

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

Comunidades de bienes, sociedades
y concurso de acreedores

*Co-ownership, corporates and bankruptcy
proceedings*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: El reciente Auto de 3 de diciembre de 2024 de la Audiencia Provincial de Huesca nos ofrece la oportunidad de volver, en su justa medida, sobre la tan debatida cuestión concerniente a la posibilidad de desarrollo de actividades empresariales por parte de comunidades de bienes, así como la incidencia que dicha cuestión tiene en la solicitud del concurso de acreedores por estas entidades.

ABSTRACT: *The recent Ruling of December 3, 2024 of the Provincial Court of Huesca offers us the opportunity to return, in its proper measure, to the much-debated issue concerning the possibility of development of business activities by co-ownership, as well as the impact that this issue has on the request for bankruptcy by these entities.*

PALABRAS CLAVE: Comunidades de bienes, sociedades civiles, sociedades irregulares, concurso de acreedores.

KEYWORDS: *Co-ownership, partnerships, irregular corporates, bankruptcy proceedings.*

SUMARIO: I. UN BREVE EXCURSO SOBRE EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA.—II. ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS SUSCITADAS POR EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2024.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. UN BREVE EXCURSO SOBRE EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA Y EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2024

Bastantes han sido los intentos de dotación de fuerza vinculante a la Jurisprudencia en los últimos tiempos (ej. artículo 32 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por el Consejo de Ministros de 4 de abril de 2014)¹, aunque no es menos cierto que los intentos venían de atrás.

De hecho, recordamos las palabras del Profesor Díez-Picazo ² sobre un previo Anteproyecto en el mismo sentido, cuando nos advertía de lo siguiente: <Lo primero que hay que decir es que la pretendida (o supuesta) reforma es un ataque despiadado a la independencia de los jueces y tribunales (tal como ésta se encuentra reconocida en la Constitución), lo que, dicho sea de paso, haría la reforma inconstitucional. Se sustituye la susodicha independencia, que no es otra cosa que una directa vinculación de cada juez con el ordenamiento jurídico, por una férrea dictadura jerárquica, lo que sólo se comprende por el gusto por la simetría o por el monolitismo, olvidando un sistema que es policéntrico...Nadie había dudado nunca del valor que puede tener la jurisprudencia, ni de su eficacia, como recuerda el anteriormente mencionado precepto del Código Civil [art.1.6 CC], para integrar el ordenamiento jurídico. Todos los abogados hemos estado siempre dispuestos a sacrificar lo que consideramos brillantes construcciones a la simple cita de una buena sentencia que nos viniera al pelo y todos los jueces han estado siempre dispuestos a resolver sus asuntos con una sentencia que les viniera como anillo al dedo. Pero una cosa es el valor de la integración que la jurisprudencia puede tener, y otra cosa muy distinta es su eficacia coactiva, pues, como también dijo Costa en la misma señalada ocasión, la jurisprudencia no es una decisión de un tribunal, sino una obra colectiva de toda la comunidad jurídica en la que todos los juristas estamos embarcados, porque es una obra racional y, en cuanto tal, con el valor de la autoridad que le da la convicción y la persuasión. Otra cosa, por supuesto, es una eficacia coactiva que puede, a su vez, producir efectos perversos o efectos que conduzcan las cosas hacia prácticas desviadas>.

Estas palabras y múltiples pareceres análogos a buen seguro se han venido teniendo en cuenta por Jueces y Tribunales. Así recordamos, que en la Sentencia de Pleno de nuestro Tribunal Constitucional núm. 37/2012, de 19 de marzo de 2012 (Cuestión de inconstitucionalidad 9689-2009) al pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el derogado art. 100.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ³, acertadamente nos razonó que la Jurisprudencia no es vinculante ni es Fuente del Derecho, al decirnos expresamente: *“Conforme a lo expuesto, la independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 160/1993, de 17 de mayo, FJ 2; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; y 87/2008, de 21 de julio, FJ 5, por todas), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver*

el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, supuesto excepcional en que estos órganos judiciales quedan vinculados a la «doctrina legal correctora» que fije el Tribunal Supremo (STC 111/1992, FJ 4), so pena de incurrir incluso, como ya se dijo, en infracción del art. 24.1 CE por inaplicar el precepto legal con el contenido determinado por esa doctrina legal que les vincula por imperativo de lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA (SSTC 308/2006, FJ 7, y 82/2009, FJ 8).»

Pese a dicho razonamiento de nuestro Tribunal Constitucional, observamos que la postura de nuestro legislador es reincidente sobre la cuestión. Una vuelta sobre el carácter vinculante de la Jurisprudencia, lo tenemos sin duda en el nuevo artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (reformado por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio), que establece la devolución de la causa a la instancia por parte del Tribunal Supremo para que ésta falle de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, cuando prescribe que:

Artículo 487. Sentencia. Efectos.

1. El recurso de casación se decidirá por sentencia, salvo que, habiendo ya doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas, la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina, en cuyo caso el recurso podrá decidirse mediante auto que, casando la resolución recurrida, devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.

Se ha dicho por algunas voces que la intención del legislador no ha sido la creación de la Jurisprudencia vinculante, pero la luz del precepto deja pocas dudas sobre la posible inconstitucionalidad del mismo, por vulneración del artículo 117 de la Constitución española.

Pues bien, ¿por qué comenzamos estas líneas recordando el verdadero valor y sentido de la Jurisprudencia? Lo hacemos en cuanto a uno de los temas que nos ha suscitado la lectura del Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 3 de diciembre de 2024, (Roj: AAP HU 487/2024 – ECLI:ES: APHU:2024:487A), a saber, la realización de actividades que podríamos denominar empresariales, por parte de las comunidades de bienes.

Así, el referido Auto de la Audiencia Provincial de Huesca, desestima el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Huesca, que rechazó la solicitud de concurso de acreedores de una comunidad de bienes (dedicada al comercio al por menor de pan, pastelería, confitería y similares y de leche y productos lácteos), por no tener personalidad jurídica ex. 1.1 TRLC (La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica), encontrándonos con pasajes como el siguiente:

“Por tanto no cabe confundir ni equiparar sin más comunidad de bienes y sociedad, pudiendo coexistir en el tráfico una y otra modalidad, y sin perjuicio de que puede darse también supuestos patológicos de sociedades irregulares sobre la base de simples comunidades de bienes, que pretendieren operar sustrayéndose a la normativa imperativa societaria que le sea propia y con fines ilícitos o ilegales de defraudación pública o de terceros acreedores, lo que ha de ser objeto de acreditación en cada caso y sobre la base, en todo momento, de una voluntad societaria igualmente inequívoca y acreditada, reacia a su formalización legal debida (que en ello mas sencillamente consiste la irregularidad), pues no con otra finalidad distinta cabría considerar cabalmente tales supuestos.

La ley no obliga a que toda actividad económica lucrativa haya de adoptar ineludiblemente la forma de sociedad y además mercantil, sino que permite una variedad de formas jurídicas de actuación plural en el tráfico y con distinto alcance como hemos visto. Puede haber y hay empresarios agrupados no societarios, como individuales tampoco societarios, sin ser por ello sociedades irregulares ni colectivas o ni unipersonales.

De modo que reputando consagrada tal posibilidad legal, de actuación en el tráfico mercantil de diversos operadores y regímenes de actuación y entre ellos la de la comunidad de bienes, no cabe hacerla objeto de reprobación alguna sin más.”

Razonamientos como el anterior, suponen al menos, una práctica contraria al dictado de la Sentencia de Pleno núm. 469 de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2020 (RJ/2020/3294), que vino a establecer como doctrina jurisprudencial que la llamada comunidad funcional (comunidad de usuarios constituida para la explotación de un negocio de generación de energía solar, huertas solares), no constituida como comunidad estática para la mera administración de unos bienes, trasciende de la mera copropiedad y merece la consideración de sociedad mercantil colectiva, mediante el siguiente razonamiento (FJ Quinto):

“Una entidad de estas características, aunque revista la forma de comunidad de bienes, por haberse constituido para desarrollar una actividad claramente mercantil, la explotación en común de unos huertos solares, y actuar en el tráfico como centro de imputación de derechos y obligaciones, merece la consideración de sociedad mercantil, colectiva. Su carácter irregular, por la falta de inscripción registral, no impide que se le pueda reconocer cierta personalidad jurídica por la mera exteriorización de esta entidad en el tráfico, que constituye una publicidad de hecho. De tal forma que la entidad demandante, aunque no cumpla las exigencias legales para su inscripción en el Registro Mercantil, goza de cierto grado de personalidad jurídica para que se le pueda reconocer capacidad para ser parte activa, de acuerdo con el art. 6 LEC.”

Como podemos observar, el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca al que atendemos en este trabajo, se aparta de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo antes citada y pronunciamientos como éste, a buen seguro, no le auguramos un futuro prometedor y con éxito (con el texto del citado artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero no dejan de ser convincentes en algunos extremos a la par que conformes con el principio de independencia judicial. Otra cuestión, será el devenir de estas resoluciones jurisprudenciales independientes y sometidas “...únicamente al imperio de la ley”, ex. art. 117 de la Constitución española con la aplicación del referido artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS SUSCITADAS POR EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2024

La discusión acerca de la distinción entre comunidad y sociedad, viene de lejos en nuestra Jurisprudencia y parece haber sido el ánimo del Tribunal Supremo terminar con la misma, tras la referida sentencia plenaria de 16 de septiembre de 2020.

De hecho, se nos viene a la memoria la conocidísima sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1940 —donde en realidad no se rechaza que la

comunidad de bienes pueda tener un ánimo de lucro— que tanta atención ha merecido en nuestra doctrina, destacando sobremanera el comentario a la misma de Díez-Picazo.⁴

En este caso el demandado había adquirido un café-bar y el demandante le hizo un préstamo y más tarde, cancelado dicho préstamo, decidió destinar la cantidad del mismo en el negocio del bar para participar en él, por lo que la actora requirió al demandado para que otorgara una escritura pública de sociedad civil, a lo que se negó la parte demandada. La actora interpuso demanda solicitando la declaración de existencia de sociedad civil en la que ambas partes participaban al cincuenta por ciento. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia, revocó la sentencia de primera instancia y declaró que existía una comunidad de bienes sobre el negocio en la que participaban por mitad las partes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

Díez Picazo opina sobre esta sentencia y el particular debatido lo siguiente: <El tema de la distinción entre la comunidad de bienes y contrato de sociedad es uno de los temas clásicos del Derecho civil. Prescindiendo de exponer aquí los diversos criterios para establecer tal distinción ha seguido la doctrina, nos limitaremos a señalar que esta sentencia coloca la línea divisoria en la “finalidad perseguida por los interesados”, de tal manera que en la sociedad existe el propósito de obtener un lucro común, mientras que en la comunidad se trata de llevar a cabo la mera conservación y aprovechamiento de un bien.

Con otras palabras, la misma idea se ha expresado diciendo que la comunidad es una situación estática, mientras que la sociedad es una situación dinámica dirigida a la realización o acometimiento de una empresa. En rigor, se piensa que en la comunidad hay simplemente la puesta en común de unos bienes, mientras que en la sociedad hay una empresa en común. No es éste el momento de discutir el acierto de este criterio. Aunque lo he acogido y aceptado en otro lugar, no deja de suscitar abundantes dudas, la experiencia cotidiana nos demuestra que la comunidad de bienes puede ser también un cauce para llevar a cabo la realización de una empresa (verbigracia, entre los coherederos de un empresario fallecido o entre los que adquieren en común los bienes constitutivos de un negocio mercantil o industrial). Por esta razón quizá sea preferible la idea de Heck, según sociedad y comunidad son simplemente dos regímenes jurídicos diferentes o dos diversas disciplinas normativas.

El problema es entonces, como en el caso de la sentencia, más que nada un problema de interpretación: decidir en presencia de una determinada situación no definida por las partes, si ésta constituye sociedad o constituye comunidad. Creo que éste es un problema que debe resolverse aplicando las reglas generales de la interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1.281 y siguientes.

Habría que indagar, en primer lugar, la voluntad real de los contratantes, a través de las palabras y a través de los actos coetáneos y posteriores al contrato. Pero la interpretación podrá ser también una interpretación objetiva atendiendo al criterio del artículo 1.284 —variante más adecuada para que el negocio produzca los efectos pretendidos— y al artículo 1.287, con su criterio del uso de los negocios. En particular, este último criterio de interpretación objetiva puede llevarnos a pensar que, efectivamente, en todos aquellos casos en que se trata de

llevar a cabo en común la explotación de un negocio mercantil o industrial, lo más adecuado y lo usual es que exista un contrato de sociedad.>

Girón Tena ⁵al abordar el tema de la “comunidad societaria” se decanta como hace la sentencia plenaria del Tribunal Supremo por el criterio estático de la comunidad y el dinámico de la sociedad, con especial incidencia en la normativa imperativa societaria mercantil, cuando opina que: <Cuando se habla de Comunidad para la explotación de una industria mercantil se dice algo que, en realidad, tiene un contenido contradictorio. El sentido dinámico de la explotación comercial no es casable con el concepto de Copropiedad romana de nuestro Código Civil, que está pensado para una simple actividad conservativa y no para una explotación esencialmente dinámica. Estas ideas no están ligadas al origen de la Comunidad. Ciertamente que el carácter de incidental es lo que suele coincidir con la finalidad de uso de las cosas, bienes o derechos respecto de los cuales se da la cotitularidad. Pero el que la Comunidad surja por convenio no quiere decir que su fin haya de ser dinámico. Mas, al admitirse tal origen, se acepta la Comunidad como organización de una actividad común. Ese origen convencional suele disimular una aplicación deformada de la figura y un error técnico: dejar la naturaleza de la figura a la calificación que le hayan dado las partes. Pero no hay sólo una desviación respecto de los conceptos de Derecho Civil. Sucede que, antes de entrar en juego los conceptos de Derecho Civil, opera la subsunción bajo un concepto de Derecho Mercantil, que es el de la sociedad colectiva. En efecto, si la actividad económica de la Comunidad, por principio —es decir, por los términos de planteamiento del problema—, es una industria o empresa mercantil, éste es el objeto propio de las figuras de Sociedad Colectiva. Cuando se trata de conservar la aplicación del concepto de Comunidad, lo que hay realmente es la permisividad de la voluntad negocial contra los preceptos de ius cogens implícitos en la aplicación general al tráfico mercantil de la Sociedad colectiva. Esas normas de derecho necesario son las referentes a la responsabilidad y al rigor en materia de representación. No puede admitirse, pues, tanto por razones conceptuales como de política jurídica, que las formas de Comunidad actúen en el tráfico mercantil.>.

No pretendemos avivar la discusión, máxime con el dictado jurisprudencial plenario al que hemos hecho referencia, pero ya nos pronunciamos en su momento (sin que los razonamientos de la sentencia plenaria nos hayan hecho cambiar de parecer) que en nuestra opinión, sí consideramos que puede admitirse que la comunidad y la sociedad son dos fenómenos en los que puede atisbarse una diferencia inicial, como es la naturaleza contractual de la sociedad frente a la situación jurídico-real propia de la comunidad de bienes. No obstante, dicha diferencia tampoco nos ayuda a esclarecer definitivamente ante cuál de las dos instituciones nos encontramos en el caso que nos ocupe, puesto que es cierto que en determinadas situaciones la comunidad de bienes también puede tener su regulación mediante un determinado contrato entre los comuneros, pactos entre los mismos que pueden ser de muy diversa índole, como por ejemplo, los relativos al uso sobre el objeto en condominio.

La personificación de la figura mediante el recurso a las categorías de sociedad interna o sociedad externa impide el reconocimiento de la naturaleza jurídica de la misma que debe ser realizado *a priori* y no como resultado de dicha personificación. Igualmente, consideramos que no puede predicarse una *vis atractiva*

de carácter imperativo de la normativa mercantil societaria para aquellas comunidades que se encuentren en explotación de actividades comerciales, ya que no estamos contraponiendo la existencia de una sociedad civil frente a una sociedad mercantil, donde sí tendría sentido dicha dicotomía de tipos sociales en función del objeto de las actividades a las que se dedica el ente social; admitiéndose en este caso hipotético caso que si dichas actividades tienen carácter mercantil estaríamos ante una sociedad mercantil (colectiva e irregular).⁶

Si embargo, existen dos cuestiones sobre lo que sí cabe reparar y que nos suscitan claros interrogantes a la luz del Auto de la Audiencia Provincial de Huesca que nos ocupa, al igual que al hilo del dictado plenario jurisprudencial citado.

Si encontrándonos ante una comunidad de bienes, como parece ser y sin entrar en un análisis más pormenorizado sobre las notas distintivas entre comunidad y sociedad en el caso concreto al no contar obviamente con los datos suficientes, ¿qué hubiera ocurrido u ocurrirá si efectivamente el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca hubiera seguido el criterio de la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo y hubiera “reconducido” la comunidad denominada “funcional” a la irregularidad societaria con aplicación del tipo general de la sociedad colectiva?.

En este caso, contamos con precedentes jurisprudenciales también al respecto bien considerando que el expediente de suspensión de pagos había de referirse a los socios integrantes de la comunidad de bienes por ausencia de personalidad jurídica de la misma, o bien, directamente afrontando la cuestión desde la propia existencia de una comunidad de bienes en ejercicio de actividades económicas, destacamos los siguientes:

(i) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 19 noviembre de 1982 (RJ\1982\6549)

En un caso en que a pesar de girar bajo la fórmula de sociedad irregular, se estima la solicitud de suspensión de pagos de los tres integrantes de la misma, al considerar que no existía personalidad jurídica propia, entendiéndose por tanto que la actividad empresarial era llevado a cabo a través de la fórmula comunitaria, razonó lo siguiente:

CONSIDERANDO:

Que el origen de las actuaciones de las que trae causa el presente recurso es la demanda interpuesta por la entidad que ahora figura como recurrente, pidiendo la nulidad de lo actuado en el expediente de una suspensión de pagos tramitada en el Juzgado de 1.ª Instancia de Tolosa (núm. 58 de 1977) que fue solicitada y admitida, por los tres comerciantes individuales que aparecen como recurridos en este trámite, apoyando la petición de nulidad en que la solicitud de suspensión se había hecho a nombre de «una sociedad irregular llamada Carpintería Amondaráin» que era la denominación con la que mercantilmente giraban los referidos comerciantes, sociedad, que, por carecer de personalidad jurídica independiente al ser secretos sus pactos, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 119 y 120 del C. Com., en relación con el 1669 del C. Civ., no estaba en condiciones de ser declarada suspensa, debiendo ser separada e individual la responsabilidad de cada uno de sus componentes, que es el argumento que repite el recurso en sus dos primeros motivos donde por el cauce del núm. 1 del art. 1692 de la L. E. Civ. se denuncia respectivamente violación del 1669 de nuestro primer Código sustantivo y aplicación indebida de los citados preceptos del de comercio; motivos ambos, que deben ser desestimados porque insisten en el

defecto que ya señaló la sentencia recurrida, siendo válido lo que ésta dijo de que se parte de un supuesto fáctico que no se corresponde con la realidad, puesto que la solicitud de suspensión se hizo «en nombre y representación de los comerciantes individuales» que giran bajo aquella denominación, provistos de las correspondientes licencias fiscales, que realizaban actos de comercio con habitualidad y en nombre propio, aunque a veces actuaban como apoderados unos de los otros, habida cuenta su vinculación societaria, carente ciertamente de repercusión frente a terceros al no tener personalidad jurídica, pero eficaz internamente, de acuerdo con lo establecido en el C. Civ. al que es preciso acudir en virtud de las normas de remisión de los arts. 2 y 50 del C. Com., ante la falta de una normativa específica en éste, según reiteró la doctrina jurisprudencial de este T. S., especialmente recogida en las SS. 5 julio 1940 (RJ 1940\684), 3 mayo 1960 (RJ 1960\1711), 29 septiembre 1961 (RJ 1961\3585), 26 enero 1967 (RJ 1967\250) y 30 junio 1972 (RJ 1972\2865), entre otras; y el artículo 1669 del Código Civil, en su párrafo 2.º se remite, a su vez, a las normas de la comunidad de bienes, contenidas a partir del artículo 392, en cuyo también párr. 2.º se permite el establecimiento por los interesados de los pactos por los que la comunidad podrá regirse, siempre con la posibilidad de aquellos apoderamientos que el recurso discute, para la administración (art. 398), para la disposición de la parte individual (art. 399) e incluso para la alteración del objeto común (art. 397), sin que por supuesto se produzca la insensibilidad recíproca de los patrimonios, típica de las sociedades con personalidad propia, justo por lo cual fueron los tres socios quienes solicitaron conjuntamente la suspensión, aportando a la masa del activo la totalidad de sus respectivos patrimonios, lo que justifica la tramitación en un expediente conjunto afectante a todos los que estaban y actuaban en un negocio común, con independencia de la indudable razón de economía procesal a que se refiere la Sentencia recurrida.

(ii) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9741), que enjuició una demanda por una comunidad de bienes en ejercicio de daños y perjuicios contra un Banco, previa demanda de éste que había motivado la solicitud de suspensión de pagos de la referida comunidad de bienes.

(iii) Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 21 de marzo de 1996 (AC/1996/2473), que razonó en el sentido expuesto del siguiente tenor:

TERCERO.— No otra puede ser la solución que se dé al presente juicio, desde el momento que las Comunidades de Bienes, si bien tienen reconocida personalidad fiscal o tributaria, e incluso laboral, como empleadores, sin embargo, a los meros efectos civiles, cabría considerarlas como sociedades civiles o mercantiles irregulares, por lo que la capacidad procesal la ostentarían, no la sociedad en cuanto tal, como persona jurídica, sino todos los socios integrantes de ella, pues son éstos en quienes recae la condición de comerciante y, por tanto, quienes, en el supuesto concreto que nos ocupa, incurrir o no en la situación de suspensión de pagos y, en su caso, de quiebra de modo y manera que puede decirse que la suspensión de pagos o la quiebra de una Comunidad de Bienes o de una Sociedad mercantil irregular lo es también de todos sus socios; consiguientemente, son éstos los declarados en esas situaciones, con sus consiguientes efectos de no poder iniciarse procedimientos ejecutivos contra ellos una vez que hubiesen sido admitidas, por providencia, sus declaraciones de suspensión de pagos.

En el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (“TRLC”), no encontramos una referencia explícita al problema del concurso de acreedores de la sociedad irregular.

Para un primer acercamiento a la línea de actuación, hemos de estar al artículo 36.2 TRLC, que prevé lo siguiente:

2. Si el concursado, persona natural o jurídica, fuera sujeto inscribible en el Registro mercantil, se anotarán y, una vez el auto devenga firme, se inscribirán en la hoja que esa persona tuviera abierta la declaración de concurso, con indicación del órgano judicial que la hubiera dictado, del carácter de la resolución y de la fecha en que se hubiera producido; la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integren la masa activa, así como la identidad del administrador o de los administradores concursales. Cuando no constase hoja abierta al concursado, se practicará previamente la inscripción de este en el Registro mercantil.

En consonancia con lo anterior, contamos con que el artículo 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil, establece el mecanismo registral de la situación de la siguiente forma:

3. Si no estuviera inscrita en el Registro Mercantil la sociedad mercantil que hubiera sido declarada en concurso de acreedores, se procederá a su inscripción. En el caso de que faltara la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de un mandamiento judicial, que deberá contener, al menos, la denominación y el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia.

Con respecto a esta inscripción se ha comentado con acierto que no es la inscripción a la que obedece la propia de una sociedad, sino que es la relativa a un trámite concursal registral y que no implica por tanto que la sociedad colectiva irregular mute en regular con causa en la misma.⁷

Por lo tanto, tenemos respuesta a la primera cuestión que nos proponíamos, a saber, si se hubiera estimado por tanto que la comunidad de bienes que solicitó el concurso en este caso propuesto era en realidad una sociedad colectiva irregular tal y como propone el Pleno del Tribunal Supremo, sí se podría haber admitido el concurso de acreedores de la misma tramitado como sociedad colectiva irregular.

Y el segundo problema que queremos apuntar es el siguiente: ¿ineludiblemente la “reconducción” de la comunidad de bienes que desarrolla una actividad empresarial nos ha de llevar necesariamente como sociedad irregular a la sociedad colectiva tal y como afirma el Tribunal Supremo? ¿Por qué no a la sociedad civil?

Con referencia a la legislación histórica aplicable, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012/5268), resolvió con acierto la personalidad jurídica de las sociedades civiles realizando el siguiente análisis histórico, afirmando rotundamente la inexistencia de ningún requisito de publicidad registral para el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil en función de lo dispuesto en el artículo 1669 del Código Civil y sobre la base de la no incorporación de lo dispuesto en el artículo 5 del Anteproyecto de 1882-1888 en el texto definitivo del Código Civil, cuando razona lo siguiente:

“6. La personalidad y regularidad de la sociedad civil no inscrita.

38. A diferencia de las sociedades mercantiles, cuya actividad exigía algún tipo de publicidad por razones de seguridad del tráfico económico, las sociedades civiles

no requerían su inscripción en registro alguno ni siquiera cuando adoptaban “formas mercantiles” —de ahí que no existiese obstáculo a la inscripción del inmueble a nombre de SOCIEDAD DE AMIGOS en el Registro de la Propiedad—.

39. El texto definitivo del Código Civil no incorporó el art. 5 del primero de los títulos dedicados a la sociedad en el Anteproyecto de 1885-1888 a cuyo tenor “[l]a sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados”, de tal forma que de conformidad con lo previsto en el art. 1669 CC “[n]o tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros”, cabe concluir a contrario sensu con el reconocimiento de la personalidad de las sociedades civiles como consecuencia de la eficacia organizativa del contrato dirigido a crear una entidad destinada a participar como tal en el tráfico jurídico, aunque no se haya inscrito, salvo que las partes decidan que no trascienda al exterior y su existencia se mantenga secreta (en este sentido la sentencia 778/2006, de 14 de julio (RJ 2006, 4716), afirma que la sociedad “ente creado por el contrato, tiene personalidad jurídica, a no ser que no se trate de sociedad irregular (art. 1669) caso de la que no trasciende a terceros”), sin necesidad de inscripción.

40. A tal conclusión no se opone que el art. 117 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 admitiese su inscripción, al disponer que “[e]n el libro de sociedades se inscribirán: (...) 2º Las sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1670 del CC », lo que también admitía el 84.1º del de 14 de diciembre de 1956, al permitir la de las sociedades que se constituyan “con arreglo a las disposiciones o formas del CCom”. —en dicha fecha el art. 16 del CCom se refería a la inscripción de “las sociedades” sin otras precisiones—.

41. Tampoco se contenía referencia alguna a la inscripción de sociedades civiles con forma mercantil en el art. 81 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre (RCL 1989, 2762 y RCL 1990, 29), que, al identificar los sujetos y actos de inscripción obligatoria, en el art. 81 dispone que “[s]erá obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los siguientes sujetos: (...) b) Las sociedades mercantiles”,

42. Finalmente, el Reglamento aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (RCL 1996, 2112), tampoco se refería a las sociedades civiles, lo que fue determinante de que la disposición adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (RCL 1998, 2381 y RCL 1999, 431), añadiese un apartado 3 al art. 81, con el siguiente tenor “[p]odrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil”, y el art. 269 bis cuyo apartado 1 disponía que “[l]as sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubiera adoptado”, no obstante lo cual, habida cuenta de que el art. 16.1 CCom, en la redacción dada al mismo por la Ley 19/1989, de 25 de julio (RCL 1989, 1660), dispone que “[e]l Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: (...) 2º) Las sociedades mercantiles (...) 5º) Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley”, por elementales razones de jerarquía normativa y reserva de Ley fueron anulados por la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2888) (Recurso contencioso-administrativo 526/1998).

43. En definitiva, a diferencia de otros ordenamientos, como el francés, en el que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles aparece

vinculado a la inscripción de la sociedad y hasta que esta se produce rige la regla “il n’y a que des associés point de société” (tan solo existen asociados, no sociedad), al disponer el art. 1842 del Código de Napoleón que “Les sociétés (...) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation...” (Las sociedades (...) gozan de la personalidad moral a partir de su inscripción)—, al margen de su conveniencia o no, nuestro sistema no exige la inscripción de las sociedades civiles en registro alguno y ni el art. 1669 del CC ni el 35 del mismo Código supeditan a la inscripción el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.”⁸

Entendemos con Paz-Ares,⁹ que la dotación de la personalidad jurídica a la sociedad civil en interpretación del artículo 1669 del Código Civil, requiere la inexistencia de las denominadas “cláusulas de ocultación” así como de cláusulas que no permitan la utilización de la denominación en el tráfico.

Tras muchos avatares, la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, previó la inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil, del siguiente modo:

Disposición adicional octava. Sociedades civiles.

1. Las sociedades civiles por su objeto que no tengan forma mercantil constituidas conforme al derecho común, foral o especial que les sea aplicable podrán inscribirse en el Registro Mercantil con arreglo a las normas generales de su Reglamento en cuanto le sean aplicables.

Obviamente se trata de una inscripción potestativa para sociedades civiles con objeto civil y la inscripción no supone requisito constitutivo para la adquisición de su personalidad jurídica, por lo que no puede predicarse el concepto de irregularidad societaria a estas sociedades civiles susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, tal y como lo conocemos en el ámbito mercantil.¹⁰

Realmente, existen bastantes ocasiones en la práctica donde la delimitación de la mercantilidad de la sociedad en cuestión no resulta una labor sencilla. Así, Paz-Ares,¹¹ colaciona, entre otros casos, unos que se dan con bastante frecuencia en el tráfico y por eso nos referimos a ellos concretamente, como son el de los *pequeños negocios*, cuando dice lo siguiente: <e) La jurisprudencia acostumbra también a considerar sociedades civiles aquellas que tienen por objeto la explotación de *pequeños negocios* (bares, cafeterías, etc.) (v., entre otras, STS 5-II-71, 24-V-72, 15-V-73, 30-III-74, 7-X-76, 2-VI-81, etc.). Las razones de la calificación no son siempre fáciles de escrutar (v., para una explicación parcial, supra com. art. 1670 I, I). A nuestro juicio, esta orientación debe descartarse de *lege data*, pues tratándose de actividades genuinamente mercantiles no pueden encajarse en el ámbito de la sociedad civil (v. Capilla, Com. Edersa, XXI-1, p. 147; García Mas, RCDI, 1990, p. 160, etc). Se trata, sin embargo, de una orientación que ha de auspiciarse *de iure condendo*, puesto que tiene poco sentido someter al rigor mercantil a la pequeña empresa, escasamente organizada, en la que prevalece la idea del lucro profesional sobre el cálculo del capital. De hecho, la valoración que se hace en relación con el artesano el pequeño agricultor, debe extenderse a otros ámbitos en los que prima el factor trabajo sobre el factor capital (v. Broseta, Manual, pp. 75-76)>¹²

¿Qué ocurriría en supuestos discutidos sobre la mercantilidad o no de la sociedad (ej. pequeños negocios) u otros como los relativos al sector artesanal de los que se predica la no mercantilidad de los mismos? ¿Debería en este caso, también reconducirse la solicitud del concurso de acreedores de la comunidad de bienes instante al supuesto de la irregularidad societaria propia de la sociedad colectiva mercantil? A nuestro juicio, no debería ser así, sino que dicha reconducción nos debería llevar ineludiblemente a la aplicación del contrato de sociedad civil, si la misma estuviera dotada de personalidad jurídica ex. artículo 1669 del Código Civil y conforme al artículo 1 TRLC, ¹³ lo cual resulta de suma importancia en cuanto al distinto régimen de responsabilidad personal de los socios en la sociedad colectiva (solidaridad, ex. art. 127 del Código de Comercio) ¹⁴ y en la sociedad civil (mancomunidad, ex. art. 1698 del Código Civil), ejercitable tras la declaración de concurso de acreedores en los términos del artículo 131 TRLC.

En cuanto a la cuestión registral, entendemos igualmente aplicable el artículo 36.2 TRLC dada la susceptible inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil, pese a que la inscripción de la sociedad civil sea potestativa, ya que el artículo 36.2 TRLC hace referencia al carácter “*inscribible*”, sin distinguir entre obligatoriedad o potestatividad de la inscripción.

Todo lo anterior, dicho sea de paso si hubiera que efectuar la reconducción de comunidad a sociedad que ordena el Tribunal Supremo, ya que en el ámbito de la independencia judicial, entendemos respetable *a priori* la postura del Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 3 de diciembre de 2024 que manteniendo en este caso (conforme a los elementos de juicio que se le hayan sometido a la Audiencia Provincial, si efectivamente de una comunidad de bienes tratáramos y no de un contrato de sociedad, en función de lo convenido por los interesados y resto de circunstancias aplicables al caso reveladoras de su voluntad, y sin dejar de reconocer por nuestra parte que lo más apropiado probablemente hubiera sido la determinación de la existencia de una sociedad y no de una comunidad) la individualización de la comunidad de bienes que ejercita la actividades de comercio al por menor de pan, pastelería, confitería y similares y de leche y productos lácteos no acepta la solicitud del concurso de acreedores de dicha comunidad de bienes, por ausencia de personalidad jurídica de la misma, sin dejar de reconocer que esta opinión supone ir a contracorriente de otras muchas que celebraron la imposible coexistencia de las denominadas comunidades de bienes con las sociedades, así como de la doctrina de la meritada sentencia plenaria del Tribunal Supremo.

III. BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ-PICAZO. Estudios sobre la Jurisprudencia civil. Tecnos, 3ª edición, Vol. II, 1981
- DÍEZ-PICAZO. Jurisprudencia y Seguridad Jurídica. *Diario ABC* de 31 de julio de 2002
- ESTEBAN RAMOS. El presupuesto subjetivo del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 10, enero 2009, Wolters Kluwer.
- GANDÍA PÉREZ. La inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*. Vol. 2, Tomo 2, 2024.

- GIRÓN TENA. Derecho de Sociedades. Tomo I, 1976.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ. Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de octubre de 1989. Anales de la Academia Matritense y del Notariado, Tomo XXX (1991).
- PAZ-ARES. Comentario del Código Civil. Tomo II, Boletín Oficial del Estado, 1993.
- REDONDO TRIGO. Condominio “versus” Sociedad: el ánimo de lucro en las comunidades de bienes. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 731, 2012.
- REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 736, 2013.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional núm. 37/2012, de 19 de marzo de 2012
- Sentencia de Pleno núm. 469 de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2020
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1940
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 19 noviembre de 1982
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1991
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 21 de marzo de 1996
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 6 de octubre de 2017
- Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 3 de diciembre de 2024.

NOTAS

¹ 1. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se atribuya el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Los poderes públicos están obligados a observar la doctrina jurisprudencial vinculante en sus actuaciones.

Cuando un interesado invocare una doctrina jurisprudencial vinculante ante los poderes públicos, éstos podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión.

² Díez-Picazo. <Jurisprudencia y Seguridad Jurídica>. *Diario ABC* de 31 de julio de 2002.

³ El 22 de julio de 2016 ha entrado en vigor la nueva regulación del recurso de casación contencioso-administrativo, introducida en la Ley 29/98 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa por la Ley Orgánica 7/2015. Se aplicará a las sentencias y autos susceptibles de recurso de casación que tengan fecha de 22 de julio de 2016 en adelante (acuerdo de la sección de admisión de 22 de julio de 2016). La nueva regulación del recurso de casación supone un cambio estructural en la configuración del mismo, ya que se ha introducido por el legislador el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como criterio para decidir la admisión del recurso. Desaparecen los recursos de casación para unificación de doctrina y en interés de ley.

⁴ Díez-Picazo. *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*. Tecnos, 3ª edición, Vol. II, 1981, páginas 290-292.

⁵ Girón Tena. *Derecho de Sociedades*. Tomo I, 1976, páginas 83 y 84.

⁶ Redondo Trigo. <Condominio “versus” Sociedad: el ánimo de lucro en las comunidades de bienes>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 731, 2012.

⁷ Esteban Ramos. <El presupuesto subjetivo del concurso>. *Revista de Derecho Concurusal y Paraconcurusal*, nº 10, enero 2009, Wolters Kluwer; se pronuncia así: <Esta inscripción no es la propia constitutiva de una sociedad mercantil. En este sentido, hay que destacar que la misma se practica en virtud de mandamiento judicial, tal y como se establece en el art. 24.5 LC. No se inscribe la escritura de constitución que, por otra parte, no tiene por qué existir en el caso de las sociedades irregulares (189). De esto deriva una importante especialidad: al no existir escritura pública, se está prescindiendo de un importante control de legalidad. Además, falta también la calificación registral, con lo que se elimina otro importante elemento de control. Por otra parte, si tenemos en cuenta los datos que, conforme al 322.3 RRM deben constar en el mandamiento judicial, es obvio que en la inscripción no constan todos los datos que el art. 209 del mismo texto legal exige para la primera inscripción de una sociedad colectiva. De las circunstancias de no practicarse en virtud de escritura, de que no existe calificación y de no contener las menciones exigidas para una primera inscripción, deriva el que no se trate de una verdadera inscripción (190). Es un simple trámite que debe de cumplirse para que pueda quedar constancia de la declaración del concurso y puedan acceder al registro todos los datos legalmente exigidos. En definitiva, la inscripción no implica regularización de la sociedad irregular (191).>

Al no tratarse de una inscripción en sentido propio, hay quien entiende que una vez concluido el concurso de la sociedad irregular, conforme al art. 325 RRM, habría que cancelar los asientos relativos al mismo lo que llevaría, a su vez, a la cancelación de los asientos relativos a la sociedad (192)>.

⁸ Redondo Trigo. <De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012> *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 736, 2013, págs. 1258-1291.

⁹ Paz-Ares. *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Boletín Oficial del Estado, 1993, págs. 1360 y 1361: <aa) La sociedad civil cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios no es la sociedad que se desarrolla en la realidad fáctica del tráfico sin darse a conocer, sino aquella

sociedad que contiene una cláusula contractual, en virtud de la cual se acuerda que los pactos sociales carecen de trascendencia frente a terceros o, mejor dicho, que los pactos sociales no modifican la posición de los socios frente a terceros (...). bb) Consideraciones similares merece el inciso final del precepto comentado. La sociedad *en que cada socio contrate con su propio nombre con los terceros*, no es la sociedad que objetivamente, y tal vez por razones de oportunidad, desarrolla su actividad mediante el mecanismo de la representación indirecta, sino aquella sociedad que contiene una cláusula contractual que impide la utilización del nombre del grupo —el expender *nomen societatis*— en el tráfico (la utilización —como dice el art. 241 C de C— de una “razón comercial común a todos los partícipes”).

¹⁰ Vid. Gandía Pérez. <La inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil>. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*. Vol. 2, Tomo 2, 2024, págs. 351-385.

¹¹ Vid. op. cit. página 1395.

¹² Vid. otros ejemplos puestos por Paz-Ares: sector agrícola, ganadero, pesquero y forestal, como sociedades excluidas de la mercantilidad; así como, sector artesanal, sociedades mineras. En otros casos, se ofrece también por este autor, la discusión habida sobre mercantilidad o no de las sociedades editoriales y de prensa e incluso de sociedades que explotan espectáculos, sociedades instructivas y educativas, sociedades inmobiliarias (vid. op. cit. págs. 1395 y 1395).

¹³ Un ejemplo de concurso de sociedad civil, nos lo ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 159/2017 de 6 de octubre de 2017 (JUR/2017/301233), en relación con una sociedad civil constituida para la explotación de una oficina de farmacia, considerando que debe distinguirse entre la titularidad administrativa de la farmacia y la titularidad patrimonial a efectos civiles (o mercantiles), afirmándose por la Audiencia Provincial que una oficina de farmacia, en cuanto negocio o actividad, puede ser propiedad de una sociedad o ser desarrollada por una sociedad, con cita en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005 (ROJ: STS 7405/2005 – ECLI:ES:TS:2005:7405).

¹⁴ Especialmente significativas sobre este asunto nos parecen las afirmaciones de Aurelio Menéndez al exponer lo siguiente: <...Por lo demás, ninguna duda parece ya posible en estos supuestos de «irregularidad» acerca de la vinculación y responsabilidad de la sociedad con los terceros por las obligaciones debidamente contraídas por sus gestores. Es más, la «irregularidad» de la sociedad generará también la responsabilidad directa, y al mismo nivel, de los gestores (art. 120 del C. de C). En cuanto a los socios, por razón de la misma aplicación del régimen de la sociedad colectiva, si bien responderán de forma personal, ilimitada y solidaria por las deudas sociales, se tratará de una responsabilidad de segundo grado; a nuestro juicio, no existen argumentos válidos para negar a los socios el beneficio de excusión que el artículo 237 concede a los socios colectivos>. Menéndez Menéndez. <Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil>. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de octubre de 1989. Anales de la Academia Matritense y del Notariado, Tomo XXX (1991).

