

La renuncia liberatoria del comunero

(Notas al artículo 395 del Código Civil español)

JUAN ROCA JUAN

SUMARIO: I. *Justificación del tema.*—II. *Antecedentes:* 1. El *ius ad crescendá* y la *ocupatio* de cuota en el condominio romano. 2. La regla *concurso partes fiunt* y diversas posiciones sobre la estructura del condominio romano. 3, 4 y 5. La «cuota»: Su renuncia sólo modifica la proporción en que se organiza la comunidad, en cuanto a los efectos divisibles del condominio, y hace desaparecer o disminuir el límite impuesto a los efectos indivisibles.—III. *La renuncia liberatoria:* 1. Concepto de la renuncia. 2. Justificación del artículo 395: renunciar *para* liberarse. 3. Renuncia por puro desinterés. 4. Renuncia y no ejercicio: Naturaleza del negocio de renuncia.—IV. *Presupuestos y efectos de la renuncia:* 1. Renuncia liberatoria propiamente dicha: Los gastos necesarios. 2. Naturaleza de la obligación de contribuir y efectos liberatorios de la renuncia. 3. La renuncia liberatoria no entraña un negocio solutorio. 4. Limitaciones específicas al ejercicio de la facultad de liberarse. 5. Sobre la revocación de la renuncia. 6. Elementos accidentales del negocio de renuncia. 7. Forma de la renuncia.

I

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Entre los problemas que plantea la comunidad se nos ofrece el relativo a la justificación del último inciso del artículo 395 del Código civil, precepto sobre el cual no hay unanimidad en los autores respecto a su explicación y desenvolvimiento.

Tras la declaración del artículo 393, que atribuye a los comuneros participación en los beneficios y en las cargas de la comunidad en proporción a sus cuotas respectivas, el precepto del artículo 395 concede a los partícipes derecho a obligar a los demás a que contribuyan a los gastos de conservación de la cosa o derecho común, agregando que *sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le corresponde en el dominio*, precepto que carece, en la literatura jurídica española, de una exégesis científica y completa; es más, casi siempre la atención de los juristas ni siquiera se detiene en lo que constituye su problemáti-

ca fundamental: en qué consiste esa *renuncia* a la *parte* que le corresponde al comunero en el dominio y cual es el *destino* de la parte renunciada, cuestiones éstas que el precepto no dilucida.

En un rápida visión de nuestra literatura nos encontramos con autores (1) que explican el precepto como «una consecuencia inmediata del principio de proporcionalidad en los beneficios y en las cargas de la cosa o derecho común impuesto a los comuneros por el artículo 393», aunque añadiendo que la parte renunciada «*acrecerá* proporcionalmente a los demás condueños» y sin perjuicio de considerar la renuncia como una «*cesión* o una *enajenación*». Quienes coinciden (2) en que la parte renunciada *acrece* a los demás, admitiéndolo por dos motivos: Por *analogía* con el caso de la sucesión y por razones de *equidad*, como *compensación*, ya que los demás condueños deben cumplir la obligación que correspondía al dueño que renunció, y quienes se limitan a afirmar que la parte renunciada «deberá ser *adjudicada* proporcionalmente en favor de los demás copartícipes que contribuyen a los gastos de conservación» (3). Otros parecen rechazar la tesis de que la renuncia produzca acrecimiento y admitir que «la parte abandonada deviene *nullius*», pudiendo adquirirse por ocupación (4). BELTRÁN DE HEREDIA (5), en su reciente trabajo sobre la comunidad, trata muy brevemente el abandono liberatorio para sostener la tesis del acrecimiento, que considera la «expresión moderna del *jus ad crescendi* de los romanos, que tiene lugar en todos los casos en que un copropietario renuncia o abandona su derecho», y ello deduciéndolo, a falta de precepto expreso, de su opinión—poco en consonancia con la tesis del acrecimiento—de que la renuncia se hace «*en favor* de la comunidad que soportó los gastos de conservación», de manera análoga a lo ya expuesto por SCAEVOLA y SÁNCHEZ ROMÁN, en contra de BELTRÁN DE HEREDIA (Pablo), que, incidentalmente, niega el acrecimiento por entender un equívoco de la doctrina la asimilación de situaciones jurídicas diversas, como son la comunidad y la vocación solidaria (6).

GONZÁLEZ PALOMINO (7) niega la solución del acrecimiento de la parte renunciada y, partiendo de que «el dominio de cada comunero recae sobre una cuota, por lo que legalmente cada cuota es *una cosa distinta*», llega a la conclusión—a la que no faltan antecedentes—de que «los demás comuneros adquieren la cuota renun-

(1) MANRESA: *Comentario*, t. III, págs. 423 y es.

(2) SCAEVOLA: *Código civil*, t. VII, pág. 234, ed. 1944.

(3) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios*, t. III, 2.^a ed., Madrid, 1900, pág. 177.

(4) VALVERDE: *Tratado*, t. II, parte especial, Valladolid, 1936, pág. 242, nota, párrafo 2.^o

(5) BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad de bienes en Derecho español*, 1954, pág. 257.

(6) BELTRÁN DE HEREDIA (Pablo): *Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario*, en «Rev. Der. Priv.», diciembre 1955, pág. 1118.

(7) *Estudios de arte menor: el acrecimiento en la mejora*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. II, pág. 559 y es.

ciada por *ocupación* en proporción a sus cuotas y, *automáticamente*, porque los actos de posesión material de la cosa común recaen, no sobre las cuotas de cada comunero, sino sobre la cosa entera».

Por último, JERÓNIMO GONZÁLEZ (8), con más cautelosa agudeza, expresa las *dudas* que sugiere el precepto del artículo 395, puesto que si bien parece inclinarse por la tesis del acrecimiento —aunque un acrecimiento basado, desde luego, en principios distintos del acrecimiento hereditario—admite que, tampoco el Código español expresa un criterio claro, una norma explícita que niegue la condición de *res nullius* a la cuota renunciada, destacando que el destino asignado a la parte renunciada por el comunero no obedece a una regla clara ni a una excepción justificada por los desembolsos hechos para conservar la cosa, sino a «una orientación general inspirada en los principios romanos y en la *naturaleza de la copropiedad*...»

Y como tampoco nuestros autores, salvo alguna particular excepción (9), han tratado con amplitud sobre una teoría de la renuncia, como se ha hecho en otros países (10), ni de la renuncia liberatoria específicamente (11), puede afirmarse que falta en nuestro Derecho una justificación de ese común criterio, según el cual la renuncia del comunero que quiere liberarse de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común beneficia a los demás partícipes, que unos explican muy sucintamente por la vía del acrecimiento y otros por la de la ocupación, solución ésta que enlaza, además, con la naturaleza de esa renuncia de que habla el Código y su objeto.

Por otra parte, plantea el precepto un problema concreto que se refiere a la naturaleza de las obligaciones de que el comunero puede liberarse mediante la renuncia, cuestión que lleva a examinar incluso el ámbito que en nuestro Derecho tiene la comunidad, porque ello afecta a la posibilidad de revisar el criterio de que tales obligaciones sean necesariamente *propter rem* (Vid. nota 98). Quizá convenga observar ahora que la comunidad se ha venido construyendo casi siempre pensando, unas veces en la copropiedad y

(8) Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil, *La renuncia en el Derecho inmobiliario*, t. II, pág. 39.

(9) TRAVIESAS: *La renuncia*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», t. 155, página 554 y el ya citado trabajo de Jerónimo González.

(10) Entre otros, AUBRY et RAU, IV, párrafo 323; FADDA: *Notas a Windscheid*, I, págs. 854-889; BRETON: *Theorie générale de la renonciation aux droits reel. Le deguerpissement en Droit civil française*, en Rev. Trim. Droit Civil», 1928; REYNAUD: *La renonciation a un droit. Sa nature et son domaine en Droit Civil*, en «Rev. Trim. Droit Civil», 1936; LESSONA: *Essai d'une théorie générale de la renonciation en Droit civil*, en «Rev. Trim. Droit Civil» 1912; ATZESI: *Delle rinunzie*, 1915; PIRAS: *La rinunzia nel Diritto privato*, Napoli, 1940; GRAY (Carlo): *La rinunzia al diritto*, en «Studi Del Vecchio», I.

(11) CLAPS: *L'abbandono liberatorio nel Diritto civile italiano*, Torino, 1897; *La cosiddette obbligazioni reali e l'abbandono obbligatorio nel Diritto Civile italiano*, en «Riv. Ital. sc. Giuridic.», XXI-294 y XXII-278; DE LUCA: *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, Roma, 1915; BALBI: *Le obbligazioni propter rem*, Giappichelli, Torino, 1950.

otras ampliando el concepto a la cotitularidad de los *derechos reales*, restricción que, perfectamente justificada para otros ordenamientos, pudiera no convenir al más amplio concepto de nuestro artículo 392.

Intentamos así centrar el área de aplicabilidad del artículo 395 desde dos puntos de vista distintos: De una parte contemplamos los supuestos de comunidad de derechos *no reales*, con referencia a los cuales no puede hablarse de obligaciones *ob rem*, y de otra restringimos la eficacia liberatoria de la renuncia a la simple obligación del comunero de contribuir a los gastos de conservación del objeto común que se desenvuelva en el seno de la comunidad, es decir, a la obligación surgida *frente a los demás comuneros* («todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes...» —art. 395—) y en ningún caso frente a un *tercero* acreedor que no forma parte de la comunidad y con el que no puede operar, en consecuencia, la renuncia liberatoria del repetido precepto.

Si se tiene en cuenta la ausencia de esa regla clara, que JERÓNIMO GONZÁLEZ echa de menos en nuestro Código para señalar el destino del derecho renunciado por el comunero, y la necesidad de una exégesis más amplia del artículo 395, parece justificado el que nos ocupemos de este tema, y a él se refieren estas notas.

II

ANTECEDENTES

1. En general, el tema de la renuncia por el comunero se ha tratado con referencia al derecho de dominio, y por lo que respecta a la posibilidad misma del abandono y al destino inmediato del derecho renunciado, ha sido objeto de viva controversia que arranca de la interpretación de un texto de MODESTINO en el Digesto y la consideración de otro texto del Derecho clásico romano. La cuestión gira en torno a si el abandono de la parte por el comunero daba lugar a la *ocupatio* o al *jus adcrescendi*, y en este último caso si el *jus adcrescendi* suponía una ampliación o *expansión* del propio derecho de los demás condueños o la *adquisición* de un derecho nuevo, de una *cuota vacante*, ya que el derecho inicial de cada uno no es *in solidum*, sino a una *pars*; desde otro punto de vista previo, si tal abandono constituye realmente una derelicción o una renuncia, de donde algunos romanistas concluyen que si se admite la derelicción por el condueño, la cuota abandonada deviene *nullius*, y no debe hablarse del *jus adcrescendi*, sino de *ocupatio*; y si se niega la *derelictio* y se considera la *renuncia*, no debe hablarse de ocupación, sino de acrecimiento.

Los textos básicos de tal planteamiento son: «et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit ut hoc sit in parte quod in toto; atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelictio habeat» (12), que

(12) Dig. L. XLI, tit. VII-3.

contempla el abandono por el *socius* de su parte en el dominio, y que origina la primera cuestión: Si tal abandono es o no una verdadera derelictio. El otro texto de Derecho clásico romano que refuerza la tesis de los partidarios del *jus adcrecendi* (13) como aplicación de un principio general en materia de condominio, se refiere a la manumisión de un esclavo sujeto a comunidad por uno de los dueños, cuyo manumitente perdía su cuota que acrecía al otro condómino, incluso en opinión de Próculo, aunque la manumisión tuviese lugar *inter amicos*: «... Communis servus si ab uno ex sociis liberatus sit neque ad libertatem pervenit, et alterius domini totus fit servus iure *adcrecendi*. Sed inter amicos servus ab uno ex sociis manumissus utriusque servus manebit, ius enim adcrecendi in hac manumissione non versatur; licet Proculus existimaverit adcrecere eum socio...» (14).

Los textos ha sido ampliamente interpretados y discutidos: BONFANTE (15), aparte de estimar posibles interpolaciones en el primer texto transcrito, considera que por confuso que sea el párrafo «... ut hoc sit in parte quod in toto», no admite otra explicación que ésta: El texto se pregunta ¿Se puede abandonar la parte de un todo?, y responde con una distinción: Lo puede hacer el condómino por su *cuota*, de manera que para esta hipótesis se verifican las mismas consecuencias que en la derelictio de un todo; por el contrario (*atquin*) (16), no lo puede hacer el dueño único que quiera abandonar una *parte*. De ello deduce que el abandono de una cuota tiene el mismo tratamiento que el abandono de la cosa entera, del *totum*, o sea, que la «*pars derelicta*» es objeto de libre ocupación, estimando correcta la configuración de la parte abandonada como *res nullius* por ser equitativo no imponer necesariamente al otro condómino la adquisición, como ocurre con el rigor del *jus adcrecendi*. Pero, no obstante, considera lógico que la derelictio parcial fuera regulada del mismo modo que la manumisión parcial, que es tanto como la renuncia del propio derecho, un abandono en suma.

La posición de BONFANTE parece concretada en hacer compatible la *derelictio* de la parte con el crecimiento a los demás condóminos, pero sin que tal crecimiento suponga una *expansión* del propio derecho, sino *adquisición* de un derecho nuevo que se en-

(13) BONDI, aduce, en cambio (Dig. L. XIII, Tit. V-5-15), como fundamento del *jus adcrecendi*: «... sed totius corporis proindiviso, pro parte dominium habere.»

(14) CERVIDI SCAEVOLAE, fr. DOSITZEO, 10, texto HUSCHKE, «Jurisprudentiae Anterustianae», Lipsiae, MDCCCLXVIII, pág. 347; ULPIANO, reg. 1, 18; PUALO, Sent. IV, 12, 1, Cits. BONFANTE, *Scritti*, vol. III, pág. 435, nota 2. estos últimos.

(15) BONFANTE: *Il jus adcrecendi nel condominio*, «Scritti», vol. III, pág. 434 y ss.

(16) BESELER piensa que esta partícula adversativa fué interpolada por los compiladores. En contra KÜBLER, *cit.* por SEGRE: *La comproprietá e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931.

cuentra *vacante* de manera análoga al crecimiento general típico entre coherederos, que se dió en el Derecho romano junto al acrecimiento derivado de la *coniunctio* (16 bis); en aquél tampoco puede presumirse la *coniunctio* o llamamiento conjunto y menos que el causante quisiera llamar a todos para el patrimonio entero (17). En el condominio—concluye BONFANTE—no se habla tampoco de *concursum* ni de *in solidum* como en la *coniunctio*, sino que el derecho inicial de cada uno es a una *pars*. Admite, en definitiva, esta forma de acrecimiento sin negar la existencia de una verdadera y propia derelicción, considerando que el texto de MODESTINO debe proseguir así: «... si in re communi socius partem nam reliquerit, eius esse dessinit, eaque ad crescit socio», aunque cree poder concluir con seguridad que, si bien el *jus ad crescendi* era el principio clásico en materia de condominio, con la misma seguridad puede afirmarse que el Derecho justiniano acogió el principio contrario.

SEGRE (18) destaca cómo el texto de MODESTINO omite toda expresión relativa a que la cuota abandonada por el comunero acrezca a los demás *socius*, expresando solamente que el *socius* pierde con la derelicción su cuota, de la misma manera que perdería la total propiedad el propietario único. Sin embargo, opina que «parece pueda concluirse (con probabilidad, no con seguridad) que la derelicción del condómino no hace la cuota *nullius*, sino que acrece a los demás», admitiendo dos explicaciones del fenómeno: o el acrecimiento es una *anomalía*, residuo de una construcción más antigua del condominio o, siguiendo a SCHEURL, el acrecimiento es un efecto debido al concurso de derechos iguales (si bien piensa que el concurso, cuando hace nacer la copropiedad no puede determinarla más que por partes iguales, y nacida desaparece su función), siendo difícil decidirse por una de estas dos opiniones, ya que son varios los motivos de duda (19).

RICCOBONO (20) considera como BONFANTE incompleto el texto de MODESTINO, adhiriéndose a la tesis del acrecimiento; mas

(16 bis) SCOGNAMIGLIO asigna a la *coniunctio* la sola misión de modificar los efectos normales del acrecimiento, dando preferencia a los herederos *coniuncti*. (*Il diritto di accrescimento nelle successione per causa de morte*, Milano 1953, pág. 23.)

(17) BONFANTE (ob. cit.) lo explica así: «Mientras que en el derecho de acrecer derivado de la *coniunctio*, el derecho inicial de cada uno es *in solidum* y por ello el acrecimiento produce una expansión del propio derecho, como en el Derecho romano la sucesión universal sólo tenía lugar adquiriendo previamente el título de heredero y únicamente éste podía ser llamado a adquirir una cuota en el patrimonio antes de la adición, en ese otro acrecimiento general no había expansión, sino adquisición de una cuota vacante, lo que se verifica como consecuencia de un derecho eminente, cualquiera que sea su naturaleza.

(18) SEGRE: *Corso di Diritto Romano. La comproprietá e la comunione degli altrui diritto reali*, Torino, 1931, págs. 72 y ss.

(19) Ob. cit., págs. 77 y ss.

(20) RICCOBONO: *Dalla comunione del diritto quiritario alla comproprietá moderna* (Essays in legal history, Oxford University). Cit. por BONFANTE: *Il jus ad crescendi...* cit. *Scritti*, vol. III, págs. 451 y 424.

precisamente por ello, niega que el texto contemple una verdadera y propia derelicción, completando así el pasaje: «... verius est partem pro derelicto haberi non posse, nam socius rei communis, si alter partem suam reliquerit, totius rei solus dominus officitur.»

Contrario a la tesis de la derelicción se muestra igualmente ROMANO (21), el cual, partiendo de que el abandono de cuota del comunero produce el *jus adcrescendi*, afirma que falta uno de los efectos normales de la derelictio, pues si bien es cierto que, como BONFANTE afirma, se produce el aspecto negativo de la derelicción, el abandono, y únicamente es diverso el destino de la cosa después de abandonada, que es el aspecto positivo, ello es una anomalía sintomática que conduce a excluir la figura de la derelicción. Destaca el hecho de que para indicar el acto del condómino el texto usa la palabra *relinquere* y no la otra *derelinquere*. La conclusión de ROMANO es que MODESTINO negaba la admisibilidad de una derelictio parcial de una cosa perteneciente a un solo propietario y también de la parte correspondiente a un condómino, si bien este último podía, con un acto unilateral de disposición (*relinquere*), *renunciar* a ella. Estima que ni el propietario único ni el condómino pueden *abandonar* una cuota, porque no puede concebirse la propiedad de una *cuota* sin un propietario para el resto, explicación que basta para negar la derelicción de una cuota por el propietario único, pero no basta para el condómino si la derelicción de éste, en lugar de producir el efecto de hacer la cuota *nullius*, había de acrecer al *socius*; por ello cree más simple entender que en ambos casos no se puede dar lugar a una derelicción, porque falta el *corpus* susceptible de ésta. No admitiéndose la derelictio —añade— se admite que el condómino pueda *renunciar* su cuota, cualquiera que sea el efecto que a tal acto se deba atribuir, poniendo MODESTINO la diferencia entre el *relinquere* y el *derelinquere* en que el segundo hace *nullius* lo que se abandona, mientras que el primero da lugar al *jus adcrescendi*, con lo cual este *jus* estaría implícito en tal pasaje.

Se da, por tanto, como presupuesto que la cuota *abandonada* o renunciada por el condueño acrece a los demás, sin que tal presupuesto pueda derivarse del texto de MODESTINO que, como SEGRE advierte (22), omite toda expresión en este sentido, razón por la cual se deriva el acrecimiento tan sólo de considerar *lógico* que la derelicción parcial fuera tratada del mismo modo que la manumisión parcial (23) o bien, como entiende BETTI (24) y otros (25), buscando un argumento más objetivo, fundar el *jus adcrescendi* en la existencia de un concurso de derechos sobre la cosa, según la regla

(21) ROMANO: *Studi sulla derelizione nel Diritto romano*, «C. E. D. A. M.», 1933, págs. 52 y ss.

(22) Vid. nota 18.

(23) Loc. cit. BONFANTE.

(24) BETTI: *Istituzioni di Diritto romano*, vol. I, Padova, 1947.

(25) GAUDEMET: *Etude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, Sirey, 1934, pág. 234.

concurso partes fiunt, con lo cual el acrecimiento no suponía la adquisición de un derecho nuevo, sino la expansión del propio, al desaparecer, mediante la renuncia, la recíproca limitación impuesta por la citada regla.

Como una aplicación del principio general del acrecimiento se considera el supuesto de manumisión parcial de un esclavo, con referencia a la norma de Derecho clásico según la cual la manumisión solemne de un esclavo sujeto a comunidad, hecha por uno solo de los condóminos, hacía perder su cuota al manumitente, acreciendo al otro condómino. El texto clásico distingue, como hemos visto, entre la manumisión solemne y la no solemne, destacando ROTONDI (26) cómo en el primer caso la cuota del manumitente acrecía a los demás, y así hasta el último que, como patrono exclusivo, podía conferir con eficacia la libertad, mientras que si se adoptaba una forma pretoria, aunque para PRÓCULO se producían las mismas consecuencias, para otros no se obtenía ningún efecto, llegando al singular resultado de que, si todos los *socii* manumitían sucesivamente al esclavo, éste volvía nuevamente a ser esclavo común, no pudiendo haber acrecimiento, porque si faltaba el efecto querido no podía surgir el efecto no querido como era el acrecimiento. Por ello—concluye ROTONDI—la posibilidad de manumitir sucesivamente dependía de que pudiera evitarse el *jus adcrescendi* en el caso de manumisión solemne, y en otro caso, de que pudiera evitarse la nulidad del procedimiento.

RICCI (27), partiendo igualmente de la admisión del *jus adcrescendi*, como principio general en el condominio, defiende la opinión de PRÓCULO, que admitía el acrecimiento aun para el caso de manumisión *inter amicos*, afirmando que ésta, al estar despojada de la solemnidad de la ley, no era otra cosa que un acto de *derelictio* y el jurista le atribuía los efectos de ésta: el esclavo devenía *servus sine domino*, y estando en este caso sujeto a condominio, caía en la plena propiedad del otro condómino. BONFANTE (28) niega la opinión de PRÓCULO, que admitía el *jus adcrescendi* en el caso de manumisión no formal, porque ello equivale a reconocer implícitamente la eficacia de tal renuncia y esta es una opinión condenada en la conclusión del propio fragmento (*qua sententia non ulimur*).

Admitido el *jus adcrescendi* sobre la base de este texto clásico en el supuesto de manumisión parcial y solemne de un esclavo común, la cuestión resurge todavía al buscarse el fundamento de esta solución clásica que se ha creído ver, una vez, en la indivisibilidad de los conceptos de libertad y esclavitud; otras, en la dis-

(26) ROTONDI: *La manumissio del servus communis nel Diritto romano classico*, en «Studi... a cura di Pietro de Francisci», vol. VIII, pág. 78.

(27) RICCI: *La derelictio in Diritto romano*, en «Riv. Ital. per le Scienze Giuridiche», vol. XIII, 1892, pág. 337.

(28) BONFANTE: *La derelictio di res mancipi nel Diritto classico*. «Scritti», vol. II, pág. 331.

tinción entre *dominium* y *potestas*, según la cual la manumisión por uno solo de los condóminos haría pasar la potestas y con ella el dominio al otro condómino, y otras, en fin, que esta solución en materia de manumisión parcial sea la manifestación de un principio general de que la cuota abandonada acrezca al otro condómino (29), pero, en realidad, el argumento desaparece en el Derecho justinianeo que inspirado, al parecer, en el Derecho greco-oriental (30) introdujo una radical reforma en el sistema al establecer para toda clase de manumisión, entre vivos o testamentaria, hecha por un condómino que el otro condómino estaba obligado a consentir, recibiendo el precio de su cuota (31). Según BONFANTE, de esta manera, quizá por la acción concomitante de otras fuerzas sociales, no se quiso que la manumisión parcial produjera el acrecimiento, atribuyéndole las normales consecuencias de la derelicción, por lo que en el Derecho justinianeo el *jus adcrescendi* quedó obolido, en parte modificado y desfigurado por una nueva concepción. (32).

Nos encontramos así, como hemos visto, sin un fragmento decisivo e indiscutible, que sirva de fundamento a la demostración de un verdadero derecho de acrecimiento, en el sentido propio de la expresión, como formando parte del contenido del condominio. Es más, como señala SCOGNAMIGLIO (33), el derecho de acrecer es, por su naturaleza y tradición, pertinente tan sólo en el campo de la sucesión mortis causa, de manera que, en el condominio, ha de usarse el acrecimiento en un sentido diverso. Queda, pues, por examinar si el *jus adcrescendi*, cuya aplicación en el condominio no aparece explícitamente de un texto, puede, en efecto, derivarse de la regla *concursum partes fiunt*, según se afirma frecuentemente, cuestión que está íntimamente ligada con la naturaleza misma del condominio romano.

2. En este punto BONFANTE (34) niega que en el condominio pueda hablarse de *concursum*, ni de llamamiento *in solidum* como en la *coiunctio*, destacando cómo en los supuestos de acrecimiento éste no tenía lugar si no estaba clara la atribución *in solidum* para el *totum*. Por nuestra parte, creemos puede afirmarse que a la copropiedad acompaña siempre un estado de indivisión, pero sin concluir, con VAREILLES-SOMMIERES (35), que cuando la propiedad está *dividida* (copropiedad) es cuando la cosa está indivisa (indivisión), porque no parece posible conciliar fácilmente la división del derecho con la indivisión del objeto (36). Por ello nos

(29) Vid. SEGRE: Loc. cit., objeciones a estos criterios.

(30) ROTONDI: Loc. cit., págs. 78 y ss.

(31) Cod. L. VII, *De servo comm. manum*, VII, párrafo 1-1.

(32) BONFANTE: *Jus adcrescendi*..., cit. antes, pág. 450.

(33) SCOGNAMIGLIO: *Il diritto di accremento nei negozi tra vivi*, Giuffrè.

(34) BONFANTE: Loc. cit., pág. 440.

(35) VAREILLES-SOMMIERES: En «Rev. Critique», pág. 432, núm. 5.

(36) WACHTER: *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, Stuttgart, 1892, II, 581, párrafo 75-3.

parece de mayor eficacia práctica la tesis de SEGRE (37), quien destaca en el condominio dos clases de *efectos*, unos divisibles y otros indivisibles; en cuanto a los efectos divisibles, las partes no son creadas por el concurso, el cual sólo puede descubrirse en cuanto a los efectos indivisibles, pero este concurso *non facit partes*. Para SEGRE la raíz de la doctrina que ve en la copropiedad la existencia de un concurso está en un sutil equívoco, pues las fuentes no dicen nunca para la copropiedad, como dicen para otras situaciones, que «*concursum partes facit*». La base de este equívoco está en que argumentan sobre el hecho de que, en particulares casos, las fuentes expresan esta regla, y aunque son casos en los cuales las partes nacieron de una atribución conjunta, extraen de ellos una configuración análoga para la copropiedad, pero sin contar con que el *concursum* sólo forma partes iguales, en virtud de una atribución conjunta al mismo objeto (y sólo del concurso de partes iguales puede haber lugar al acrecimiento, que es lo que ocurre en la herencia, en los legados *per vindicationem*, etc.); el concurso, que depende de la vocación al *totum*, es elemento que opera para llegar a la copropiedad, pero no cuando la copropiedad se ha constituido, operando además solamente para llegar a una copropiedad por *partes iguales*.

Mas con ello enlaza, como puede verse, la cuestión de la naturaleza del condominio romano, acerca de la cual se han adoptado puntos de vista distintos, cuyas posiciones extremas pueden resumirse así: La copropiedad implica la existencia de varias propiedades parciales, cada una de las cuales tiene por objeto una parte *ideal de la cosa* (38), o, contrariamente, existe un solo derecho de propiedad *dividido* entre los condóminos (39), bien en su *contenido* (40), bien en su *extensión* (41), o con idéntico contenido y diversa extensión, en cuanto a la *cantidad de efectos* susceptibles de *división*, en los que hay concurrencia de *socius* que no determina fraccionamiento (*concursum non facit partes*) (42); o, en fin, concurrencia de derechos de propiedad que se *limitan recíprocamente* (43), sin que falten opiniones que asignen al derecho

(37) Loc. cit. pág. 42 y ss.

(38) Dig. 50 L., XVI, 25-1, *partis appellatione rem pro indiviso significari* (Q. M. SCAEVOLA), vid. ARANGIO RUIZ, *Ist. Napoli* 1952, pág. 227. DONELLO: *Com. de iure civili*, L. IX, cap. XI, vol. II. POTHIER: *Obligaciones*, núm. 289; *Communauté*, núm. 185. PUCHTA: *Pand.* § 37. GOPPERT: *Zur Lehre vom Mittheilungsum*. RAMPONI: *Comunione di proprietà o comproprietà*, Torino, 1922. «*Partes quota*», en la doctrina medioeval.

(39) VITALEVI: *Comunione*, III. SEGRE: Loc. cit., pág. 52.

(40) BOCKING: *Pand.* II, § 135. cit. FERRARA, loc. cit., pág. 428, piensa que el derecho sólo puede considerarse dividido atendiendo a su contenido o sustancia.

(41) SCHEURL: «*Teilbarkeit*», pág. 3 ss., cit. BONFANTE, ob. cit.

(42) SEGRE: Loc. cit.

(43) FERRINI: *Manuale di Pandette*, pág. 446, núm. 338; GAUDEMET: Loc. cit., pág. 244; BARASSI: *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951; SCIALOJA, etc. Es también la tesis de BELTRÁN DE HEREDIA, loc. cit., pág. 172.

del condómino una naturaleza *sui géneris* (44) o, a los sujetos, una *vinculación corporativa*, constituyendo una colectividad de participantes con personalidad jurídica que provee, a través de sus miembros, al ejercicio del derecho real (45).

Lo importante, sin embargo, por lo que concierne a nuestro tema, es la consecuencia inmediatamente derivada del punto de vista que se adopte sobre la naturaleza de la copropiedad, porque si se habla de *pars* de la cosa o del dominio o, como es más frecuente, de cuotas *intelectuales* o *ideales*, emerge el concepto de *cuota* como aquello que, según los criterios, *acrece* o se hace *nullius* cuando es abandonada, lo que implica, en todo caso, una objetivación de la cuota.

3. Como objeto de la propiedad de cada condómino, constituyendo una *parte ideal* de la cosa, es la concepción más antigua de la cuota (46), que también ha sido concebida como fracción ideal de un único derecho de propiedad (47), o como *parte aritmética* del *contenido* total del derecho de propiedad, que es, a su vez, contenido del derecho de cada comunero (48); frente a esta idea de fracción ideal de la cosa o del derecho, otros autores asignan al derecho del comunero una naturaleza *sui géneris*, ya que el comunero sólo es propietario cuando la copropiedad cesa por la división (49), o el carácter de simple *medida* del *poder* del condómino sobre la cosa, poder que no es propiedad, por faltarle, precisamente, la nota de *exclusividad*, que es esencial al dominio único (50).

Desde otro punto de vista, la cuota del comunero pierde entidad de objeto, y se concibe como *proporción* o *medida* «según la cual los derechos (cualitativamente iguales al dominio pleno, pero diversos cuantitativamente) de los comuneros se limitan entre sí dada su coexistencia», viniendo a constituir «la razón sobre cuya base se deben repartir entre los condónimos todas las utilidades que se extraigan de la cosa común, y todas las cargas, así como el capital que representa la cosa común cuando cese el condominio» (51); es decir, no es medida de un poder *sui géneris*—según

(44) PEROZZI: *Saggio critico sulla teoria delle comproprietá*, «Rev. ital. sc. giurid.», XI, 415.

(45) Iniciada por LANGDORFF y seguida por VOIGT, hoy defendida por DOSSETTO, *Teoría della Comunione*, Padova, 1948. También LUZZATTO, *La Comproprietá*. Una exposición crítica en SALIS, *La comunione*, UTET, *Vassalli*, IV-2, 1939 y el ya citado libro de BELTRÁN DE HEREDIA.

(46) Vid. nota 38. Para RAMPONI, loc. cit. «La copropiedad respecto a cada condómino es propiedad plena de una cuota de la cosa común», pág. 31.

(47) FERRARA: *Teoría delle persone giuridiche*, 2.ª ed., pág. 455 y ss.

(48) MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 7.ª ed. Miláno, 1946, pág. 8913, vol. I.

(49) BONELLI: *Personalitá e comunione*. «Riv. Dir. Com.», 1903, I, página 300.

(50) PEROZZI: *Istituzioni di Diritto romano*, 1928, I, p. 743.

(51) SCIALOJA: *Teoría della proprietá (a cura de Bonfante)*. Roma, 1933, página 432 y ss.

piensa PEROZZI—, sino medida en la que se limitan los derechos cualitativamente iguales al dominio pleno. Por último, para los que sostienen en el condominio la existencia de una colectividad a quien corresponde el derecho de propiedad, la cuota no es otra cosa que la simple relación numérica que explica la medida según la cual cada uno concurre a constituir dicha colectividad (52), o, como afirma DOSSETTO (53), el complejo de relaciones jurídicas referentes a cada comunero y que tiene un doble significado: formal, como medida, proporción y límite de la participación de cada uno, y sustancial, como complejo de relaciones referentes a cada partícipe, en cuanto por efecto de la comunidad se encuentra limitado.

4. Llegados a este punto en la brevísima exposición de los antecedentes precisos al tema, cabe preguntarse si está realmente justificado el planteamiento mismo de la cuestión inicial, la relativa a si el abandono del comunero produce derelicción de una *parte*, con todas sus consecuencias, o si se produce un verdadero acrecimiento de las otras partes que permanecen en comunidad, y si tal planteamiento se apoya en verdad, como pretende GONZÁLEZ PALOMINO (54), para defender su tesis de la ocupación *automática* de la cuota renunciada, en la expresión del artículo 399 del Código civil, que afirma que cada comunero «tiene la plena propiedad *de su parte*».

Entendemos que la cuestión, como resulta de lo anteriormente expuesto, aparece un tanto ligada a los criterios tradicionales, por lo que puede intentarse la ruptura del círculo en que la discusión se mueve mediante una posible reelaboración sobre la base de los distintos criterios ya formulados para que nos sirva de punto de partida.

Conforme a nuestra realidad positiva destacamos que la idea de acrecimiento propiamente dicho parece estar en abierta contradicción con el contenido del artículo 399 del Código, puesto que la idea de *partes* que establece viene a excluir expresamente ese llamamiento *in solidum* para el *totum*, que técnicamente es la base fundamental del acrecimiento en cuantos supuestos lo establece la Ley (Vid. art. 637, párrafo 2.º; art. 908, párrafo 2.º), hasta el punto de que, quizá, no sería infundado presumir que el Código hable de «partes»—de «la parte» del comunero—con el único fin de alejar toda idea de titularidad solidaria; la hipótesis aparece confirmada en el acrecimiento hereditario en que la asignación de «parte especial» excluye el derecho de acrecer (art. 988-1.º Código civil), y tal designación de parte se entiende hecha en el caso de que el testador «haya determinado expresamente una cuota para cada heredero» (art. 983-1.º). Un derecho de acrecer en el condominio romano de nuestro sistema, desligado ya de los residuos

(52) LUZZATTO: *La comproprietá*, pág. 20. núm. 13.

(53) DOSSETTO: *Teoria della comunione*. Padova, 1948. pág. 70. nota 28.

(54) GONZÁLEZ PALOMINO: loc. cit., págs. 559 y ss.

históricos, tan en tela de juicio del *jus adcrescendi*, y tras la repetida afirmación del artículo 399, es en verdad difícil de concebir sin desdibujar previamente los contornos del verdadero y propio acrecimiento (55).

Parece situarse así la cuestión de la renuncia o dejación del comunero, por lo que respecta al destino del derecho renunciado, fuera de la tesis del derecho de acrecer. Mas es evidente que la existencia de un derecho que, aparentemente al menos, queda sin titular, es algo que requiere una inmediata solución, sobre todo cuando por su conexión con el derecho de otras personas lleva anejo el cumplimiento de deberes impuestos por la necesidad de coexistir pacíficamente los intereses de los distintos titulares, y ante ello, bajo el peso de la idea de «partes», se piensa en la ocupación, incluso en la ocupación «automática» de la cuota renunciada por los demás comuneros, solución ésta que, desde un punto de vista, parece ir demasiado lejos en la idea de *parie* del comunero, y desde otro, no parece muy en consonancia con la propia terminología del artículo 395 cuando se trata de renuncia cualificada, es decir, de renuncia *liberatoria*, lo que intenta superarse por el expediente de asignarle a esta facultad una naturaleza distinta de la de la renuncia, convirtiéndola en un negocio solutorio y traslativo, cuyas posiciones tampoco consideramos justificadas.

En efecto: creemos que no deben dejar de ser tenidos en cuenta los dos aspectos que a la teoría del condominio señala DE-PAGE (56): Que es una teoría *individualista* y *pluralista* a un tiempo, de cuya difícil configuración nace toda la complejidad de la materia. Sin llegar al punto de los que de ese carácter pluralista deducen la existencia de una colectividad de participantes con personalidad jurídica (57), entendemos que la pluralidad del sujeto da lugar, al menos, a un organismo *asociativo* (58) que se rige por normas tendentes a constituir decisiones sobre cuanto afecta a los intereses comunes, perfectamente conciliables con cuanto representa intereses privativos. De aquí el régimen de mayorías que para la administración de la cosa común establece el artículo 398—tendente a formar una voluntad general en cuanto a los intereses comunes—por contra del artículo 399, que adjudica a todo condeño no sólo la «plena propiedad de su parte», sino la de «los frutos y utilidades que le correspondan», que protege exclusivamente intereses privativos.

Obsérvese, sin embargo, que el propio precepto del artículo 399

(55) SCAEVOLA, VALVERDE y DE BUEN, rechazan también el acrecimiento fuera de los casos de igualdad en el llamamiento («por mitad o partes iguales». Civ. 983-2.º).

(56) DE PAGE: *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, V, pág. 1.001, número 1.149. BRUXELLES, 1941.

(57) VOIGT, DOSSETO, LUZZATTO, *cits.* antes.

(58) Vid. art. 1.669 Cod. Civ., al tratar de la sociedad. También artículo 2.248 Cod. ital., incluido en el cap. I. tit. V, lib. V, «Delle società. Disposizioni generali».

no pierde de vista el aspecto asociativo de la comunidad, y aunque concede al condueño la facultad de enajenar, ceder o hipotecar *su parte*—con pleno desarrollo de sus intereses privativos—, la enajenación o la hipoteca, «con relación a los demás condueños», se limita «a la porción que se le *adjudique* en la división *al cesar la comunidad*». Es decir, que lo que el condueño enajena o hipoteca no es *toda* la cosa, ni tampoco una parte determinada de ella, sin su *posición*, su *situación* o, si se quiere, su *titularidad*, por cuya virtud forma parte del organismo asociativo, que mientras subsiste el condominio le da derecho a participar en los intereses comunes que son divisibles numéricamente, haciéndolos privativos en cuanto se *parten*. («Plena propiedad de... los frutos y utilidades que le *correspondan*» art. 399) y a influir en el organismo asociativo en cuanto a la formación de la voluntad general «para la administración y mejor disfrute de la cosa común» (art. 398) (59).

Así los intereses privativos del comunero, que se desenvuelven en el ámbito de su derecho, se encuentran limitados siempre de manera inmediata no por los intereses privativos de los demás condueños, sino por el interés de «la comunidad» (art. 394) y por el ejercicio que, dentro de la comunidad, corresponde a los demás comuneros «según su derecho» (art. 394).

No puede, por tanto, afirmarse que el comunero tenga una parte del objeto, ni una parte del derecho, ni tampoco una parte de las facultades inherentes a éste, porque sus facultades alcanzan a la totalidad de lo que está en común, salvo el interés de la comunidad; lo segundo porque el contenido del derecho se ejercita unas veces por cada comunero y otras conjuntamente lo que implica un *desdoblamiento* y no un *reparto* de las distintas facultades, tesis muy próxima a la que está latente en nuestra Jurisprudencia (60).

La comunidad crea de este modo un desdoblamiento de la posición jurídica que respecto a un objeto atribuye el derecho en común excluyendo la idea del concurso, que exige en cada uno un derecho *idéntico* pero *autónomo* (61). Cada comunero tiene una situación jurídica dentro de la comunidad, vinculada a la situación

(59) Por ello, FERRARA ve obligado a admitir, tras sostener la tesis de la división o fraccionamiento del derecho de propiedad en «partes intelectuales», que la división por cuotas en el condominio romano no alcanza al total contenido del derecho, siendo *imperfecta* la delimitación de las partes, ya que éstas no existen en cuanto a la facultad de usar, que puede ejercitar todo participante siempre que no impida el uso de los demás, ni excluya el interés de la comunidad la que, por otra parte, decide por mayoría la administración y mejor disfrute de la cosa común. Todo lo cual le hace situar el condominio en una posición «intermedia» entre la cotitularidad dividida y la comunidad colectiva (Trat., pág. 430).

(60) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1923; 28 de febrero de 1925; 20 de marzo de 1929 y 21 de noviembre de 1929, sostienen que los condóminos son, en realidad, propietarios de toda la cosa, no siendo sustancialmente distinta la comunidad de bienes de la propiedad individual, sino una variación que origina la pluralidad de sujetos.

(61) SALIS: *Comunione*, cit. antes, pág. 4.

jurídica de los demás. No hay, pues, partes objetivas atribuidas a los comuneros, sino que el régimen asociativo que defiende el «interés de la comunidad» frente a los intereses privativos de los comuneros limita *cuantitativamente* el interés de cada uno. La cuota aparece no como parte de la cosa, ni del derecho, ni como objeto del derecho de cada comunero, sino como algo que es anejo a la situación jurídica de comunero, cuyo «algo», podemos decir con SCIALOJA, es «razón o proporción sobre cuya base se deben repartir los condóminos todas las utilidades que se extraigan de la cosa común, todas las cargas y el capital que representa la cosa común cuando cese el condominio» (62). («El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas», art. 393.)

La cuota es, pues, *medida* o proporción sobre cuya base se organiza el régimen asociativo de la comunidad impuesto por la existencia de una titularidad común, en cuyo sentido sí es cierta la afirmación de que es «ideal» o, si se quiere, como dice DE CASTRO (63), una «división de *cuenta*», un módulo aritmético de aplicación a los efectos divisibles.

Señalábamos antes que, desde otro punto de vista, la tesis de la ocupación tampoco concuerda con la terminología del artículo 395 del Código civil, y ello porque, quizá con mayor precisión que el Código italiano de 1865, rectificada por cierto en el de 1942 (64), en las hipótesis que contempla no habla de «abandono», sino de «renuncia» (arts. 575 y 576), y más cualificadamente de renuncia «en provecho de los demás» en algún caso (supuesto del artículo 544), cuyas expresiones eximen del difícil problema de conciliar la naturaleza que asignamos a la cuota del condeño con la tesis de la derelicción que precisa de un *corpus derelicto* como elemento previo a la ocupación por los demás, que permanecen en la comunidad.

Cuanto llevamos expuesto confirma la tesis, hoy aceptada generalmente, de que la copropiedad es, en efecto, un concepto estricto, el de *cotitularidad* de un derecho de propiedad, que se organiza dentro de otro concepto más amplio, el de *comunidad* («Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas», art. 392 Código civil). Se adopta la situación jurídica de *comunero* respecto a un derecho en cuanto se es cotitular de ese derecho, hecho que somete a los cotitulares a las limitaciones impuestas por el régimen asociativo de la comunidad (65). De las obligaciones de contribuir a los gastos de

(62) SCIALOJA, loc. cit.; ARANGIO RUIZ, cit. antes, pág. 207: Medida del poder de cada uno sobre la cosa»

(63) DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., vol. I, 1949, pág. 582, apartado 2.º

(64) El Código de 1942 sustituye la palabra «abandono» (art. 676 del Código de 1865) por la de «renuncia» (art. 1.104).

(65) La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1929 afirma que «cuando la propiedad corresponde proindiviso a varias personas, hay

conservación que tal régimen le impone por razón del objeto común puede liberarse *renunciando* a su situación jurídica de comunero. Tal idea de la comunidad concierne no sólo al derecho de propiedad, sino a la cotitularidad de otro derecho real menos pleno o de un derecho patrimonial de otra naturaleza.

5. Con esta construcción nos parece queda eliminado el problema relativo al «destino» de la cuota renunciada por el comunero, porque al separarse de la titularidad del derecho, renunciando a su situación de comunero, el activo y pasivo de los efectos divisibles que se organizan en la comunidad, según la proporción («cuota») que le corresponde a cada uno, aumenta porque disminuye uno de los términos de la proporción, sin que ello suponga para los demás la adquisición de un derecho nuevo ni una mayor extensión del propio, porque su derecho conserva idénticas facultades, sino una mayor medida en cuanto a los solos efectos divisibles del condominio: las utilidades y las cargas. Incluso cuando la previa eliminación del titular puede proporcionar a los demás una mayor cantidad material de objeto, que es el momento de la división, cabalmente entonces desaparece la cotitularidad, que se convierte en titularidad exclusiva, y con la consiguiente desaparición del organismo comunitario desaparecen también las limitaciones en cuanto a los efectos indivisibles (facultad de usar, salvo el «interés de la comunidad y el uso de los demás conductos»).

Como la cotitularidad del derecho no es fenómeno independiente de la comunidad en que tal situación se organiza, la simple renuncia produce en el organismo asociativo todos los efectos que anteriormente le asignamos.

Creemos, por otra parte, acertada la rectificación del nuevo Código italiano, que sustituye el término «abandono» por el de «renuncia», que es la expresión que emplea el nuestro, porque aunque la renuncia implica también una *dejación* de la titularidad del derecho, parece alejarse más, como ya veremos, de la idea de derelicción de una parte, a la que faltaría su efecto fundamental: Hacer *nullius* el *corpus derelicto* o abandonado. El término «dejación» del derecho real, si no una gran precisión, puesto que se refiere mas bien al *efecto* de la renuncia, por medio de la cual se *deja* el derecho real, tendría, por lo menos, una justificación histórica en los antecedentes franceses de nuestro Código: La *deguerpiissement*, como abdicación unilateral de un derecho real para liberarse de una *rente foncière* fué ya definida por POTHIER (66), cuya expresión, según LOYSSEAU en su «Traité duguerpiissement et

que reconocer integra, en cuanto a la propiedad de las cosas, igual relación jurídica que el dominio, con la sola variación en sus elementos de existir pluralidad de sujetos en las mismas condiciones que el dueño único, con sólo las limitaciones aumentadas determinadamente en el condominio por otra relación jurídica que entre la pluralidad de sujetos se origina, pero sin faltar ningún elemento esencial al dominio.

(66), POTHIER: *Coutume D'Orleans, Introd. au titre XIX*, núms. 80-121 y *Traité du contrat de bail a rente*, núms. 122-180.

du delayssement par hypothèque» (1615) (67), evitaron emplear las Ordenanzas francesas por extraña y ruda, sustituyéndola por la de «renuncia» que es, quizá no casualmente, el término que emplea nuestro artículo 395.

Excluido así el tradicional problema «del destino» de la parte renunciada por el condueño, que se reduce a una simple modificación de la proporción en que se organiza la comunidad en cuanto a los efectos divisibles del condominio y a una desaparición del límite impuesto a los efectos indivisibles, pensamos que un intento de construcción de la renuncia liberatoria del comunero podría llevarse a efecto considerando el fenómeno jurídico en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta la cualidad liberatoria de la renuncia y extrayendo un sistema de sus presupuestos y de sus efectos fundamentales: Un efecto primario de la renuncia que aparece con signo negativo (el titular se separa de la comunidad.) Los demás son efectos secundarios: fundamentalmente modifica la organización de la comunidad al reducirse uno de los términos del sistema proporcional en que se reparten los efectos divisibles (art. 393) y, como consecuencia, se extingue para el renunciante la obligación de contribuir a los gastos de conservación al aumentar la cantidad de efectos divisibles («los beneficios... como... las cargas») para los que permanecen en la comunidad; incluso aumenta la cantidad determinada de objeto material, que obtendrá en titularidad *exclusiva* después de la división (art. 402 del Código civil).

III

LA RENUNCIA LIBERATORIA

1. El aislamiento previo del significado de la renuncia de su derecho por el comunero exige llegar a un concepto estricto. Porque en un sentido amplio «renunciar» quiere tanto decir como apartarse de la titularidad del derecho, en cuyo amplísimo sentido todo negocio de transmisión implica una renuncia. Ello haría innecesarias las categorías de los negocios de transmisión que se cualifican, precisamente, porque en éstos la transmisión del derecho y la dejación o apartamiento del titular no son hechos independientes, sino indisolublemente ligados (68); la transmisión del derecho se verifica conforme a la voluntad del titular, produciendo así una verdadera sucesión en sentido propio (69).

Prescindiendo así de esta cualidad característica de los negocios

(67) Cit. por BRETÓN, loc. cit.

(68) Vid. FADDA y BENZA: Notas a Windscheid, I, págs. 854-889.

(69) Hasta el punto de que REGELSBERGER señala que la llamada renuncia *traslativa*, es, siempre, un negocio específico (venta, cesión, donación), mientras que la extintiva es *forma* de distintos negocios (abandono de propiedad, remisión de deuda). Cit. TRAVIESAS, loc. cit. En el mismo sentido, DE BUEN, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. 27, pág. 245.

de transmisión, la verdadera y propia *renuncia* queda reducida a un concepto más corto (70), concibiéndola como «dejação de un derecho por su titular sin intención de transmitirlo a otro» (71); de jação que JERÓNIMO GONZÁLEZ extiende, de manera más comprensiva, a la «situación, facultad, ventaja o expectativa, tuteladas por el ordenamiento jurídico» (72). De manera que la renuncia no puede, jurídicamente, significar un acto dirigido a aumentar la esfera de acción de otro; el único objeto de la renuncia es el derecho del renunciante, como dice LESSONA (73), sin otra finalidad *directa* que el apartamiento del titular, puesto que, aunque es posible que la renuncia aproveche a otro, lo que se precisa es que el renunciante no lo haya tenido en cuenta. La verdadera y propia renuncia es, pues, *extintiva* (74) simplemente, ya que su resultado es hacer salir el derecho del patrimonio del renunciante. Si hay un beneficio no es *por virtud* de la renuncia, ya que ésta no es título del beneficio, sino *condición* de su eficacia (75).

Delimitado el concepto de la renuncia, conforme la opinión dominante, la facultad de hacer salir el derecho de la esfera de nuestro patrimonio está implícita en la naturaleza del derecho patrimonial (76) con las únicas limitaciones que genéricamente establece para toda renuncia el artículo 4 del Código civil, ante el cual la declaración del artículo 395 adquiere una significación particular: la de que el comunero puede renunciar *para liberarse*, precisamente, de la obligación de contribuir a los gastos de conservación del objeto común o sería una injustificada repetición del principio general del artículo 4.

2. Es esta una cualificación a la que debe buscarse el por qué. Creemos que de los dos aspectos que destacábamos en la cotitularidad, el individualista, que se apoya en la titularidad que cada uno tiene del derecho común, y el asociativo—derivado de que no es titularidad única—que se organiza necesariamente según las normas de la comunidad, el precepto no puede tender, indudablemente, a destacar la facultad general del titular, por la que puede renunciar a su derecho, ya que tal facultad le corresponde, dentro de aquellos límites genéricos del artículo 4, por el solo hecho de ser

(70) BEKKER, Pand. II, pág. 230, nota. Considera inexacta la argumentación de quienes ven en la renuncia una especie de enajenación. Cit. TRAVIESAS, loc. cit.

(71) RUGGIERO, Inst. t. I, pág. 240.

(72) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *La renuncia en derecho inmobiliario*, loc. cit., página 36.

(73) LESSONA, loc. cit.

(74) COVIELLO: *Trascrizione*, II, pág. 159, distingue, aparte de la renuncia traslativa, la declarativa o abdicativa (que es la declaración de no querer un derecho *omissio adquirendi*) y la *extintiva* (voluntad de perder un derecho ya adquirido, sin intención de transmitirlo a otro).

(75) RAYNAUD, loc. cit. Una teoría general de la renuncia, además de los ya citados. PIRAS: *La rinunzia nel Diritto privato*. Napoli, 1940.

(76) Especialmente ATZESI, loc. cit. y BALBI, loc. cit., así como TRAVIESAS v. allí citados.

titular, como corresponde al titular único, y no por ser cotitular; el precepto tiende a superar, en el caso concreto de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, el aspecto comunitario o asociativo de la cotitularidad, autorizando al comunero a separarse del organismo asociativo, a separarse de la comunidad, desvaneciendo el límite del interés ajeno («perjuicio de tercero»). Porque le autoriza a renunciar a *pesar* del posible interés de la comunidad (77). Es evidente que la renuncia del comunero, cuya facultad le corresponde como titular del derecho, afecta inmediatamente al interés de la comunidad de los cotitulares no sólo porque modifica toda la organización de la comunidad en cuanto a los efectos divisibles del derecho común, sino también porque puede acaecer que los gastos de conservación sean desproporcionados a la utilidad del objeto. La Ley autoriza la renuncia aun a costa de aumentar la proporción en que los demás comuneros deben contribuir.

De este modo, lo que en realidad concede el precepto no es la facultad de renunciar, sino la de *liberarse* de *ciertas obligaciones* por razón del objeto común mediante la renuncia, cualquiera que sea el interés de la comunidad; obligaciones concretas de las que no se liberaría por el solo hecho de la renuncia de no conceder la Ley explícitamente este efecto. Referido el precepto a la obligación de contribuir a los gastos de *conservación* de la cosa común, que son obligaciones por razón del objeto mismo sujeto a comunidad, tampoco quedaría justificado el precepto, porque todo apartamiento del derecho libera de tales obligaciones, luego el precepto ha de referirse a la liberación de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, pero precisamente a obligaciones nacidas o, si se quiere, exigibles *antes* de que la renuncia se produzca y de las cuales no podría el comunero liberarse por la renuncia si la Ley no le hubiera asignado expresamente ese efecto liberatorio. Debe observarse, sin embargo, que la liberación por medio de la renuncia sólo opera en el ámbito de la comunidad, o sea, frente al comunero o comuneros que exigen la contribución al gasto realizado o por realizar, mas no frente a un tercero, que puede ser acreedor por cualquier título y frente al cual no puede liberarse renunciando, porque el tercero acreedor no forma parte de la comunidad y opera sin restricción alguna la responsabilidad patrimonial inherente al vínculo obligatorio.

Luego cuando hablamos de obligaciones ya nacidas y exigibles *antes* de la renuncia, nos referimos a obligaciones exigibles por los demás comuneros. Así, cuando el artículo 395 se refiere a gastos de conservación de la cosa o derecho común, se refiere realmente a obligaciones nacidas para el comunero por *razón* de su ti-

(77) En principio sólo puede renunciarse lo que ofrece ventajas al renunciante, pero no obligaciones o cargas, ni posición jurídica a la que esté ligado el titular con derecho y obligación de mantenerla. (REGELSBERGER, loc. cit., págs. 451-452. Cit. TRAVIESAS, loc. cit.)

tularidad sobre el objeto común, pero tales obligaciones están aún más cualificadas, pudiendo quizá afirmarse que son obligaciones *propter communitatem* y no necesariamente *propter rem*, dada la amplitud del artículo 395 en consonancia con el 392, que no restringen la comunidad a sólo los derechos reales, como hace, por ejemplo, el Código italiano (Vid. art. 1.100 de este Código).

La razón en que tal reconstrucción se apoya no es otra que la propia organización del régimen asociativo de la comunidad. Aceptado el sistema de mayorías para cuanto se refiera a la administración y disfrute, por el solo hecho de ser cotitular se es comunero y se está sometido a dicho régimen, circunstancias éstas que motivan el que puestos en conflicto el interés de la comunidad y el del comunero con respecto a decisiones que, en orden a la conservación del objeto común, fueron adoptadas por la mayoría sin su voluntad o incluso contra su voluntad, se da al comunero la posibilidad de eludir aquellas cargas que no le convenga soportar apareciendo con mayor fuerza el argumento cuando tales gastos los realiza un comunero por su sola iniciativa. Para ello no bastaba la genérica facultad de renunciar al derecho, que encontraría el límite del interés (78) en que *no se renuncie* de la comunidad a que el titular está vinculado, y por eso se le concede una renuncia a la total situación jurídica que le corresponde: como cotitular del derecho común y como comunero. Con ella el aumento en las cargas que para los demás ocasiona la renuncia se compensa teóricamente con el aumento, en la misma proporción, de los «beneficios», quedando así borrado el «perjuicio de tercero»: es la función «satisfactorio-liberatoria» que asigna BRANCA (79) a la renuncia del condueño.

Los demás comuneros pueden, a su vez, renunciar a su respectiva situación si no les conviene la permanencia ante la renuncia del otro (80), como ocurre en todo caso en que la compensación teórica del artículo 395 no se produzca prácticamente por ser mayores los gastos de conservación que los beneficios, haciendo excesivamente oneroso el ejercicio del derecho tenido en común; o bien pedir la división del objeto común acabando con la organización comunitaria, aunque este segundo medio sólo impediría el nacimiento de nuevas obligaciones sin liberarlos de las anteriores, para las que no hay otro medio liberatorio que la renuncia.

3. La primera cuestión que se plantea en torno a esta construcción es la de qué sucederá en el caso de que el condueño renuncie, no para liberarse de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, que pueden no haber surgido o estar satisfechos, ni para

(78) El «perjuicio de tercero», límite de la renuncia que señala el artículo 4, es el perjuicio que sufre «su interés en que no se renuncie» (TRAVIESAS, loc. cit.). En este caso es el interés de los que constituyen la comunidad.

(79) BRANCA: *Commentario del Codice Civile*, libro terzo. *Della proprietà*, artículos 1.100-1.172. Roma, 1954, pág. 134.

(80) SALIS, loc. cit.

beneficiar la proporción en que participan los demás comuneros en los efectos divisibles, sino por puro *desinterés*. Porque en este supuesto, verdaderamente hipotético, pero posible, dada la personal valoración del propio interés, parece haber desaparecido del argumento. Sin embargo, tal renuncia nos parece perfectamente admisible, aunque no como ejercicio de la facultad del artículo 395 del Código, de especial aplicación a la comunidad, sino como ejercicio de la general facultad de renunciar a los derechos, comprendida en los límites del artículo 4.

Límites que no sobrepasa esta renuncia desinteresada porque no produce «perjuicio de tercero». La subsiguiente modificación del régimen asociativo de la comunidad que la renuncia produce sigue operando dentro del sistema proporcional en que la comunidad se organiza, de manera que si bien aumentan las cargas para cada uno de los que permanecen en comunidad, en la misma proporción aumentan los beneficios. Respecto al comunero renunciante, aun sin manifestar su finalidad liberatoria o sin tal finalidad, la liberación de tales obligaciones se produce, puesto que al separarse del organismo asociativo ya no participa en las cargas.

4. En orden a la naturaleza de la renuncia del comunero conviene diferenciarla del simple *no ejercicio* del derecho común: Puede el comunero abstenerse de ejercitar su derecho sin que tal actitud produzca el efecto liberatorio de la renuncia, porque le falta el inmediato efecto extintivo de ésta. La renuncia precisa de una declaración de voluntad (81) del titular del derecho renunciado, es decir, una manifestación *expresa* (82), ya que una renuncia tácita no liberaría al comunero de su obligación de contribuir, porque los Tribunales le obligarían a reintegrar su participación en los gastos, a menos que exprese su renuncia (83) haciendo uso de la facultad del artículo 395.

Los autores coinciden en que tal declaración de voluntad dirigida a la renuncia entraña un negocio jurídico *unilateral* (84), discrepando en el punto concreto, que se refiere a si tal negocio ha de ser *recepticio* para que produzca todos sus efectos. Los partidarios del negocio unilateral recepticio parten, evidentemente, de considerar el derecho del condueño como un derecho *autónomo*, puesto que alegan el principio general de que nadie puede ser obligado a adquirir un derecho contra su voluntad o sin su voluntad: Es la razón por la que unas veces afirman la necesidad de la *aceptación* para que haya acrecimiento (85), y otras distinguen la renuncia,

(81) Hablamos de *declaración* de voluntad, precisamente para distinguirla de la simple *manifestación* que puede consistir en una mera *conducta*. Creemos que la única posibilidad de adjudicarle eficacia liberatoria a la renuncia, frente al simple «no ejercicio», es que esté expresamente declarada.

(82) BRETÓN, loc. cit. Es la opinión dominante.

(83) En este sentido MANRESA, loc. cit.

(84) Los anteriores y REYNAUD, loc. cit. LESSONA, BRANCA, BALBI, TRAVIETAS, locs. cit. y BARASSI: *Proprietà e comproprietà*. Milano, 1951, pág. 750.

(85) LESSONA, loc. cit.

común a todo derecho patrimonial, y el abandono liberatorio propiamente dicho, que encierra un negocio unilateral recepticio de renuncia; éste basta para liberar al renunciante, pero exige una declaración de voluntad de los demás condueños dirigida a la adquisición del derecho renunciado, declaración que se resuelve, a su vez, en otro negocio unilateral que no constituye aceptación respecto a la declaración del deudor, relativa a la renuncia (86).

En esta última tesis el mecanismo de la renuncia liberatoria se produce así: El comunero declara que no piensa cumplir su obligación de contribuir a los gastos de conservación, por lo que pone a disposición del acreedor su cuota en la comunidad. Con ello se libera cualquiera que sea la posterior actitud de los comuneros, que pueden o no adquirir el derecho renunciado. Para adquirirlo precisan manifestar también su voluntad, que puede estar implícita en su propia conducta.

Pero esta tesis conduce, como puede verse, a escindir en dos el fenómeno: Un negocio unilateral recepticio realizado por el renunciante, cuyo efecto es la extinción de la obligación de contribuir, aunque continúa siendo titular del derecho hasta que los demás no declaren, a su vez, querer adquirir mediante el otro negocio unilateral no recepticio, y deja sin resolver o resuelve por el sencillo expediente de la «cuota vacante», el supuesto de que no se produzca el segundo negocio. Frente a tal construcción pensamos que extinguido el deber de contribuir—efecto único que se asigna al negocio de renuncia—queda el comunero fuera de la comunidad, y ello no es compatible con la permanencia en la cotitularidad del derecho; según aceptamos se es comunero porque se es cotitular, y basta un solo negocio de renuncia para que se produzcan todos los efectos: sobre la titularidad, sobre las obligaciones por razón de esa titularidad y sobre el organismo asociativo de la comunidad.

Por ello, la tesis más generalmente admitida es que la renuncia constituye un solo negocio unilateral, que no necesita aceptación para que produzca sus efectos (87), negándose la distinción entre renuncia simple y renuncia para liberarse, puesto que la liberación se produce cualquiera que sea la intención que haya inspirado la renuncia. Siendo ésta el ejercicio de una facultad del titular no tiene porque explicar el motivo por el cual renuncia, de lo que algunos deducen, además, su carácter abstracto (88).

(86) BALBI, loc. cit., págs. 185 y ss.

(87) La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de agosto de 1944, declara que la renuncia sólo exige la manifestación de voluntad del titular del derecho renunciado. Una vez manifestada logra por sí misma la concreta finalidad abdicativa. SEGRE: *Curso de Derecho Civil*, Parte general, 1929, pág. 113, sostiene que es negocio esencialmente unilateral en que no es necesario el concurso de la declaración adhesiva de voluntad de aquel a quien aprovecha la renuncia. BRANCA, loc. cit. sostiene que los efectos se producen para los demás condueños por el solo hecho de pertenecer a la comunidad. Y SALIS, MANRESA, TRAVIESAS, loc. cit.

(88) BRÉTON, loc. cit.

IV

PRESUPUESTOS Y EFECTOS DE LA RENUNCIA

1. El negocio unilateral de renuncia a su derecho que el comunero realiza para liberarse de contribuir a los gastos de conservación del objeto común produce por sí mismo una serie de efectos que se desenvuelven en el área del organismo asociativo de la comunidad y se proyectan en dos versiones: a) Efecto liberatorio con respecto a esas obligaciones a que se refiere el artículo 395, y b) efectos en las organización de la comunidad: Separación del titular y aumento en los demás comuneros de su participación en los efectos *divisibles* al modificarse lo proporción (art. 393 del Código civil).

Respecto al primer aspecto, cuestión previa es la relativa a qué obligaciones del comunero afecta el negocio de renuncia; en otros términos, qué categoría de obligaciones son las que protegen el deber asociativo del comunero de contribuir a los gastos de conservación, de las que resulta liberado mediante la renuncia, y llegados a este punto creemos necesario hacer una nueva reflexión sobre el artículo 395. Conforme a su texto cada comunero puede obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación, y *frente a él*, por tanto, opera la eficacia liberatoria de la renuncia: «gastos de conservación» pueden ser, por ejemplo, el pago de los impuestos o el importe de las reparaciones, gastos éstos que, como cualesquiera otros que originen un crédito del que sea titular un *tercera* si éste lo exige no opera contra él la renuncia como excepción liberatoria, cualquiera que sea la naturaleza del gasto, porque el tercero acreedor, no formando parte de la comunidad, no está en el ámbito del artículo 395. Los créditos exigidos por terceros acreedores no se extinguen mediante la renuncia, que sólo opera frente a los comuneros acreedores.

Así la obligación de contribuir a los gastos de conservación es por razón del objeto, en efecto, pero no todas estas obligaciones —aun siendo estrictamente derivadas de los gastos de conservación— se extinguen para el comunero mediante la renuncia, pues para ello se precisa la concurrencia de otro elemento más: Que el crédito lo exijan precisamente los demás o alguno de los comuneros, es decir, obligación nacida frente a la comunidad o frente al comunero, que por su iniciativa y a su costa realizó el gasto. El artículo 405 viene a salvaguardar, por su parte, el derecho de los terceros aun para el supuesto de división de la cosa común, ya que «conservan igualmente su fuerza... los derechos personales que le pertenezcan contra la comunidad». Queda así reducido el ámbito del artículo 395 y la facultad liberatoria del comunero a la obligación de contribuir a los gastos de conservación que exijan los comuneros u otro comunero.

Nuestros comentaristas, en otro aspecto, concretan el alcance de la facultad liberatoria del artículo 395 del Código únicamente a los gastos *necesarios*, o sea, aquéllos sin los cuales la cosa no puede conservarse y son indispensables a su sostenimiento (89), que se extiende no sólo a los destinados a evitar la ruina de la cosa, sino también a «defender el derecho» y «mantener su ejercicio», y, por tanto, a los gastos del pleito que se entable contra los comuneros ejercitando una reivindicación (90) a lo que creemos puede añadirse el pago de los impuestos, todas con la salvedad antes hecha de que tales gastos sean exigidos por la comunidad o por el comunero que realizó el gasto y no por el tercero-acreedor que no interviene en la comunidad.

El precepto se abstiene de hablar de gastos «necesarios» como hace el Código italiano de 1942 (91), con lo que crea un primer problema, consistente en fijar un criterio de determinación de lo que por gastos reembolsables ha de entenderse, y aceptado el común criterio de que son precisamente los «necesarios» a la «conservación» del objeto común, cuales sean estos. En este sentido nos parece evidente la solución propuesta por BELTRÁN (92), según el cual el límite de lo que por gastos necesarios ha de entenderse se extrae poniendo en relación el artículo 305 con los límites que el artículo 304 establece respecto al uso de la «cosa», especialmente el que se refiere a la obligación de hacerlo «conforme a su destino». Qué gastos son necesarios para que el objeto común sirva a su destino *económico*—añadimos nosotros—es siempre una cuestión de hecho cuya apreciación corresponderá, en último término y «a instancia de parte», al Juez, que «proveerá lo que corresponda»—al menos en sentido negativo, ya que declarará la ineficacia del acuerdo en su caso—, conforme al artículo 398 del Código civil. Observamos, sin embargo, que esos gastos necesarios para que el objeto común sirva a su destino no deben considerarse tan restringidamente que se confundan con los imprescindibles, sino más bien—como oímos al profesor DE CASTRO—los precisos para mantener un *status quo* económico y jurídico del objeto.

Ahora bien, como SALIS pone de relieve (93), el comunero goza realmente de una doble facultad: Realizar por sí mismo los gastos necesarios y pedir después el reembolso por cuotas, o bien pedir que cada uno contribuya con él a realizarlas, la primera de las cuales reconoce expresamente para nuestro Derecho la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (94). La segunda facultad requiere el

(89) MANRESA, loc. cit.

(90) SCAEVOLA, loc. cit.

(91) Artículo 1.104. En Derecho romano no surgía el derecho a la repetición sino cuando había sido atendida una *cogens necessitas* (Dig. 1. X, tit. II, XXV-15. *Fam. eriscundoae* y X, III, 6-2, *Comm. div.*).

(92) Loc. cit., pág. 246.

(93) Loc. cit., pág. 119.

(94) La sentencia de 3 de julio de 1929, expresa claramente el derecho de los condueños a adelantar, primero, y reclamar, después, de los otros con-

acuerdo previo de la mayoría o el recurso del artículo 398 de acudir al Juez para obtener la declaración de necesidad de los gastos «a realizar», a fin de que el comunero disconforme sea condenado a contribuir, a menos que excepcione la renuncia a su situación jurídica de comunero. La actuación por propia iniciativa sin el previo acuerdo acerca de la necesidad de los gastos de conservación del objeto, exige, para que tenga lugar la obligación de reembolso, un posterior reconocimiento por los demás comuneros o por la autoridad judicial si hay oposición.

Basta con que el comunero que tome la iniciativa obre en *interés* de la comunidad; hoy se rechaza la necesidad de que actúe *animus aliena negotia ferendi*, rechazando la solución romana de la *actio negotiorum gestorum contraria* para el caso de que actúe en interés de todos, bien porque no se trata de un negocio «ajeno», sino «común» (95), bien porque lo que legitima el reembolso es una circunstancia puramente objetiva: que los gastos sean necesarios a la conservación (96). Suelen ser considerados como tales los de reparación y aun los de reconstrucción, que entran en los de reparación mientras la cosa permanezca en estado de cumplir su destino (97).

2. Como consecuencia de estos gastos, necesarios para la conservación del objeto común, conforme a su destino económico, surge para el comunero, dentro del organismo asociativo, la *obligación* de contribuir a tales gastos. Decimos que la obligación surge *dentro del organismo asociativo* que entrafía la comunidad porque nace como consecuencia de gastos de conservación realizados por otro comunero o acordados realizar por la mayoría, y es evidente que esta situación de sujeto pasivo de la obligación de contribuir no puede producirse para el titular único, que bien puede no realizar tales gastos si lo tiene por conveniente.

Mas la obligación surge dentro del organismo asociativo, pero por razón de «la cosa o derecho común», y como algo unido a la titularidad, de manera que la posición de deudor o acreedor de tales gastos se concreta en tal organismo por el hecho de que una persona se encuentre en la situación de cotitular del derecho, lo que ha permitido—partiendo de considerar aplicable el concepto de comunidad a sólo los derechos reales—la afirmación casi unánime de que la obligación de contribuir el comunero es de las llamadas «propter rem» (98), y con ello justificar la renuncia libe-

dueños, las expensas indispensables hechas para la conservación de la cosa común».

(95) BELTRÁN, loc. cit., págs. 246 y ss.

(96) SALIS: Loc. cit.; BARASSI: *Comproprietá*, 365 y ss.

(97) Vid. SALIS: Loc. cit. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1907 parece considerar necesarios los que se derivan del pago de la Contribución Territorial.

(98) Vid. MICHOUX, tesis sobre *Obligations propter rem dans le Code Civil*. Nancy, 1891; FERRINI: *Manuale di Pandette*, Società Editrice Libreria, 1917, página 550 y ss.; ATARD: *Algunas de las construcciones jurídicas que exige*

ratoria, ya que por el hecho de ser cotitular del derecho real se es comunero y, al formar parte del organismo asociativo, se asumen tales obligaciones, de manera que no se pierde la conexión entre la titularidad del derecho real y la obligación *ob rem*, que se extingue renunciando a aquél, que tanto quiere decir como renunciar a la situación jurídica del comunero separándose del derecho real.

Creemos, sin embargo, que dentro de nuestro sistema no puede quizá afirmarse que tales obligaciones tengan siempre el carácter de *propter rem*, porque nuestro Código parece tener un más amplio concepto de la comunidad «*de bienes*», no limitada a los derechos reales estrictamente, a pesar de su imprecisa terminología. Se ha dicho, en efecto (99), que en un sentido amplio—equiparando comunidad a cotitularidad—no hay razón alguna para limitar la comunidad al campo de los derechos reales, pero que en un concepto más técnico no es necesario recurrir a la comunidad para los supuestos de la cotitularidad de derechos relativos, puesto que la titularidad solidaria y la mancomunada en las relaciones obligatorias se refiere a derechos susceptibles de fraccionamiento que permitan la concurrencia de titularidades jurídicas distintas, de donde se concluye que sólo los derechos reales son susceptibles de ser tenidos en común, con cuyo punto de partida podría con razón afirmarse que la obligación de contribuir a los gastos de conservación es de las llamadas *propter rem*.

Mas frente al restringido concepto del artículo 1.100 del Código italiano—confirmado por el 2.248—, que refiere la comunidad solamente a la propiedad u otro derecho real, nuestro artículo 392 se refiere, de manera imprecisa, a la propiedad «de una cosa o de un derecho», sin tal limitación, como se deriva del contenido del artículo 398, que expresamente habla de «*los intereses que constituyan el objeto de la comunidad*», y de los artículos 1.665 y 1.669, según los cuales, cuando se *ponen en común bienes*—no precisamente derechos sobre cosas—manteniendo secretos los pactos entre los socios, y cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros, se aplicarán las disposiciones relativas a el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica. «Rev. Der. Priv.», 1924, pág. 274; PACCHIONI: *Diritto Civile italiano*. Parte seconda, vol. I. Delle obbligazioni in generale. CEDAM, 1941, págs. 337 y ss.; DE LUCA: Loc. cit. Roma, 1915; BALBI: Loc. cit., Torino, 1920. De dan este carácter a la obligación de contribuir el condeño: BARASSI: Loc. citada, página 572 y ss.; PLANTOL-RIPERT: *Traité pratique*, III, 1, pág. 361 y siguientes; PACCHIONI: Loc. cit.; BRANCA: Loc. cit.; SALIS: Loc. cit.; BRETON: Loc. cit.; MICHOD: Loc. cit.; CLAPS: *L'abbandono liberatorio nel dir. civ. ital.* Torino, 1.897.

(99) BELTRÁN: Loc. cit., págs. 23 y 68. En contra, COSACK (Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, zweite abteilung, Fünftes Buch. Das Gemeinschaftsrecht Einleitung, pág. 1. Jena, 1924). quien sostiene que la comunidad se refiere, tanto a créditos como a derechos reales o de otra clase, considerando que no es aconsejable dividir, como suele hacerse, el derecho de la comunidad en el derecho de obligaciones, de una parte, y, de otra, en los derechos reales. También la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1927.

la comunidad de bienes, de donde se sigue que, junto a los supuestos típicos de la pluralidad de sujetos en las relaciones obligatorias, que discurren por los cauces de la mancomunidad y la solidaridad, puede darse el supuesto de cotitularidad interna de un derecho de crédito en el ámbito el artículo 1.669.

Aceptamos así que se excluyan de la comunidad, como concepto técnico, la solidaridad, la mancomunidad y la cotitularidad personificada, pero creemos posible la tenencia en común de un derecho de crédito, sin personalidad, sin mancomunidad y sin solidaridad: lo primero porque la relación obligatoria no se haya constituido en una colectividad con personalidad jurídica; lo segundo y lo tercero porque haya varias personas interesadas en el crédito, cuyo interés común les liga entre sí por un conjunto de derechos y obligaciones que constituyen precisamente, y por expresa disposición del Código, la organización de la comunidad (artículo 1.669, último párrafo).

A esto puede añadirse que si la comunidad en sentido estricto o técnico existe solamente «cuando no es posible la delimitación de varios derechos que concurren sobre un mismo objeto, bien porque lo impide la naturaleza del *objeto*, o la complejidad de las relaciones entre los sujetos» (100), tal afirmación conduciría, por contrario sentido, a ver también supuestos de comunidad de un derecho de crédito en el concreto caso del artículo 1.139 de nuestro Código, que expresamente excluye la mancomunidad cuando la pluralidad de sujetos se refiere a una obligación indivisible (101).

No creemos, por lo expuesto, que en nuestro Derecho pueda afirmarse por vía de precepto general que la obligación de contribuir sea en cualquier caso una obligación *propter rem*, y centramos las eficacia liberatoria de la renuncia no sobre obligaciones *propter rem*, derivadas de los gastos de conservación de la *cosa* común, sino de la conservación de los *bienes tenidos* en común y precisamente porque se tienen en común. De manera que admitimos que tales obligaciones puedan ser *mediatamente propter rem* en los supuestos de copropiedad o comunidad de derechos reales, pero siempre que *inmediatamente* tales obligaciones sean, por así decirlo, *propter communitatem*, porque para que entre en juego el artículo 395, verse o no la comunidad inmediatamente sobre una *res*, es preciso que la obligación se desenvuelva pasiva, pero también activamente, en el complejo del organismo asociativo.

Con tal salvedad, la liberación de la obligación de contribuir mediante la renuncia viene admitida por la consideración de que no se es titular o cotitular del derecho para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones nacidas del régimen de la comunidad, sino que se deben tales obligaciones porque se es cotitular de tal

(100) BELTRÁN: Loc. cit., pág. 27.

(101) GIORGI: *Oblig.* I, pág. 86, al invocar la regla *concurso partes fiunt, en defecto de un precepto expreso*, como el de nuestro artículo 1.138, excluye la regla en los casos de solidaridad e indivisibilidad.

derecho, que es todo lo contrario. Así, por expresa disposición de la Ley, el interés del acreedor-comunero no es prevalente respecto al titular del derecho a efectuar la renuncia una vez que decide sobre su conveniencia de conservarlo o de perderlo (102).

PACCHIONI (103), contemplando el aspecto «responsabilidad» de la relación obligatoria y aceptando el carácter *ob rem* de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, distingue entre obligaciones «ambulatorias», que denomina de «responsabilidad limitada a un solo bien», y obligaciones de este tipo «con responsabilidad plena», perteneciendo a las primeras todas aquellas obligaciones *ob rem* para las cuales la Ley admite la renuncia liberatoria. Según esta distinción, la renuncia opera, respecto a las obligaciones *ob rem*, con «responsabilidad plena», liberando al deudor sólo de *futuro*, mientras que respecto a obligaciones «con responsabilidad limitada» la renuncia libera tanto de futuro como de *pretérito*. Con esta fórmula el efecto liberatorio de la renuncia del condueño, respecto a su obligación de contribuir a los gastos de conservación, alcanza, de acuerdo con la solución más generalmente aceptada (104), a todas las de este tipo, incluso a las ya exigibles al tiempo de la renuncia, que actúa precisamente como acto obstativo a su exigibilidad en los casos normales. Por contra, al no establecer la Ley específica facultad liberatoria, es decir, respecto a todas las demás obligaciones *ob rem*, no derivadas de los gastos de conservación necesarios a la cosa común, la renuncia sólo produce un efecto liberatorio de *futuro*, o sea, *a partir* de la renuncia (105).

La fórmula de PACCHIONI podemos utilizarla como mera sugerencia, observando, en primer lugar, que la denominación de obligaciones «con responsabilidad limitada a un solo bien» y de «responsabilidad plena» no nos parece exacta, puesto que unas y otras son de responsabilidad plena en cuanto el deudor responde indudablemente con todos sus bienes presentes y futuros mientras conserve la titularidad del derecho real. Cosa distinta nos parece decir que en hipótesis especiales, como la del artículo 395, en que expresamente se conceda una renuncia liberatoria, se aprecia la existencia de ciertas obligaciones con responsabilidad «eludible» hacia quienes se encuentren en una especial situación jurídica con el deudor, puesto que a las demás obligaciones no comprendidas específicamente en el precepto, lo que se consigue mediante la renuncia no es eludir la responsabilidad, sino que nazca

(102) Vid BALBI: Loc. cit. Sobre la limitación de la facultad de renunciar, cuando la obligación tiende a satisfacer exigencias de carácter público. Vid. PRAS: Loc. cit.

(103) PACCHIONI: Cit. antes, páginas 337 y ss.

(104) BARASSI: Loc. cit.; SALIS, BALBI: Loc. cit.

(105) MICHOUX: Loc. cit., destaca que, aunque en principio la renuncia sólo libera de las obligaciones futuras, el efecto liberatorio se produce, tanto para el pasado como para el porvenir «en hipótesis especiales».

el vínculo obligatorio. En éstas, una vez nacida la obligación y exigible, la renuncia no opera su extinción. Cuando se dice que toda renuncia no comprendida en el ámbito del artículo 395 sólo produce un efecto liberatorio de *futuro* no creemos que se hable con exactitud, porque ante el apartamiento del titular la obligación no nacida no puede extinguirse, lo que sucede es que no nace para el ex-titular, porque ya no tiene el derecho, al que la obligación es inherente. En segundo lugar, el criterio amplio que aceptamos para nuestro Derecho respecto a la comunidad de «bienes» excluye que hablemos de obligaciones *ob rem* con responsabilidad «eludible», sino de obligaciones inherentes a la cualidad de comunero que la Ley permite eludir apartándole de la comunidad mediante la renuncia a la titularidad del derecho que se tiene en común.

Esta construcción permite desterrar, además, la distinción entre obligaciones derivadas de la *posesión* y derivadas del *disfrute* (106), según la cual para estas últimas la renuncia sólo produce un efecto liberatorio de futuro, puesto que basta tener presente la concreta extensión del artículo 395, que sólo considera la obligación del comunero de contribuir a los *gastos de conservación* del objeto común que exijan los demás comuneros, para que sólo con referencia a ellas se pueda hablar de extinción de obligación pretérita mediante la renuncia por especial disposición de la Ley. Cualesquiera otra obligación no comprendida en este ámbito, ya nacida y exigible, no se extingue por la renuncia del comunero, lo que al menos constituye un criterio práctico.

3. Delimitados así los presupuestos de la facultad liberatoria del comunero, mediante la renuncia a su situación en la comunidad, parecen a primera vista conducirnos a la conclusión de que en estos casos de renuncia específica para liberarse, más bien que ante una verdadera y propia renuncia, unilateral y extintiva, se está ante un negocio de otra naturaleza, ante un negocio solutorio-bilateral. La tesis ha sido mantenida en diversas ocasiones: unos, alejándose del concepto de la renuncia, conciben la facultad del comunero como un supuesto de *dación en pago* (107), tesis a la que se aproxima con imprecisión en nuestra literatura jurídica GONZÁLEZ PALOMINO (108), para quien no hay «ni sombra de renuncia ni de acrecimiento», estimando que la facultad del comunero «es un caso de dación en pago o cesión con causa onerosa»; otros, tomando en consideración la sola relación obligatoria, estiman que dicha facultad no constituye sino una obligación debida en forma alternativa (109).

(106) Entre otros, BRETÓN: Loc. cit.

(107) DE LUCA: Loc. cit., pág. 13: Sostiene que el abandono liberatorio constituye una *datio in solutum* legal.

(108) GONZÁLEZ PALOMINO: Loc. cit.

(109) CHIRONI: *Trattato dei privilegi*. Vol. I, pág. 131.

Tales posiciones están carentes, a nuestro parecer, de la debida justificación: De un modo general los negocios solutorios no tiene en cuenta más que la relación obligatoria en sí, aunque modifiquen la titularidad del derecho, de manera que no implican la extinción de las obligaciones por el hecho de apartarse de la titularidad del derecho, sino que exigen una renuncia traslativa (110). Nuestro precepto habla sólo de «renuncia» a la titularidad (a «su parte») como medio liberatorio y todo efecto posterior, en cuanto implique una voluntad atributiva sobrepasa, como hemos visto, el concepto de la renuncia. Cuando la Ley pretende un querer atributivo en el renunciante lo expresa (Cfr. art. 544 Código civil: renunciando «en provecho de los demás»).

Pero, además, el ejercicio de la general facultad de renunciar libera al deudor de las obligaciones que le corresponderían por razón de la «cosa o derecho» desde que abandona la titularidad, mientras que la renuncia cualificada del artículo 395, y por lo que se refiere concretamente a los gastos de conservación, lo libera también de las obligaciones pasadas constituidas a favor de la comunidad o del comunero que realizó el gasto: La dación en pago no puede referirse en modo alguno a obligaciones no nacidas, de las que en esta específica renuncia del artículo 395 también queda excluido el condueño renunciando a su titularidad. Por otra parte, la dación en pago requiere el consentimiento del acreedor en recibir una prestación distinta de la debida, mientras que en la renuncia liberatoria el efecto se produce sin la voluntad de los demás y por el solo hecho de que la renuncia a la titularidad del derecho modifica toda la organización de la comunidad, por cuya razón no creemos compartible la opinión de DE LUCA (111), que elude tan esencial dificultad sobre la base de que el acreedor sabía de antemano que el deudor podía liberarse mediante el abandono, con lo que, en su opinión, había dado implícitamente su consentimiento para la adquisición del derecho abandonado (112).

Por idénticas razones creemos infundada la ambigua tesis de la cesión de bienes con causa onerosa o la de que la renuncia se hace en favor de la comunidad que soportó los gastos de conservación (113), porque entre otras circunstancias que no se dan en la renuncia del comunero (114) estimamos muy aventurado presumir en el comunero, cuando renuncia, un fin atributivo o tratativo que en la mayoría de los casos no existirá.

(110) SALIS: Loc. cit., afirma con razón que la liberación de la obligación de contribuir es uno de los efectos del abandono, y no una causa de la que dependa el acrecimiento.

(111) DE LUCA: Loc. cit.

(112) Vid. ALLARA: *la prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*. «En *Annali del Seminario giuridico delle R. Università di Palermo*. Volumen XIII, 1929.

(113) BELTRÁN: Loc. cit., pág. 257.

(114) Vid. SALVI: *La cessioni dei beni ai creditori*. Milano, 1947.

4. La facultad de renunciar el comunero no encuentra más límites que los genéricamente establecidos y a los que nos referimos anteriormente, por lo que, en este aspecto, sólo hemos de destacar que, según la opinión dominante, el pacto de permanecer en la indivisión (art. 400 del Código civil) no excluye la facultad de renunciar (115), según VITUCCI (116), porque la renuncia de un comunero no hace desaparecer la comunidad, y si son dos solamente tampoco se produce la división de la cosa común (117).

Sin embargo, la idea de límite aparece más vigorosamente cuando éste se refiere no a la facultad de renunciar a la titularidad del derecho, sino cuando se refiere al efecto liberatorio de la renuncia, incluso en las obligaciones por gastos de conservación que exijan los demás comuneros, a que se reduce el artículo 395. Estos límites aparecen cuando la renuncia va acompañada de circunstancias que excluyen su efecto liberatorio respecto a las obligaciones ya nacidas, circunstancias a las que la mayoría de los autores asignan el efecto de convertir la obligación inherente a la titularidad del derecho en común en vínculos estrictamente personales e independientes, cuyo origen está en la voluntad del condómino (118), lo que podemos expresar afirmando que no se trate de obligaciones *propter communitatem*.

BALBI (119) señala varias circunstancias limitativas de la «facultad de abandono», que más bien son, según creemos, a la facultad de «liberarse» mediante la renuncia y que son las siguientes:

a) Cuando el deudor haya realizado actos que impliquen su responsabilidad por el cumplimiento (acto culpable), porque entonces la obligación ya no está ligada al derecho en común, sino a esos hechos. Pensamos que tal limitación es innecesario señalarla, porque la liberación mediante la renuncia a la titularidad del derecho sólo afecta a las obligaciones directas e inmediatamente ligadas a la cualidad de comunero.

b) Los actos que impliquen renuncia a la facultad de abandono, tales como la aprobación, expresa o tácita, de los gastos de conservación (120). SALIS niega con razón esta circunstancia por entender que el consentimiento a los gastos necesarios no lleva consigo, por fuerza, la renuncia a la facultad de abandono, cuyo efecto es la extinción de la obligación de contribuir (121). La circunstancia de que el comunero haya sido interpelado antes de hacer los gastos de conservación y haya guardado silencio sin ex-

(115) SALIS y BELTRÁN: *Loc. cit.*

(116) VITUCCI: *Comunione. Nuovo Digesto Italiano.*

(117) En sentido análogo CLAPS: *La cosiddette obbligazioni reali e l'abbandono obbligatorio nel Diritto Civile italiano.* «Riv. ital per le scienze giuridiche», 1896. Vol. XXI, págs. 294 y ss.

(118) BARASSI, VITUCCI: *Loc. cit.*, entre otros.

(119) BALBI: *Loc. cit.*

(120) Así, también, VITUCCI y BARASSI, citados antes y artículo 1.104, Código italiano.

presar su voluntad es también apreciada por VITALEVI (122) y rechazada por SALIS, por entender que se funda en razones de equidad poco convincentes.

Respecto a este punto creemos debe distinguirse entre obligaciones futuras, que no llegan a nacer para el comunero que renunció, y obligaciones anteriores, acerca de las cuales entendemos con BELTRÁN (123) que la renuncia no libera, bien cuando existe una aceptación expresa, con evidente intención de asumir la obligación personalmente, bien cuando el pacto que rige la comunidad obliga a los partícipes a responder personalmente de los gastos de conservación, lo que puede resumirse en lo siguiente: Cuando se haya asumido el cumplimiento con independencia de la cualidad de titular-comunero.

Por tanto, los límites a la facultad liberatoria de la renuncia están: En la naturaleza del *gasto* (de conservación); que el sujeto activo del crédito no sea un tercero, o lo que es lo mismo, que la relación obligatoria se desenvuelva en el seno de la comunidad, y, por último, que aún dentro de estos límites, la obligación no haya sido asumida por el comunero con independencia de su condición de tal.

5. Ha sido objeto de discusión la cuestión relativa a si la renuncia es o no un negocio revocable, centrándose la discusión sobre si el condueño podrá revocar la renuncia hecha para eximirse de contribuir a determinados gastos de conservación que han de realizarse y luego no se llevan a efecto. Mientras algunos (124) se muestran partidarios de la revocación en este caso, por falta de *causa* en el mismo abandono, opinión que comparte STOLFI (125), concediendo al renunciante la posibilidad de ejercitar contra los demás la *condictio causa data causa secuta* (126), otros consideran que la causa del abandono no es que los demás partícipes realicen determinados actos de conservación, sino el liberarse de la obligación de contribuir (127). Por nuestra parte, entendemos que tal condicionamiento no está implícito en el precepto. Contrariamente, es opinión común que la renuncia produce *ipso jure* todos sus efectos, siendo el primero y más inmediato la cesación en la titularidad del derecho en común y, por consiguiente, en el organismo comunitario, con lo que queda cumplida, en todo caso, la finalidad de no contribuir a los gastos de conservación. Cosa distinta es que la renuncia, en cuanto manifestación de voluntad, haya sido provocada por error u otro vicio de la voluntad, en cuyo caso la renuncia será, como cualquier otro negocio, anulable.

(122) VITALEVI: *Comunione*. Volumen I, pág. 273.

(123) BELTRÁN: Loc. cit.

(124) BIANCHI: Loc. cit.

(125) STOLFI: *Comm.* al art. 1.104 *Cod. ital.* 1942.

(126) PLANIOL-RIPERT-PICARD, III, núm. 311, estiman este caso como un abandono sometido a la condición de que las reparaciones sean realizadas.

(127) SALIS: En el mismo sentido, también, BRANCA: Loc. cit.

(Por ejemplo, que los demás comuneros le hayan hecho creer en la necesidad de hacer gastos exagerados a fin de inducirlo a renunciar) (128).

G. La renuncia del comunero produce todos sus efectos desde que tiene lugar, incluso los liberatorios, y ante elló cabe preguntarse si el negocio de renuncia como tal ha de ser necesariamente un negocio puro o puede estar acompañado de elementos accidentales.

La renuncia sujeta a condición es admitida generalmente, en especial la condición que consiste en subordinar la eficacia de la renuncia a que tenga lugar la ejecución de determinadas obras (129) o también el empleo de la fórmula «abandono si te haces cargo de las reparaciones» (130) e incluso con carácter general se admite la renuncia a condición y a término (131). Contrariamente, en nuestro Derecho, niega MANRESA la renuncia condicional, pero admite el término suspensivo al afirmar que la renuncia constituye un «acto incondicional y desde plazo cierto» (132), mientras que TRAVIESAS (133) sólo considera admisibles el término y la condición suspensivos. Por nuestra parte, creemos correcta la admisión de condiciones suspensivas, puesto que nada impide subordinar la eficacia de la renuncia a determinado acontecimiento futuro; sin embargo, la fórmula «renuncio si te haces cargo de determinadas obras» o «reparaciones», si bien es perfectamente admisible, excluye quizá, a nuestro parecer, el concepto técnico de la renuncia, puesto que tal manifestación de voluntad entraña en el sujeto la representación de una finalidad traslativa que lo aleja de la verdadero y propia renuncia.

Estimamos, igualmente, que el condicionamiento de la renuncia, admisible en términos generales con carácter suspensivo, puede no serlo cuando la renuncia es la específicamente concedida por el artículo 305 para obtener la liberación de la obligación de contribuir a los gastos de conservación. Sostenemos este criterio sobre la base de que, según la opinión dominante, la renuncia del comunera le libera de cuantas obligaciones pasadas y futuras surjan como derivadas de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, y ante ello, frente a obligaciones *ya exigibles*—supuesto de gasto ya realizado—el condueño no tiene más remedio liberatorio que la renuncia, apartándose de la comunidad, bien actuando la renuncia antes de que se le exija la contribución a los gastos, bien oponiéndola como excepción, y en este caso no creemos que pueda el comunero dilatar el cumplimiento de su obligación, subordinándolo al acaecimiento o no acaecimiento que in-

(128) SALIS: Loc. cit.

(129) BRANCA: Loc. cit.

(130) BRETÓN: Loc. cit.

(131) ATZESI: Loc. cit., págs. 47 y 48.

(132) MANRESA: Loc. cit.

(133) TRAVIESAS: Loc. cit.

cluso su propia fantasía le haya dictado. Ante tal consideración opinamos que el condicionamiento de la renuncia sólo puede admitirse, con carácter suspensivo, respecto a obligaciones futuras. Para que la renuncia produzca el pleno efecto liberatorio que le asigna el artículo 395, ha de ser pura.

7. Finalmente, con respecto a la forma que el negocio de renuncia debe adoptar para su completa eficacia liberatoria, es frecuente la opinión, según la cual debe adoptar necesariamente la forma escrita (134), por lo menos cuando se trata de una renuncia por el titular de una cuota inmobiliaria e incluso inscribirse para que produzca efecto frente a terceros (135), fundando sustancialmente esta opinión, bien en que la renuncia es negocio unilateral por el que «se predispone la *transmisión* de una cuota de la comunidad inmobiliaria» (136), bien porque, por ministerio de la Ley, se opera que el derecho abdicado «vaya a otra persona» (137), oponiéndose otros a que la inscripción sea precisa, porque ésta sólo cabe en la renuncia traslativa (138).

Partidario de la forma parece mostrarse en nuestro Derecho MANRESA (139), al asignar a la renuncia el carácter de acto *solemne*, mientras que SCAEVOLA (140) elude la cuestión al referirse solamente al momento en que la renuncia debe hacerse, que en su opinión es cuando se requiera al comunero para que contribuya. En nuestra opinión esta solución deja imprevisto el caso, por demás frecuente, de que tal requerimiento no tenga lugar.

Con respecto a la forma de la renuncia creemos debe ser aplicado el precepto general del artículo 1.280 del Código civil, por lo que, cuando se trate de comunidad de un derecho real inmobiliario, en cuanto la renuncia implica una «modificación» o, si se quiere, una «extinción» del derecho real respecto al sujeto renunciante, el ejercicio de la facultad del artículo 395 es acto que *deberá* constar por escrito, en documento público, con el alcance que a tal precepto concede el artículo 1.279 (141), o sea, el de que los conductos que permanecen en comunidad podrán compeler al renunciante a que haga constar su renuncia en el correspondiente documento público.

Frente a este criterio puede, quizá, oponerse que la renuncia, por su condición de acto unilateral, en el que no intervienen los demás comuneros, priva a éstos de acción para compeler al renun-

(134) Vid. BETTI: *T. general del negocio jurídico*. Ed. «Rev. Dcho. Priv.» (Traducción de Antonio Martín Pérez.)

(135) RAMPONI: Loc. cit., pág. 1116, núm. 555.

(136) BALBI: Loc. cit., pág. 200.

(137) BRETÓN: Loc. cit., núm. 54.

(138) PLANIOL-RIBERT: Loc. cit. AUBRY et RAU: *Cours*.

(139) MANRESA: Loc. cit.

(140) SCAEVOLA: Loc. cit.

(141) Vid., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1904, 18 junio 1912, 9 abril 1908, 11 marzo 1932.

ciente al otorgamiento del documento público (142), pero el obstáculo desaparece con sólo considerar que la renuncia liberatoria implica una declaración de voluntad por parte del titular destinada a no ser *recibida*, pero sí a ser *conocida* por los demás comuneros para que produzca el efecto liberatorio, tanto en el caso de renuncia general como en el de la renuncia cualificada del artículo 395. En otro caso no precisaría una *declaración* de voluntad y sería bastante una simple *manifestación*, incluso expresada en un mero *comportamiento* (143), perfectamente confundible con el escueto «no ejercicio», sin efecto alguno liberatorio.

Basta considerar las inmediatas consecuencias que la renuncia liberatoria produce en el régimen asociativo de la comunidad para comprender el interés de los demás comuneros, que habrán de contribuir a los gastos de conservación en mayor medida, en evitar todo posible confusionismo entre la renuncia expresa y el mero no ejercicio. Y más aún frente a terceros que pueden estar interesados en la solvencia del condueño renunciante, como acreedores de éste, por lo que a los que permanecen en comunidad les interesa hacer público que el comunero abandonó la comunidad renunciando al derecho tenido en común.

Pero aparte de estas consideraciones creemos que de hecho la cuestión no puede siquiera plantearse, puesto que si la renuncia se opone como excepción a la acción ejercitada para lograr el reembolso de los gastos necesarios de conservación, la sentencia que recoja la renuncia como hecho extintivo de la acción es ya documento público donde la renuncia se contiene. Y si la renuncia aparece extrajudicialmente en documento suscrito por los comuneros, en el que conste que uno de ellos renuncia para no contribuir, la existencia misma del acuerdo que implica excluye la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo antes expuesta, y los comuneros podrán compeler al renunciante a que haga constar su renuncia es escritura pública.

Obtenida sentencia judicial que recoja el hecho extintivo de la renuncia o la escritura pública en que tal renuncia conste la transcendencia registral, en su caso, de tal acto, podrá tener lugar al amparo de los artículos 2.-2.º y 3 de la Ley Hipotecaria.

(142) De un modo general, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1901 niega tal acción a quien no intervino en el acto o contrato.

(143) Vid., entre otros, DUSI: *Ist. di Diritto Civile* (5.ª ed. aggiornata da Silvio Romano). Torino, 1951. Vol. I, págs. 117 y es.

