tratándose de aportaciones sociales".

Frente a esta posición, y aplicándolo directamente al contrato de comunicación de bienes, SANCHEZ DE VELASCO considera³³⁷ que la misma sólo puede sostenerse cuando se trata de aportaciones a

³³⁶ "Naturaleza jurídica de la aportación social", cit., págs 477 y s.

³³⁷ "Problemas en torno a la agrupación de fincas..", cit., pág. 277.

sociedades, cuyo acto equipara ROCA SASTRE a lo que llama comunicación de bienes, pero no la considera sostenible "cuando se trata de constitución de condominio por acto voluntario".

Y la razón que encuentra para ello, es que no procede la acción pauliana no por el carácter transmisorio o no del negocio ni de su ausencia de onerosidad..."sino porque no se dan los presupuestos necesarios para su aplicación, que es la subsidiariedad".

Efectivamente, este segundo aspecto es fundamental para resolver la cuestión planteada, ya que la acción de rescisión es subsidiaria, y no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio; lo que, entre otros sentidos que recuerda MORENO QUESADA, B,³³⁸ tiene el de requisito legal de la misma, lo que reiteran además de las sentencias del T.S. citadas por él, las más recientes de 15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1.986, y 14 de octubre y 17 de noviembre de 1.987.

338 "Comentarios...", cit, págs. 144 y ss.

Pues bien este requisito no se da en el supuesto de comunicación de bienes, en el que como observa el citado SANCHEZ DE VELASCO, dirigiéndose la acción a poner los bienes en poder del deudor para su fácil persecución, en él no procede porque los bienes, parcialmente sustitutos de los primitivos y subrogados en lugar de ellos, siguen estándolo, bajo su nueva titularidad. Porque, en efecto, lo que antes era una completa titularidad sobre un determinado bien, ahora es una parcial sobre un conjunto de ellos, que está, lo mismo, a disposición de los acreedores; y, además, entre una y otra debe existir una cierta equivalencia, según exponía páginas más atrás. La acción pauliana, pues, no procede por innecesaria.

B) La permanencia en la comunidad creada.

El importante aspecto de la divisibilidad de la comunidad constituida convencionalmente, aunque parezca atinente a ella, y lo sea, más que al contrato que la constituye, a éste también lo es, razón por la cual he considerado oportuno estudiarlo

como uno de los contenidos del mismo ³³⁹. Y ello , aunque no fuera por otra razón que ser, la incidencia en , aquel aspecto, una de las causas que suelen aducirse para justificar esta forma de crear comunidades, y que lo sería aún más si se admitiera el carácter dispositivo del art. 400 C. c. ³⁴⁰.

a) En principio, cabe (y así lo he defendido, como supuesto teórico, en el cap. 2, sub A), de esta parte tercera) la celebración de un contrato de comunicación de bienes en el que nada se diga acerca de la duración de la comunidad que con él se constituye: no habría obstáculo para ello, en

³³⁹ El tratamiento del mismo, que podría tener diversas sedes, en diferentes apartados del estudio de este contrato, me ha parecido conveniente incluirlo aquí. Podía haber tratado del tema como configurador de clases distintas del contrato, entre otras posibles clasificaciones; pero como las otras se han desarrollado sin necesidad de crear un capítulo con la rúbrica "clases", no encontré justificado hacerlo para sólo el tema de "contratos de duración determinada y de duración indeterminada". También podría haberlo tratado con los efectos, como mediato, por ser un aspecto de la comunidad creada, que allí se estudia: pero he pretendido que el resultado, la comunidad, no borre la causa, el contrato, que es el objeto de este trabajo.

³⁴⁰ Parece considerarlo así TORRES LANA, "Comentarios", cit., pág. 265, en que refiriéndose al convenio o pacto entre comuneros sólo como "fuente primera del régimen de la comunidad", defiende "la naturaleza eminentemente dispositiva de las normas que integran el título (III del libro II C.c.), prestas a admitir el juego contrario de la autonomía, incluso en puntos tan delicados como la prohibición de división o pacto de indivisión, que atenta, en principio, contra un sagrado principio de la cotitularidad, el reconocido en el art. 400".

cuanto la comunidad creada quedaría sometido, por falta de la regulación convencional a que se refiere el art. 392-2, a lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 400, de libertad de dejarlo sin efecto (en cuanto a la comunidad creada), mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*; y esto, aunque difícil de darse en la práctica, no supondría un contrasentido (como entiende MIQUEL), de la misma forma que no lo es la posibilidad de contratos en los que juega el desistimiento unilateral *ad libitum* ³⁴¹

No obstante esta posibilidad teórica, lo normal es que uno de los puntos que se regulan en este contrato de comunicación de bienes, sea precisamente el de la duración de la comunidad que se constituye; duración que implica la obligación de los contratantes de permanecer en ella por el tiempo que se haya pactado y que, por encontrarse en el ámbito de disponibilidad que se reserva a las partes en la materia, pueda haberse acordado validamente.

Como decía antes, el de estabilidad, mayor o menor, de la comunidad creada, es un aspecto

³⁴¹ Vid. RODRIGUEZ MARIN, C. "El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato", Madrid, 1.991, esp. págs. 228 y ss.

importante en las comunidades convencionales. Evidentemente, en las incidentales resultaría injustificada la imposición por el legislador, aunque fuera minimamente, de la permanencia en la comunidad: es siempre forzado el establecimiento legal de una comunidad de intereses entre personas que no la han querido, y resultaría arbitrario mantenerla entre esas personas que en la misma han sido incluidas por efecto de circunstancias a las que su voluntad ha sido extraña, al menos en cuanto a su determinación; para tales situaciones, resulta lógico el principio de divisibilidad a ultranza que se consagra en el art. 400, párrafo 1º. En cambio, la aparición de la voluntariedad en tales comunidades (a través del pacto), justifica la indivisibilidad, que por ello se admite en el párrafo 2º de este mismo precepto³⁴²; aunque al operar sobre una situación previamente forzada, una comunidad incidental, justifica, a su vez, la limitación que a la libertad de pacto se recoge en esta misma disposición. Pero, debe haber,

³⁴² CUNHA GONÇALVES, L., en su "Tratado de Direito civil em Comentario ao Código civil português", vol. XI, Coimbra, 1.936, pág. 271, propone una interpretación interesante del art. 2.185 del Código anterior, igual al 400-2º del nuestro, en el sentido de que el acuerdo expreso previsto en el mismo, no es necesario para mantener la indivisión, sino solamente para que la división de la cosa común no pueda ser exigida en cualquier momento, de acuerdo con lo que decía el art. 2.180, nuestro 400-1º.

lógicamente, mayor libertad cuando es la voluntad libre la que ha constituido la comunidad; en otros términos, que el 400, 2º debería ser aplicable sólo a las comunidades incidentales.

Y esto es porque en las demás, comunidades no sufridas sino queridas, que nacen de una situación que los comuneros han propiciado conjuntamente, de salida, tienen ya un cierto grado de estabilidad.

b) Esta cuestión se la planteaba LAURENT³⁴³ que al preguntarse si el art. 815 del Code era aplicable a todos los supuestos de indivisión, afirmaba que no, cuando se tratara de indivisiones resultantes de convenciones libremente celebradas, en las que la finalidad perseguida se frustraba con la división inmediata; cita una sentencia del Tribunal de Colmar en este sentido, y añade que para la resolución que basada en ello denegó la aplicación del art. 815, "había otro motivo que es perentorio: que la indivisión era voluntaria, tenía una finalidad que excluía la demanda de división".

³⁴³ "Principes de Droit civil français", t. X, 2ª ed. Bruxelles, 1.876, págs. 264 y ss. en los que, ha de reconocerse, utiliza argumentos obtenidos de la sociedad.

Desde primeros del siglo actual, se venía extendiendo esta ampliación de la indivisibilidad de las comunidades por voluntad expresa o tácita de las partes, al estilo de nuestro art. 400-2, a otros supuestos en que es la ley quien toma la iniciativa de prolongar la indivisión, de manera forzada para los comuneros, como consecuencia de razones de interés más general: así, las explotaciones agrícolas constitutivas de una unidad económica, las de locales de vivienda o uso profesional, o las de objetos muebles que sirven para el ejercicio de una profesión, son toda una serie de supuestos en que al fallecimiento de uno de los comuneros se impone la continuación de la comunidad.

También con carácter más general, la jurisprudencia y algunos autores franceses (antes de la ley de 1.976, esto es con un art. 815 de su C.c. análogo al 400 nuestro), en los casos en que las comunidades creadas convencionalmente tuvieran un fin determinado, las consideraban como una "société d'indivision", es decir como una asociación sin personalidad jurídica y frecuentemente desprovista de fin lucrativo, que escapaba a la aplicación del art. 815 C. c.

Ante esta circunstancia, RAETEMAN ³⁴⁴ que proporciona datos jurisprudenciales y bibliográficos sobre el particular, estima que de hecho no hay ninguna necesidad de recurrir a una noción deformada de la sociedad para rehusar la partición de tales comunidades a fin determinado: distinguiéndose de las convenciones de indivisión temporal, las que persiguen únicamente mantener una comunidad existente, por las que se establece el art. 815, párrafo 1º C.c., sino que *crean* la comunidad, no hay razón para aplicarles dicho precepto y, consecuentemente, no están limitadas en el tiempo por el plazo de cinco años, por ello también, los comuneros no pueden invocar tal precepto para solicitar la división en cualquier momento, por lo que su terminación sólo se produce por el acuerdo de todos los que la han hecho nacer, o cuando el fin propuesto se ha alcanzado o llegado a ser irrealizable.

También es significativo el hecho de que el 65º Congreso de Notarios de Francia, reunido en Saint Malo en 1.963, preconizara la posibilidad de

³⁴⁴ Nota sobre "Le statut juridique des immeubles acquis conjointement par deux époux séparés de biens", en la Rev. critique de Jurisprudence belge, págs. 202 y ss.

indivisión sin limitación previa de duración o, por lo menos, con un cierto grado de estabilidad.

Se señalaba como una de las ventajas que pueden atribuírsele a esta fórmula, la desaparición de las dificultades que tienen los comuneros a la hora de obtener préstamos sobre los bienes indivisos, en razón del efecto declarativo de la división, que reduce o deja sin efecto las garantías reales consentidas sobre un bien que, en la división, no llegue a corresponderle al deudor. Y otra, que permite hacer algunas previsiones a medio o largo plazo, desde el momento en que los divisionarios no pueden, en cualquier momento, provocar la división, o vender su parte a una persona extraña a la comunidad y, por su parte, los acreedores de cada uno de ellos pueden también provocar la división en nombre de su deudor; la duración prefijada, evitará que los comuneros puedan resultar víctimas de la imprudencia o de la prodigalidad de uno de ellos, como pusiera de relieve GEOFFREY ³⁴⁵ cuando la discusión parlamentaria de la Ley francesa de 31 de diciembre de 1.976, relativa a la organización de la

³⁴⁵ En su "Rapport" al Senado, sobre el proyecto modificado por la Asamblea Nacional, pág. 3.

indivisión.

c) Porque, en efecto, en esta Ley se planteó, y discutió vivamente, el tema de la divisibilidad; circunstancia muy significativa, en cuanto es la primera ocasión en que, legislativamente, se aborda el aspecto de la voluntariedad en las comunidades, a través de la reglamentación de las de carácter convencional. Las vicisitudes por las que atravesó la solución propuesta para este extremo concreto, justifican que le dediquemos atención.

En la Proposición de ley de E. DAILLY, con la que se inició el trámite parlamentario, por lo que respecta al tiempo de duración, se establecía que las convenciones de indivisión podían ser concluidas sin limitación de la misma, introduciendo textos muy próximos a los de los arts. 1.869 a 1.871 C.c. relativos a las sociedades, lo que permitía tener en cuenta la jurisprudencia relativa a los mismos; así,

- si la convención de indivisión era de duración ilimitada, la división podía ser provocada en cualquier momento, siempre que no lo fuera de mala

fe o intempestivamente;

- si era de duración limitada, la partición no podría provocarse antes del plazo fijado, más que por un motivo reconocido como serio y legítimo.

La Comisión del Senado, primera en examinar el texto, considerando que el deseo de asegurar la estabilidad de la indivisión no debía suponer sacrificio de los intereses de los divisionarios, precisó que la convención no podía ser concluida por una duración superior a diez años (ampliando así el plazo de cinco que venía establecido en el art. 815 C.c.), y que transcurridos estos, resultaba renovada por tácita reconducción por igual tiempo, salvo que hubiera sido denunciado con al menos seis meses de antelación. Y, por otro lado, que cuando se celebrara dicha convención por su representante legal en nombre de un menor, llegado éste a la mayoría de edad, podía ponerle fin, cualquiera que fuese el plazo pendiente.

La Comisión de la Asamblea (y , en definitiva, la Ley), de acuerdo con el *Rapport* ya citado de FOYER, traslada la sede del tratamiento del tema a continuación del tit. IX del Libro III (que se ocupa del contrato de sociedad), constituyendo con

los arts. que le dedica, el tit. IX bis "De las convenciones relativas al ejercicio de los derechos indivisos". Establece, a propósito del punto que estudiamos, que "la *duración* de la convención -más exactamente del mantenimiento convencional de la indivisión- puede, a conveniencia de los contratantes, ser determinada o indeterminada (art. 1.873-3), y que

- la duración determinada por la convención, no puede ser superior a cinco años (y si se establece, ha de entenderse reducido a éste plazo), pero es renovable por voluntad expresa de las partes. Estas pueden convenir por anticipado que la convención con duración determinada se prorrogará por tácita reconducción, por una duración determinada o indeterminada. En defecto de tal acuerdo, después de expirar la convención, el régimen establecido por la misma, será sustituido por el régimen primario que, como opuesto al convencional, establece la propia Ley.

Por otro lado, cuando la convención adopta esta forma, sus efectos no se extienden a las relaciones entre un comuneros y un tercero: éste,

puede demandar la realización de la promesa de venta que le haya hecho uno de los comuneros durante el plazo de indivisión³⁴⁶.

- en cuanto a la convención de indivisión con duración indeterminada, que no se autorizaba en el Code, discutiéndose por los intérpretes si en el caso de hacerse, sería válida, nula o simplemente reducible al término legal de los cinco años³⁴⁷, se acepta por la Ley en la redacción que da al art. 1.873-3, p.2 del Code, en el que se establece que cuando la convención no ha sido concluida por una duración determinada, cada indivisario conserva el derecho de practicar la división, pero a condición de que ello no sea de mala fe o intempestivamente. Se le atribuye, pues, un efecto menor que a la de duración determinada.

Otra importante innovación de la Ley, concierne a los efectos de la convención de

³⁴⁶ Vid. en NERSON, FAYARD Y BRETON, op. cit., pág. 33 la problemática relativa a los efectos de la convención de indivisión con duración determinada respecto a los acreedores personales de los indivisarios. En nuestro Derecho MIQUEL, "Comentarios..", cit., pág. 461, con bibliografía.

³⁴⁷ Como respectivamente defendían COLIN Y CAPITANT, AUBRY-LACANTINERIE Y WAHL, según cita de NERSON etc., op. y loc. cit..

indivisión relativos a su duración: establece que la estipulación de la indivisión convencional no excluye de forma absoluta la demanda de división antes del término convenido, aunque el juez podrá rechazarla si no concurren en la demanda justos motivos.

Y supone novedad, porque en Francia antes de 1.876, la convención de indivisión de una comunidad incidental vinculaba a las partes por toda su duración, en el sentido de que no podían desligarse de ella más que por acuerdo unánime. A partir de la Ley, ya no es así, pues en virtud de la tercera frase del art. 1.873-3, párrafo 1º, "la división no puede ser provocada antes del término, más que habiendo justos motivos para ello"; como ponen de relieve NERSON FAYARD Y BRETON, la convención de indivisión con duración determinada no opone a la división un obstáculo invencible: es suficiente para superarlo, que existan justos motivos para proceder a la división; la determinación de cuáles pueden ser éstos, corresponderá a los tribunales, lo que les concede un gran poder en este ámbito.

d) Y aunque éste no es exactamente el caso

que nos ocupa, debemos notar que en el Derecho español se han suscitado estas mismas cuestiones, a propósito del párrafo 2º del art. 400 C.c., que trata extensamente MIQUEL ³⁴⁸; creo que, *mutatis mutandi*, pueden adaptarse al supuesto de duración de la comunidad que se crea por el contrato de comunicación de bienes (como tantas otras que hemos visto de la Ley francesa).

Pero de todas formas, creo que el carácter convencional *ab origine* de la comunidad que se crea con el contrato que estudiamos, puede atribuir (por la misma razón que se la da el destino específico de la comunidad, como veíamos defendían LAURENT Y BAETEMAN, y ha aplicado entre nosotros el T.S. en sentencia de 12 de diciembre de 1.949) alguna especialidad a la cuestión de la indivisibilidad que resulta del mismo: ¿hasta el extremo de considerar como dispositiva la norma contenida en el párrafo 2º del art. 400? El hacerlo así, al aplicarlo a esta cuestión, no sería una novedad absoluta, por cuanto antes veíamos que TORRES LANA predica la naturaleza dispositiva de esta norma.

A mi entender, la cuestión no debe plantearse así, aunque pueda este hecho proporcionar un argumento sobre el tema: aquí se trata no tanto de establecer el alcance de una excepción establecida, como de ver si en el supuesto contemplado se da la excepción. Y en este sentido, la interpretación, a falta de un límite explícito o de argumento que lo justifique, debe ser contraria a su existencia; lo que significaría la admisibilidad de convenios válidos relativos a la duración de la comunidad que se constituye, cuya validez y alcance derivarían de las posibilidades que ofrece el contrato creador.

En este sentido cabe defender que puedan establecerse a través del mismo, comunidades por tiempo determinado, con los límites que supone la aplicación durante su vigencia, de la facultad de pedir la división si se da algún justo motivo, como defiende MIQUEL para el 400-2º, basándose en la analogía con lo dispuesto para el caso de la sociedad por el art. 1.707 C.c.; y comunidades por tiempo indeterminado, con determinación dejada al acuerdo de los comuneros, o la decisión de alguno o algunos de ellos supeditada, con más motivo que en el caso anterior, a la concurrencia de una causa considerada

justa por el Juez.

Con carácter orientativo, son de mucho interés las conclusiones que respecto a la disolución *ad nutum* de la sociedad civil, y la disolución de la misma por justo motivo, propone la Dra QUESADA GONZALEZ, M^a en su recién aparecida obra sobre el tema ³⁴⁹, donde contempla una variada problemática coincidente, en ciertos aspectos, con la aquí expuesta, debida a la razón que reiteradamente he tenido en cuenta a lo largo de este trabajo del carácter plurilateral del contrato de comunicación de bienes.

³⁴⁹ "Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un solo socio", Barcelona, 1.991

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El respeto a la autonomía individual, vigente tanto en los derechos reales como en los de obligación, impone la admisión de un contrato por el que las partes se comprometen a constituir una comunidad de bienes, como vía diferenciada para que llegue a existir ésta cuando los interesados así lo deseen.

SEGUNDA.- Este contrato, cuya esencia es la comunicación de bienes, resulta admitido expresamente por la mayoría de nuestra doctrina científica, decisiones jurisprudenciales y doctrina de la D.G.R.N., que dio lugar al párrafo 3º del art. 45 del R. hipotecario; así mismo lo está en la ley 370, 3 de la Compilación navarra. Y, en otros países, también se reconoce por la doctrina, la jurisprudencia y por disposiciones legislativas específicas.

TERCERA.- El contrato de comunicación de bienes, goza

de autonomía propia, teniendo como fin la constitución de una comunidad. Por esta razón, puede comprender (y de hecho, así será en la inmensa mayoría de los casos) la regulación del funcionamiento de la misma; pero puede suceder que no sea así, y en este caso la comunidad se regirá, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 392-2º C.c., por las normas del Título 3º del Libro II, previstas para reglamentar las comunidades (cualquiera que sea su origen puesto que no se distingue) en las que falten un contrato *regulador* o disposiciones especiales. Como también puede estar coligado a otro por virtud del cual se adquieran el bien o bienes que van a ser objeto de la comunidad.

CUARTA. - En virtud de este contrato, dos o más personas se obligan a poner bajo 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. La modalidad que se contempla en este trabajo, es la que distribuye en cuotas la titularidad común.

QUINTA.- El acto por el que se crea convencionalmente una comunidad de bienes tiene naturaleza de contrato plurilateral, con las diferencias que ello implica respecto al acto colectivo o al contrato simplemente bilateral. Tales diferencias se manifiestan, entre otras importantes aspectos, en la interdependencia de las obligaciones que surgen de él, y en que ésta no impide que la nulidad, el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de una de las partes afecte sólo al vínculo que le une al contrato, pero no a todo él; salvo que se trate de una prestación que se haya considerado esencial para la celebración del mismo.

SEXTA.- También en cuanto a su naturaleza, y la efecto que produce con la creación de la comunidad, el contrato de comunicación de bienes no supone ni transferencia ni simple declaración de derechos existentes sobre los mismos, sino modificación de los que se tenían sobre los bienes objeto de comunicación: lo que en el campo contractual, está previsto en el art. 1.280, nº 1º del Código civil. Circunstancia que, por otra parte, no impide que pueda asignársele carácter dispositivo

y de verdadera atribución patrimonial.

SEPTIMA.— Como contrato es, además, consensual, porque se perfecciona desde que las partes prestan su consentimiento. **Obligatorio**, u obligatorio, porque como efecto inmediato tiene sólo el de crear obligaciones (las de comunicar los bienes), **Oneroso**, en cuanto que el sacrificio que impone a cada parte (la comunicación de un bien), está compensado por el de los otros (que, a su vez, también comunican). **Principal**, toda vez que tiene autonomía por sí mismo, entidad diferenciada y justificadora. **Conmutativo**, porque la obligación de comunicar de cada una de las partes, tiene una contraprestación establecida desde el principio, que es la cuota que corresponderá a cada comunero. **Sinalagmático**, (de sinalagma genético), no obstante ser plurilateral, al darse en él las dos notas que caracterizan tal categoría: cada parte asume la obligación de comunicar contemplando la que van a realizar las otras (lo que corresponde al cambio de los bilaterales), y hay equivalencia entre ellas, por la necesidad de que las cuotas atribuidas estén en función de lo comunicado por cada parte. Y,

finalmente, es causal, lo que cabe no obstante su naturaleza de acto modificativo, en vista de que tiene una función económico-social reconocida que lo justifica; causa que el reconoció la D.G.R.N. en Res. de 16 de mayo de 1.979.

OCTAVA.- ES un contrato diferenciado del de sociedad, en primer y principal lugar, porque con él se pretende constituir una comunidad; está ausente, pues, la *affectio societatis*, elemento caracterizador del contrato de sociedad como sigue reconociendo nuestra jurisprudencia. Teniendo en cuenta, por lo que a ello respecta, lo que este elemento supone no sólo en cuanto al fin que se persigue (crear la sociedad para obtener ganancias partibles), sino el grado de organización que implica (con personalidad propia, salvo en la irregular), y los medios que la naturaleza de la figura exige (entre los que está un patrimonio separado).

NOVENA.- Además , la relación entre el elemento objetivo (los bienes) y el subjetivo (la actividad da prevalencia al primero en la comunidad,

y al segundo en la sociedad; por ello, se ha situado la causa de la comunidad en obtener ventajas de los bienes que se ponen en común, gozando de sus utilidades, mientras que en la sociedad se localiza en el ejercicio en común de la actividad económica realizado a través de un ente creado con este fin.

DECIMA.- No supone, el contrato de comunicación de bienes, una simple permuta de cuotas; el vínculo que uno y otro contrato crean es diferente: en el de permuta, hay una transmisión de derechos sobre los bienes objeto del contrato, derechos que terminan existiendo completamente autónomos, independientes, desligados unos de otros y de los patrimonios de los que salieron; en el de comunicación de bienes, resultan varios derechos que siendo en sí autónomos, independientes, terminan entrelazados en la titularidad común por la unidad de su objeto. No hay, pues, en la comunicación una transferencia de bienes, sino una modificación de derechos que, permaneciendo ligados al patrimonio en el que se encontraban, dejan de ser exclusivos para ser concurrentes con otros sobre los mismos objetos.

UNDECIMA.- El contrato de comunicación de bienes, es de creación de comunidad, por lo que también resulta diferenciado de todos aquellos que operan sobre una comunidad preexistente: tal es el caso de los que tienen por objeto reglamentar su funcionamiento, las circunstancias de su división o modificar su estructura (como puede ser en cuanto al número de los comuneros, o al objeto de la comunidad), e incluso su propia naturaleza, transformando la que era comunidad incidental en convencional; todos ellos son contratos sobre comunidades de bienes, pero no constitutivos de las mismas, que es la categoría estudiada en el presente trabajo.

DUODECIMA.- Pueden celebrar el contrato de comunicación de bienes tanto las personas jurídicas como las físicas que quieren convertirse en partes de la comunidad creada; y siendo un acto dispositivo y de atribución patrimonial, se requerirá la capacidad plena para celebrarlo eficazmente y, en consecuencia, el complemento de capacidad previsto en el art. 323 C.c. para cuando lo celebre un menor emancipado.

DECIMOTERCERA.- Respecto de los bienes que pueden ser objeto de este contrato, definiendo que pueden serlo uno o varios (sin necesidad de que sean homogéneos), y de cualquier clase, tanto real como personal, que les pertenezcan y sean disponibles por los comuneros en el momento de ejecutar la obligación de comunicarlos.

DECIMOCUARTA.- La precisa delimitación del contrato de comunicación de bienes respecto de las demás figuras contractuales, le reserva una función económico-social consistente en articular una situación de concurrencia de titularidades que, especificada dentro de los asociativos por la relevancia que tiene en ella el objeto común, a la vez implica su tipificación causal, que expresamente se reconoce en la Res. de la D.G.R.N. de 16 de mayo de 1.979.

DECIMOQUINTA.- No tiene este contrato más especialidades relativas a su forma, que las impuestas por la naturaleza del objeto y la posibilidad de su inscripción en el Registro de la

Propiedad; así como la necesidad indeclinable de que se detallen en el mismo los bienes que se comunican por cada parte, y las cuotas que a consecuencia, y en función de ello, se les reconocerán en la comunidad que se constituye. Aparte de que, *de lege ferenda*, sea defendible la procedencia de que este contrato de comunicación de bienes conste por escrito.

DECIMOSEXTA.- Como contrato consensual que es, el de comunicación de bienes requiere para que despliegue su eficacia creadora de la comunidad (y a consecuencia de ello, entren en juego las relaciones reales propias de la misma), que se realice la tradición adecuada a la clase de bienes que se comunican.

DECIMOSEPTIMA.- Como efectos de la comunicación que se realiza en virtud del contrato de comunicación de bienes, procederá el saneamiento de la cosa comunicada; y, además que, en razón de su carácter plurilateral, la nulidad o incumplimiento que pueda producirse, cuando afecte sólo al vínculo de una de las partes, dará lugar únicamente a la

resolución parcial del contrato, respecto de esa parte.

DECIMOCTAVA.- Considero que la comunicación de un bien por virtud de este contrato, respecto de terceros:

1. No dará lugar al juego de los derechos de adquisición preferente, salvo que así se hubiese estipulado de forma expresa.

2. Tratándose de un local arrendado, necesitará la autorización expresa y escrita del arrendador para no incurrir en causa de resolución. Y si es finca rústica, no será posible llevarla a cabo, salvo las excepciones contempladas por la LAR (arts. 70 y 71 respectivamente).

3. No procederá el ejercicio de la acción revocatoria, remedio subsidiario, porque la cuota atribuida en la comunidad responderá primero.

DECIMONOVENA.- El contrato de comunicación de bienes, y ésta es una de sus justificaciones, produce una cierta obligación de permanecer en la comunidad que crea:

1. Si nada se dice sobre el particular, rige el art. 400, 1º C.c., de acuerdo con lo dispuesto en el 392-2º, siempre que no se utilice abusiva o intempestivamente el recurso a la divisibilidad en él reconocido.

2. Si se fija duración, ésta vincula a las partes. No juega, pues, el art. 400 en ninguno de sus dos apartados, que tiene justificación y por ello se dictó, en las comunidades incidentales; no así en las convencionales, en que su propia naturaleza lo excluye. Ello, salvo la existencia de un justo motivo que, a juicio del Juez, legitime la división anticipada.

CONCLUSION DE CONCLUSIONES: Se justifica y configura un contrato **diferenciado**, cuya función económico-social es la creación de comunidades.

Todas estas conclusiones, encuentran su fundamento y están avaladas por los detallados argumentos que, sobre cada una de las mismas, se contienen a lo largo de las páginas que a ello se dedican en esta Tesis.

BIBLIOGRAFIA

AIELLO, GIACOBBE Y CARAMAZZA, en "Comunione, possesso e azioni di nunciazione, art. 1.100- 1.171".

ALBALADEJO, M.:

- "Derecho civil", I-2º, 11ªed., Barcelona, 1.991.

- "Derecho civil", II-2º, 8ª ed. Barcelona, 1.989.

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

- "Derecho.Civil", II-1º, 8ª ed., Barcelona, 1.989.

ALBIEZ DOHRMAN, J.:

- "La aparcería industrial", de inmediata aparición en BOSCH, Barcelona.

- "Las agrupaciones societarias y no societarias de las profesiones liberales", en Libro Homenaje al Prof. LACRUZ BERDEJO, de próxima aparición

ALMEIDA COSTA, M.J., "Noções de Direito civil", 2ª ed. remodelada. Coimbra, 1.984

ALONSO PEREZ, M., "Sobre la esencia del contrato bilateral", Salamanca, 1.967.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., "Curso de Derechos reales. I. Propiedad y posesión", Madrid, 1.986.

ALLARA, M., "Vicende del rapporto giurídico, fattispecie, fatti giurídici", Torino, 1952.

ANTUNES VARELA, J.M., junto con PIRES DE LIMA, en el comentario a los arts. 1.403 y 1.404, "Código civil Anotado", vol.III, 2ª ed. revisada M. HENRIQUE MESQUITA, Coimbra, 1.984.

ARIAS RAMOS, J., "Los origenes del contrato de sociedad: societas y consortium", Rev. Der. Privado, 1.942.

- ASCARELLI, T., "Studi in tema di società. Principi e problemi delle società anonime", Milano, 1.952.
- ATTIAS, CH.:
- "Droit civil. Les biens". 1, Paris s.f. (de 1.980).
- "Una convention au pays de l'indivision non conventionnelle", semaine juridique, 1.979, II.
- AUBRY Y RAU, "Cours de Droit civil français", t.II, 4^a ed., Paris, 1.869, & 221 bis,
- AULETTA, J., "Il contratto di società commerciale", Milano, 1.937.
- BAETEMAN, G., "L'etatut juridique des bienes acquis conjointement par les epoux", Rev. Crit. de Jurisprudence. Belge, 1.972.
- BARASSI, L., "Proprietá e Comproprietá", Milano, 1.951.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., "Precis de Droit civil" 13a ed., por GUYOT, P. Tomo I, París 1.922, nº 1395.
- BAYOD PALLARES, R.G., "La personalidad jurídica de las sociedades civiles: su importancia tras la modificación del art. del I.R.P.F.", en Gaceta Fiscal nº 54 (1.989).
- BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO, J., "La comunidad de bienes en el Derecho español", Madrid, 1.954.
- BIANCHI:
- "Della comunione dei beni", vol. I, Torino, 1.884.
- "Corso di Codice civile italiano", IX, 3.
- BLANQUER UBEROS, R., "La unificación subjetiva" en Rev. Derecho Notarial, 1.978 (nº 101-102).
- BONELLI, G., "I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciale", Riv. Dir. Commerciale, 1.903, I.
- BONET, RAMON F., Comentario a la Sentencia del T.S. de 15 de Octubre de 1.940, en la Rev. Der. Privado, año

1.941.

BRANCA, G., "Comunione" en el "Comentario del Codice Civile" que dirigió con SCIALOJA, Libro III, "Della proprietà", Bologna y Roma, 1.954.

BROSETTI, M., "Manual de Derecho mercantil", 7ª ed. Madrid 1.990.

CAMY, B.:

- "Comentarios a la legislación hipotecaria", IV, Pamplona, 1.971.

- "Comentarios a la legislación hipotecaria" I, Granada, 1.969.

CAPILLA RONCERO, F.,

- "Comentarios al Código civil de Edersa, dirigidos por ALBALADEJO, t.XXI, vol.Iª, Madrid, 1.986.

- "La sociedad civil", Bolonia, 1.984.

CAPORALI, "Contratto di società" .

CARDAHI, CH., "La copropriété. ses divers aspects. Les problèmes qu'elle souleve". Con el subtítulo que indica ser un Estudio histórico, crítico del Derecho musulmán comparado con las legislaciones modernas", Paris 1.931.

CARIOTA FERRARA, L., "El negocio jurídico", trad. esp. Barcelona, 1.956.

CARLO, A., "Il contratto plurilaterale associativo", Napoli 1.967.

CARNELUTTI, F., "Personalité giuridica ad autonomia patrimoniale nella società e nella comunione", en Riv. Trim. Dir. Proc., Civ., 1.943, I.

CARRETERO, T., "Comentarios a las Resoluciones de la D.G. de los R. y N. publicados en la "Rev. Cr. de Der. Inmobiliario", durante los años 1.969 a 1.982, Madrid, 1.987.

CARUSI, F., "Osservazioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione", en la Riv. Dir. Commerciale, 1.948, I.

CASSO Y ROMERO, I., "La *communio incidens*" y sus repercusiones en la práctica notarial" en el Curso de Conferencias del I. Colegio Notarial de Valencia, 1.945.

CASTAÑ TOBEÑAS, J.:

- "Código civil comentado" de MUCIUS SCAEVOLA, Q., t.XXV, parte 1ª, 1ª ed., Madrid, 1933.

- "Derecho civil español, común y foral", I-2º, 13ª ed., revis. por DE LOS MOZOS, Madrid, 1.982.

- "Derecho civil español, común y foral", II-1º, 13ª ed., revis. y actualizada por GARCIA CANTERO, Madrid, 1.987.

CAPINELLA SCHIFANI, G., Voz "Comunione" en el vol. VII, parte 3ª, de "Il Digesto Italiano", Torino 1.896-1.899

CERRILLO QUILES, F., "Comunidad", voz en la Nueva Enciclopedia Jurídica, vol.IV, Barcelona, 1.981.

CLARO SOLAR, M., "Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado", IV, De los bienes, Parte I, nos 375 y 376.

CLEMENTE DE DIEGO, F., "Curso elemental de Derecho civil", vol.V, Madrid, 1.926.

COLIN Y CAPITANT, AUBREY-LACANTINERIE Y WAHL, según cita de NERSON etc., op. y loc. cit..

COSTI, R., "Società in generale, Società di persone, Associazione in partecipazione" e Rassegna sistematica digiurisprudenza civile e commerciale, dirigida por RIGIAMI, Torino, 1.967.

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

CUNHA GONÇALVES, L.:

- "Tratado de Direito civil em Comentario ao Código civil português", vol. XI, Coimbra, 1.936.

- "Da propriedade e da posse", Lisboa, 1.952.

CHEVALIER, "L'effet déclaratif de la transaction et du partage" cit. por MARTIN LOPEZ, en Rev. Der. Privado,

1.936.

DAGOT, M., "L'indivision. Loi du 31 décembre 1.976",
Paris 1.978.

DARMATELLO, A., "Società e sinalagma", Riv. Diritto
Civile 1.937.

DE SIMONE, G., "Il contratto con prestazione
corrispettive", Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile,
1.948.

DEIANA, C., "Concetto e natura giurídica del contratto
di divisione". Rivista di Diritto Civile, XXX, 1.939.

DELHAY, F., "La nature juridique de l'indivision"
.Contribution a l'étude des rapports de la notion
d'indivision con les notions de société civile et de
personalité morale", Paris, 1.968.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A., "Sistema de Derecho
civil", III, 5ª ed., Madrid, 1.990.

DIEZ-PICAZO, L.:

- "Autonomía privada y derechos reales", en
Estudios en homenaje a ROCA SASTRE, vol. II,
Madrid, 1.976.

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

DOMAT, J., "Les lois civiles dans leur ordre naturel",
Paris, 1.777.

DONDERIS-TATAY, L., "La copropiedad. Teorías. Derecho
español" 1ª ed., Madrid, 1.933.

DORAL, J. A., "Comentarios al Código civil" de EDERSA,
dir. ALBALADEJO, t.VII, vol.1º, Madrid, 1.980.

DOSSATTO, M., "Comunione", voz en Novissimo Digesto
italiano, VII, Torino, 1.957.

DURANTON, M., "Cours de Droit civil", vol. XXVIII,
Paris, 1.832.

ECHEVARRIA ECHEVARRIA, S., "La comunicación ganancial",
Conferencia en el Volumen "Academia Sevillana del
Notariado", Madrid, 1.988.

- ESPIN CANOVAS, D.:
 - "Manual de Derecho civil español", vol.II, 7ª ed., Madrid, 1.985.
 - "Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral", en el Homenaje a PEREZ SERRANO, vol. I, Madrid, 1.959.
 - "Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción", Rev. D. Privado, 1.966.
- FARENGA, L. "I contratti para sociali", Milano 1.987.
- FEDELE, A., "La comunione", vol.III- 5º del Trattato de GROSSO Y SANTORO-PASARELLI, Milano, 1.967.
- FERRARA, Jr., "Empresarios y sociedades" trad. esp. de F.J. OSSET, Madrid, s.f..
- FERRI, G., "Della trascrizione immobiliare" en el Comentario al Código Civil de SCIALOJA y BRANCA, Bologna-Roma, 1.962
- FORNARI, "Della comunione dei beni. Commento al titolo IV, libro II del C.c.", Napoli, 1.881.
- FOYER, J., "Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la legislation el de l'administration generale de la Republique, sur la Proposition de loi adopté par le Senat relative a l'organisation de l'indivision". Anexo a la sesión de 30 de abril de 1.975.
- FRAGALI, M., "La comunione", t.I vol. XIII- 1º del Trattato de CICU-MESSINEO, Milano, 1.973.
- GALGANO, F., "Le società di persone", Milano, 1.972.
- GARCIA GRANERO, J., "Titularidad y comunidad", Rev. Crit. Der. Inmobiliario, 1.946.
- GEOFFREY, J., "Rapport" al Senado, sobre el proyecto de Ley de indivisión ,modificado por la Asamblea Nacional francesa.
- CO, P., "Le società nel sistema legislativo italiano.Liniamenti generali", Torino, 1.959.
- GUARINO, A., Voz "Comunione (Diritto civile)" en la Enciclopedia del Diritto, vol. VIII, Torino, 1.961.

- GULLON BALLESTEROS, A., "Curso de Derecho civil: Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual", Madrid, 1ª ed. reimpr., 1.972,
- HENRIQUES MESQUITA, M., "Direitos reais". Sumarios das licoes em Curso 1.966-67, Coimbra, 1.967.
- JORDANO BAREA, J., "Comunidad y sociedad en la explotación agraria", A.A.M.N., XVIII, Madrid, 1.974.
- JOSSERAND, L., "Derecho civil", Revisado por BRUN, traducción al español, t.II, vol 1º, Teoría general de las obligaciones, Buenos Aires, 1.950.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., "Elementos de Derecho civil", t.III, vol.2º, 2ª ed., Barcelona, 1.989.
- LACRUZ J.L. y RIVERO F., "Elementos de Derecho civil", II, 2º, 2ª ed. BARCELONA 1.987.
- LARROUMET, CH., "Droit civil. Les biens. Droits réels principau", t.II, Paris, 1.985.
- LATOUR BROTONS, J., "La ocupación", en Rev. Der. Privado, 1.957.
- LAURENT, F., "Principes de Droit civil français", t.X, 2ª ed., Bruxelles, 1.876.
- LEBRET, J., "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.
- LETE DEL RIO, J. M.:
 - "Derecho de la persona ", Madrid 1.986.
 - "Comentarios al Código civil" de Edersa, dirigido por ALBALADEJO, t.IV, Madrid, 1.985.
- LOIS ESTEVEZ, "La distinción de condominio y sociedad" en la Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia, t. 181 (1.947).
- LOPEZ DE ZAVALIA, F. J., "Teoría de los contratos. Parte general", Buenos Aires, 1.971.
- LOPEZ FRIAS, A., "Los contratos coligados", tesis que

actualmente elabora.

LOPEZ JACOISTE, J.J., "El arrendamiento como aportación del socio", 2ª ed., Pamplona, 1.963.

LUCAS. F., "Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española", Murcia, 1.966.

LUZZATTO, R., "La comproprietà nel diritto italiano", Milano, Torino y Roma, 1.908.

MANRESA NAVARRO, J.M., "Comentarios al Código civil español", t.III, 7ª ed. revisada y puesta al día por CALVILLO, Madrid, 1.952.

MARIN LAZARO, R., "Sociedad y comunidad", en la Rev. Der. Privado, 1.942.

MARTIN LOPEZ, J., "Carácter y efectos de la partición de herencia" en Rev. Der. Privado, 1.936.

MARTINEZ HORNERO, F. J., "Las sociedades civiles, su tributación por impuestos directos", Gaceta Fiscal, nº 53- (1.988).

MARTINEZ SANTONJA, J., "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 1950, 3ª ed. corregida y ampliada, con nota preliminar de LA RICA Y ARENAL, R., Madrid s/f.

MERING HERNANDEZ, J.L., "El contrato de permuta", Madrid, 1978,

MESSINEO, F., "Dottrina generale del contratto", (art. 1.321- 1.469 Cod. Civ.), 2ª ed., Milano, 1.946.

MIQUEL GONZALEZ J.M.:

- "Comentarios al Código civil " de Edersa, dir. por ALBALADEJO, t.V, vol. 2º, Madrid, 1.985.

- "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual" Tecnos, dir. BERKOVITZ, Madrid, 1.989.

MONET y ANTON, F., "Problemas de técnica notarial ante la nueva ley de propiedad horizontal", en Estudios de

- Derecho Notarial, vol I, Madrid 1.962.
- MORA ALARCON, J.A., "La comunidad de bienes", Madrid, 1.991.
- MORELLO, U., "Multipropietá e autonomia privada", Milano
- MORENO QUEZADA, B.:
- "Comentario" al art. 521, II, 2, en los que publica el Ministerio de Justicia, de inminente aparición.
 - "La categoría de los derechos patrimoniales", Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia, t. LIV, 1.967
 - "La naturaleza jurídica de la comunidad contractual", Revista de la Facultad de Derecho de Granada, nº 10, vol.II del Homenaje al Prof. MIGUEL MOTOS GUIRAO. Granada, 1.986.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., "Código civil comentado", t. VII, en su 4ª ed. revisada y puesta al día por ORTEGA LORCA, Madrid, 1.944.
- MUÑOZ DE DIOS, G., "Aportación de solar y construcción en comunidad", Madrid, 1.987.
- MUÑOZ XANCO, J., "El condominio español en su aspecto distintivo de la sociedad", Rev. Der. Priv., 1.985
- NERSON, R., FAYARD M.C., Y BRETON, A., "Indivisión", en Dalloz Droit civil, 1.973.
- NETO, A. Y HERLANQER, M., "Codigo civil anotado", 4ª ed., Lisboa, 1.982.
- NUÑEZ LAGOS, R., en Código civil Comentado de MUCIUS SCAEVOLA, tomo LXX, vol.1º, Madrid, 1.957.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Compendio de Derecho civil", t.III, 2ª ed., Madrid, 1.988.
- OLIVEIRA ASCENSAO, J., "Direito civil- reais", 4ª ed., Lisboa, 1.983.
- ORTEGA LORCA, F., "Cuasicontratos, "atípicos"", An. Derecho Civil, 1.948.
- OSSORIO MORALES, J., "Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (Parte general)", 2ª ed.

revis. y puesta al día por OSSORIO SERRANO, J.M.,
Granada, 1.986.

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

PAZ ARES, C., Comentarios del Código civil. Ministerio de
Justicia, II, Madrid, 1.991.

PENA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Derechos reales. Derecho
hipotecario", Madrid, 1.982.

PEREZ, B. y ALGUER, J., 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.

PEREZ PEREZ, E., "El consorcio real en el Derecho
positivo español", Murcia, 1.985.

PEREZ SERRANO, N., "Dictámenes", I, Madrid, 1.959.

PEREZ, E. y ALGUER, J., Anotaciones al "Derecho de
obligaciones", Doctrina especial de ENNECERUS, 2ª
parte, 3ª ed. por FERRANDIS VILELLA, Vol. II del
Tratado con KIPP y WOLFG, Barcelona s.f.

PESCATORE, S., ALBANO R. y GRECO, F., "Della proprietà",
en el Comentario del Codice Civile, III, Torino,
1.968.

PESCATORE, S., "Attività e comunione nelle strutture
societarie", Milano, 1.974.

PINO, G., "Il contratto con prestazione corrispettive",
Torino, 1.968.

PINTO COELHO, L., "Da compropriedade", (comunhao) no
Direito portugues", II, Lisboa, 1.943.

POGGI, G., "Il contratto di società in Diritto romano
classico", Turin, 1.930-1.934,

POTHIER, R.J.:

- "Traité du communauté", Paris, 1.825.

- "Traité du contrat de société", tomo II,
Paris, 1.827.

PUGLIATTI, S., "La proprietà e le proprietà" en "La

proprietá nel nuovo diritto", Milano, 1.954.

PUIG BRUTAU, J.:

- "Compendio de Derecho civil", III, Barcelona,
1.989

- "Fundamentos de Derecho civil", III-2º, 3ª
ed., Barcelona, 1.979.

PUIG PEÑA, F.:

- "Tratado de Derecho civil español", IV, 1º,
Madrid, 1.951.

- "Tratado de Derecho civil español", III-1º,
Madrid, s.a.

QUESADA GONZALEZ, M., "Disolución de la sociedad civil
por voluntad unilateral de un solo socio", Barcelona,
1.991

RAMPONI, L., "Della comunione de proprietá o
comproprietá", Napoli y Torino, 1.922, Parte IV de
"Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la
giurisprudenza", dirigido por FIORE y BRUGI.

REVERTE NAVARRO, A., "Pluralidad de titulares en el
usufructo", Rev. Der. Privado, 1.979.

ROCA JUAN, R.M., "Comentarios al Código civil", de
EDERSA, dir. ALBALADEJO, t.VII, vol. 2º., Madrid,
1.982.

ROCA SASTRE, R.M.:

- "Derecho hipotecario", cit., II, 7ª ed., pág.
802

- "Naturaleza jurídica de la aportación social",
Conferencia pronunciada en el I. C. Notarial de
Valencia, publicada en la Rev. Gen. Leg. y
Jurisprudencia, Madrid, 1.946.

RODINO, L., Voz "Società civile", en el vol XXI- 3º de
"Il Digesto Italiano", Milano, Roma, Napoli. 1.895-
1.902.

RODRIGUEZ MARIN, C., "El desistimiento unilateral como
causa de extinción del contrato", Madrid, 1.991.

ROTONDI, M., "Communione, società, fallimento", Riv.
Dir. Commerciale, 1.923, II.

ROYO MARTINEZ, "Derecho sucesorio mortis causa",
Sevilla, 1.951.

SALIS, L., "La comunione", vol. IV, t. 2º, del Tratado
PASSALLI, F., Torino, 1.939.

SANCHEZ DE VELASCO, H., "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.

SANCHEZ ROMAN, F., "Estudios de Derecho civil español",
t. IV, 2ª ed., Madrid, 1.899.

SANCHO CALABUIG, J., "Comunidades de bienes y Sociedades
civiles ante el Derecho Tributario", en Gaceta
Fiscal, nº 30, 1.986.

SANTORO PASSARELLI, F., "Doctrine generali dei
contratti", Napoli, 1.954.

SANTOS BRIZ, J., "Derecho de cosas", Madrid, 1.973.

SCHIZZEROTTO, G., "Il collegamento negoziale", Napoli,
1.983.

SERRA MALLOL, "El contrato de cuentas en participación
y otras formas asociativas mercantiles", Madrid,
1.991.

SOTO NIETO, F., "El título constitutivo de la propiedad
horizontal" en el vol. II del Libro Homenaje a RAMON
Ma ROCA SASTRE, Madrid, 1.947.

STOLFI, N. y F., "Il nuovo Codice civile commentato",
Libro III, Della proprietà, Napoli, 1.944.

SUPERVIELLE, J., "Condominio. Su naturaleza jurídica",
Montevideo, 1.946

TEJERIZO LOPEZ, J.M., Ponencia en el Congreso sobre "El
ejercicio en grupo de profesiones liberales",
celebrado en Granada. 1.991

TORRES LANA, J.A., "Código civil, Doctrina y
Jurisprudencia", dir. ALBACAR LOPEZ, II, Madrid,
1.991.

TROPLONG, M., "Du contrat de société civile et
commerciale", "Le droit civil expliqué, suivant

- l'ordre des articles du Code", vol. II, Paris, 1.843.
- VERGA, A., "Le comunioni tacite familiari", Padova, 1.930.
- VITALE, P., "Comunione e societá", en Riv. Dir. Commerciale, 1.965, I.
- VITALEVI, M., "Della comunione dei beni", Torino, 1.884.
- VITUCCI, E., "Comunione", Voz en el Nuovo Digesto Italiano, vol. III, Torino, 1.938.

JURISPRUDENCIA TENIDA EN CUENTA

I. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.
(Orden cronológico)

21 de sept. de 1.907	13 de noviembre de 1.959
25 de octubre de 1.926	27 de junio de 1.959
13 de octubre de 1.927	4 de julio de 1.959
27 de febrero de 1.927	3 de diciembre de 1.959
7 de octubre de 1.927	9 de febrero de 1.961
5 de junio de 1.929	9 de febrero de 1.961
26 de enero de 1.933	5 de enero de 1.963
15 de octubre de 1.940	16 de diciembre de 1.964
16 de octubre de 1.940	8 de mayo de 1.964
9 de julio de 1.940	11 de diciembre de 1.965
16 de abril de 1.942	16 de marzo de 1.965
20 de mayo de 1.943	2 de febrero de 1.965
24 de abril de 1.943	21 de diciembre de 1.965
10 de marzo de 1.947	8 de abril de 1.965
10 de marzo de 1.949	14 de junio de 1.971
12 de diciembre de 1.949	14 de diciembre de 1.973
29 de noviembre de 1.950	17 de marzo de 1.975
13 de noviembre de 1.953	7 de octubre de 1.976
6 de marzo de 1.956	2 de octubre de 1.978

28 de febrero de 1.980	30 de sept. de 1.988
13 de junio de 1.981	13 de marzo de 1.989
19 de noviembre de 1.982	5 de junio de 1.989
5 de julio de 1.982	5 de junio de 1.989
10 de febrero de 1.984	18 de julio de 1.990
17 de sept. de 1.984	18 de julio de 1.990
29 de octubre de 1.984	21 de junio de 1.990
27 de sept. de 1.985	6 de octubre de 1.990
10 de abril de 1.986	
13 de junio de 1.986	
15 de febrero de 1.986	
17 de sept. de 1.986	
17 de diciembre de 1.986	
17 de febrero de 1.986	
18 de noviembre de 1.986	
22 de diciembre de 1.986	
30 de abril de 1.986	
14 de octubre de 1.987	
29 de octubre de 1-987	
17 de noviembre de 1.987	
21 de febrero de 1.987	
21 de abril de 1.987	
22 de mayo de 1.987	
29 de octubre de 1.987	
3 de octubre de 1.988	

II. DE LA AUDIENCIA DE GRANADA.

27 de septiembre de 1.990

III. DEL TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO
CENTRAL.

18 de octubre de 1.980

IV. RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS
REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

24 de noviembre de 1.913

8 de julio de 1.914

27 de julio de 1.917

26 de noviembre de 1.917

27 de julio de 1.919

21 de febrero de 1.923

18 de mayo de 1.946

12 de mayo de 1.979

16 de mayo de 1.979

18 de abril de 1.986

12 de mayo de 1.979

16 de mayo de 1.979