

2. MERCANTIL

CONDOMINIO VERSUS SOCIEDAD. EL ÁNIMO DE LUCRO EN LAS COMUNIDADES DE BIENES

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

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

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBATE Y PRINCIPALES DOCTRINAS AL RESPECTO.—III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA. ESPECIAL ATENCIÓN AL ÁNIMO DE LUCRO.—IV. LA NO ACEPTACIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO COMO CRITERIO DISTINTIVO ENTRE COMUNIDAD Y SOCIEDAD. NUEVAS FIGURAS COMO LA COMUNIDAD INCIDENTAL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En un ámbito como el concursal, quizá no lo suficientemente propio como para que se nos ofrezca la problemática jurídica consistente en la distinción entre el condominio y la sociedad, hemos tenido conocimiento de la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de octubre de 2011 (*JUR* 2011/415651), que aborda la tradicional y conocida controversia sobre la distinción entre ambas figuras jurídicas.

En dicha apelación se resolvió la decisión sobre una demanda incidental que entre otros aspectos interesaba la impugnación de un crédito por parte de una entidad de crédito subrogado en el mismo y que fue comunicado inicialmente en el concurso de acreedores de una persona física por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Con independencia de las cuestiones de Derecho Concursal, que no interesan en estos momentos, y a los efectos del presente trabajo, cabe señalar que la administración concursal inicialmente entendió que el crédito del que era titular la Tesorería de la Seguridad Social tenía que ser excluido del concurso de acreedores por tratarse de una deuda con la Seguridad Social contraída por una comunidad de bienes formada por la persona física concursada y con su esposo, o bien, que solo cabía reconocer la mitad del importe del crédito por aplicación de las normas que rigen la comunidad de bienes en el Código Civil.

En relación con este reconocimiento, la sentencia de apelación se aviene a decir lo siguiente:

«*La naturaleza del deudor. La denominada Comunidad de Bienes.*

La responsabilidad del crédito que ostentaba la TGSS no depende de la calificación que efectúen los interesados como comunidad de bienes de la puesta en común de bienes o servicios con un fin de lucro. La propia TGSS la define como empresa, de manera que aunque la comunidad de bienes haya sido contemplada

en la legislación fiscal (art. 6.1 de la Ley del Impuesto de Sociedades, sobre atribución de rentas, o art. 35.4 de la Ley General Tributaria, sobre la consideración de obligado tributario, entre otros supuestos) o laboral (art. 1.2 TRLET, sobre la consideración de empresario), dicho reconocimiento se efectúa a los fines propios de la legislación especial, sin que a los efectos del concurso los tribunales queden vinculados por la calificación que dicha puesta en común de bienes pueda merecer.

En este caso nos encontramos ante una sociedad mercantil por su objeto, puesto que se desarrolla una actividad constitutiva de empresa bajo una razón unificada en el tráfico, que tiene carácter irregular, y a la que le son aplicables las normas de la sociedad colectiva. Sea cual sea la calificación otorgada por quienes la integran, no existe una comunidad de bienes como tal.

El Tribunal Supremo ha declarado que las sociedades irregulares, siempre que su objeto sea mercantil, deben regirse por la normativa de las sociedades colectivas, a las que se asimilan (sentencias de 9 de marzo de 1992, 8 de julio de 1993 y 21 de junio de 1998).

Desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad mercantil, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad —sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 2002, con cita de otras anteriores—. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2006, en la jurisprudencia se impone la tesis que distingue las sociedades civiles y las mercantiles, atendiendo al criterio de la materia, de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio y civiles cuando no concurre tal circunstancia.

El alcance de la responsabilidad.

De este régimen, en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 del Código de Comercio, se desprende la existencia de una obligación personal a cargo de los socios, de manera que la concursada debe ser considerada deudora a título personal de la totalidad de la deuda. La responsabilidad asumida por los socios goza de beneficio de excusión. No obstante, a los efectos previstos en el artículo 87.5 LC, debe considerarse justificada la imposibilidad de hacer frente a la deuda con bienes de la sociedad irregular, bienes que no constan, hasta el punto de que la vía de apremio iniciada por la TGSS afectaba a bienes propios de la concursada.

En consecuencia, la responsabilidad que asume cada socio es por la totalidad de la deuda, de manera que no cabe aplicar las normas de la comunidad de bienes y debe reconocerse en el concurso del socio un crédito en favor de la TGSS por el total de la deuda contraída por la sociedad, denominada “comunidad de bienes”».

De esta forma podemos extraer como argumentación de la sentencia de apelación anterior que: «...nos encontramos ante una sociedad mercantil por su objeto ... Desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro», de ahí que la consecuencia jurídica de dicha calificación de la actividad como propia de una sociedad mercantil irregular sea —por aplicación— del tipo general de la sociedad mercantil, o sea, la sociedad colectiva, la responsabilidad solidaria del socio por las deudas sociales (art. 127 del CCo), por lo que el crédito sí que debía reconocerse en el concurso de la persona física por la totalidad del mismo y no por su mitad, de haberse seguido la calificación del condominio (art. 393 del CC).

Es decir, para esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, la «intención de obtener un lucro» se revela como elemento distintivo entre el condominio y la sociedad —en este caso, calificada como mercantil—, lo que no estimamos correcto, ya que sí puede y debe admitirse la posibilidad de desarrollo de actividades por parte de las comunidades de bienes con el fin de obtener un lucro, sin que este sea propio y exclusivo de los tipos societarios.

Este planteamiento de la sentencia de apelación es fruto indudable de aquellas corrientes doctrinales que han venido influyendo con el ánimo de excluir la posibilidad del desarrollo de actividades empresariales por parte de comunidades de bienes, mediante la imposición final de un tipo societario a las partes del contrato que no fue el realmente querido por ellas dentro del ámbito de su autonomía de la voluntad, pero ello ¿ha de resultar necesariamente así?, ¿es que las partes libremente no pueden organizar sus actividades empresariales bajo la forma de condominio porque la obtención de un lucro es puramente típico de la sociedad y no propia de una comunidad de bienes? En nuestra opinión, ya hemos adelantado, que dicha posición no puede mantenerse sino mediante la exclusión del condominio de determinados sectores de la actividad económica sin fundamento legal alguno.

Con este propósito resulta conveniente realizar un breve recorrido, al menos, por las posturas doctrinales más relevantes al respecto, así como sobre el criterio de nuestra Jurisprudencia, para poder ofrecer un deslinde entre ambas figuras jurídicas —comunidad y sociedad— pese a la clara dificultad que en la práctica puede conllevar la aplicación de ciertos postulados dogmáticos, aunque sobre todo para poder concluir como el criterio del ánimo de lucro, no puede ser considerado como el elemento distintivo entre el condominio y la sociedad, so pena de atender el fenómeno distintivo desde una perspectiva incompleta y a buen seguro incorrecta.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBATE Y PRINCIPALES DOCTRINAS AL RESPECTO

La distinción entre comunidad de bienes y sociedad ha sido y sigue siendo un debate vivo y polémico a pesar de las innumerables opiniones vertidas al respecto, que hunde sus raíces en las propias fuentes romanas, donde incluso existen ciertas acepciones confusas de los términos *societas* y *condominium* y de las consecuencias derivadas de los mismos, utilizándose —como afirma ROTONDI (1)— incluso en algunas ocasiones el término *socius* para hacer referencia al copropietario, o a veces la palabra *societas* cuando se está hablando de *condominium*.

Las comunicaciones entre el antiguo *consortium* romano, estado de indivisión del patrimonio hereditario en el que quedaban los hijos a la muerte del *pater familias* y la *societas* fueron intensas a lo largo del tiempo, pudiendo afirmarse que la propia *societas omnium bonorum* consensual tuvo sus orígenes más remotos en el *consortium* romano. De esta forma, la doctrina romanista ha sostenido que el descubrimiento en 1933 del fragmento de las Instituciones de Gayo en El Cairo proporcionó datos muy interesantes sobre la evolución del primitivo *consortium* o *societas ercto non cito*, observándose la importancia que tuvo en

(1) ROTONDI, «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», en *Revista de Derecho Privado*, 1958, pág. 723.

la formación de la *societas* la posibilidad no solo de disolución del *consortium*, sino también su constitución por personas ajenas al círculo familiar para el que estaba pensado (2).

Es decir, no existe en las fuentes una clara distinción terminológica de ambas figuras, lo que puede haber ofrecido oscuridad a la separación nítida de ambas construcciones jurídicas.

La confusión entre ambos conceptos, condominio y sociedad, perdura a lo largo del Derecho Intermedio. De esta forma, ROTONDI (3) afirma lo siguiente: «En el Derecho Intermedio, al ponerse en contacto la figura romana del condominio con nuevas formas de origen germánico (*condominium in solidum seu pro indiviso*, o *condominium iuris germanici*, del que es típica la posibilidad de una duración *in perpetuo*), se acentúa la confusión; y la promiscuidad del uso de los términos viene a ser tal que se habla, junto a la comunidad que *consensu contrahitur*, de *societas incidens*, impropia, momentánea, abusiva, *no animo in societatem*, es decir, de sociedad constituida *incidenter*, fortuito; y a tal confusión no se sustraen tampoco ilustres doctores».

La evolución del pensamiento acerca de la distinción entre ambas figuras ha sido constante en nuestra doctrina. En este sentido, MARÍN LÁZARO (4) expone las principales del siguiente modo:

— Teoría de POTHIER (5):

Para este autor la copropiedad se forma sin el consentimiento ni la voluntad de las partes, sin que se hayan puesto de acuerdo, mientras que la sociedad siempre requiere un convenio.

MARÍN LÁZARO (6) afirma que esta teoría no es exacta, «...porque si bien lo más frecuente es que la comunidad se derive de un hecho involuntario, como una herencia o un legado, también puede constituirse mediante un contrato, verbigracia: cuando varias personas compran una cosa para dividirla o aceptan conjuntamente una donación.

De igual modo, la sociedad, que casi siempre supone un contrato, puede establecerse mediante un consentimiento tácito, por ejemplo, si heredado un negocio, en vez de proceder a su división, los herederos se aplican a continuarla, convirtiendo así la mancomunidad hereditaria en una verdadera compañía mercantil sin que medie un convenio expreso» (7).

(2) ARIAS RAMOS opinaba lo siguiente: «La voluntad de los consortes llegó a alcanzar el poder de disolver aquella *societas eructo non citio* en la que habían vivido. Debió también parecer lógico que voluntariamente pudiera crearse entre aquellos para los que la ley no la establecía. Esta etapa, tan interesante para la historia de la *societas* romana, etapa antes puramente conjecturada, resultó confirmada con la aparición de los nuevos fragmentos gananos. Sabemos hoy que la *societas eructo non citio* se imitó, y que, al lado del *consortium* de los *sui* se creaba, por voluntad de los constituyentes, un *consortium* artificial, una *societas* que surgía entre *alii qui volebant*. ARIAS RAMOS, «Los orígenes del contrato de sociedad. *Consortium y Societas*», en *Revista de Derecho Privado*, 1942, pág. 149.

(3) Vid., *op. cit.*, pág. 723.

(4) MARÍN LÁZARO, «Sociedad y Comunidad», en *Revista de Derecho Privado*, 1942, pág. 694 y sigs.

(5) POTHIER, *Traité du contract de société*, núm. 181, *apud. op. cit.*, pág. 694.

(6) Vid. *op. cit.*, pág. 694.

(7) En términos igualmente críticos con esta teoría se pronuncia DÍEZ-PICAZO, al afirmar lo siguiente: «Este modo de pensar resulta extraordinariamente simple. Es obvio que la

— Teoría de LAURENT (8):

Para este autor la diferencia consiste en que la sociedad se ha constituido para generar beneficios, a diferencia de la copropiedad.

También MARÍN LÁZARO (9) critica la inexactitud de esta teoría cuando razona lo siguiente: «Tampoco esta distinción resulta siempre verdadera. Lo más corriente es que la comunidad se establezca para dividir los bienes comunes o para disfrutarlos de una manera individual y alternativa, en cuyo caso no hay beneficio común. Pero también puede suceder que ella nazca para realizar provechos, verbigracia: cuando la cosa adquirida en común es disfrutada por los condueños, repartiéndose las rentas que produzca».

— Teoría de la Actividad (10):

Se afirma que el condominio supone una cierta pasividad con una superposición inmóvil de intereses similares, mientras que la sociedad goza de un marcado carácter dinámico que implica una puesta en actividad de los medios propios de la sociedad con el objeto de obtener los fines sociales.

Para MARÍN LÁZARO (11), la distinción doctrinal realizada por esta teoría «...puede resultar engañoso porque hay comunidades que requieren gran actividad, verbigracia: la reconstrucción de una casa común; y, por el contrario, existen sociedades cuya acción es más lenta y menos intensa que la de algunos condominios».

La crítica a esta doctrina que sustenta sobre la explotación económica ha sido realizada por DÍEZ-PICAZO (12) de la siguiente manera: «Es innegable que esta última dirección doctrinal es sumamente sugestiva y que desde un punto de vista *de lege ferenda*, el criterio podría ser aceptable. No parece, sin embargo, que este criterio pueda compartirse a la luz de nuestro vigente Derecho Positivo.

Para comprenderlo basta examinar los dos más importantes supuestos marginales. El primero de ellos aparece cuando a un empresario individual que desarrollaba en vida la explotación de una empresa le suceden a su muerte sus herederos. De acuerdo con los postulados de la posición doctrinal que examinamos, tendríamos que encontrarnos en presencia de una sociedad, puesto que se trata de una explotación dinámica de una empresa. Y, sin embargo, en nuestro actual Derecho Positivo la empresa mercantil o industrial, permanentemente explotada por los herederos del empresario, constituye una comunidad de bienes.

sociedad es efectivamente un contrato, como dice el artículo 1665 del Código Civil, y que por consiguiente la sociedad es siempre un estado voluntario. Sin embargo, la comunidad de bienes puede ser también convencional y quedar voluntariamente establecida entre los comuneros. El artículo 392.2, admite la posibilidad de la formación de comunidades por voluntad de los interesados y, aún más, establece que el contrato es la fuente primaria de reglamentación de dicha situación, al atribuir carácter subsidiario a la regulación legal, que solamente funciona “a falta de contratos o disposiciones especiales”. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III. *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*, 5.^a ed., Editorial Thomson-Civitas, 2008, pág. 1016.

(8) LAURENT, *Principes de Droit Civil*, tomo XXVI, núm. 433, *apud. op. cit.*, pág. 695.

(9) Vid., *op. cit.*, pág. 695.

(10) BAUDRY-LACANTANERIE y WAHL, *De la societé, du Pret, du Dépot*, París, 1907, núm. 509, *apud. op. cit.*, pág. 695.

(11) Vid., *op. cit.*, pág. 695.

(12) Vid., *op. cit.*, pág. 1018.

El segundo supuesto lo constituye el caso de la total cesación y paralización de los negocios sociales, permaneciendo indiviso el fondo social. En este supuesto, de acuerdo con la teoría que examinamos, debería existir una comunidad de bienes, puesto que se trata de un fenómeno puramente estático. Sin embargo, con arreglo a las normas del Derecho vigente, el fenómeno discutido continuaría siendo una sociedad».

— Teoría de THALLER (13):

Para este autor la diferencia entre la sociedad y la indivisión radica en la intención o móvil de los interesados. De esta forma, la sociedad es un estado buscado por razón de una superioridad productiva, mientras que el condominio es un estado sufrido que obedece al concurso accidental de muchos sobre una misma cosa (14).

De nuevo, MARÍN LÁZARO niega la validez de esta teoría, razonando que: «Podemos decir de este criterio que es tan engañoso como el anterior. Así, por ejemplo, una mancomunidad hereditaria que se convierte en sociedad mercantil, por haberse aplicado los herederos a la explotación permanente de los negocios hereditarios sin celebrar un contrato de sociedad, constituye una verdadera compañía mercantil, aunque la situación en que se encontraron los herederos no hubiera sido buscada por aquellos; antes bien, resultase aceptada por los mismos tal como quedó constituida en virtud de la apertura de la herencia del causante.

— Teoría de la *affectio societatis* (15):

De acuerdo con esta posición, se sostiene que es la *affectio societatis* o la intención de los interesados, la nota característica que separa la comunidad de la sociedad, por lo que dependerá de la voluntad de los interesados para concluir si nos encontramos ante una comunidad o una sociedad (16) (17).

(13) THALLER, *Traité Elementaire de Droit Commercial*, 6.^a ed., revisada por PERCEROU, 1922, núm. 239, *apud. op. cit.*, pág. 695.

(14) Con idéntico razonamiento sobre la crítica a la teoría voluntarista, vid. DÍEZ-PICAZO, nota 7, *ut supra*.

(15) NYSSENS-CORBIAU, *Traité des Sociétés Commerciales*, T. I, núm. 199.

(16) MARÍN LÁZARO (*op. cit.*, pág. 696) se decanta por esta teoría al afirmar lo siguiente: «Nos parece la doctrina más acertada, porque no puede negarse a los interesados la soberanía más absoluta para crear, para mantener o para transformar el vínculo jurídico que tengan por conveniente, mientras observen las solemnidades y requisitos legales exigidos para cada uno de ellos, y siempre que no lesionen los intereses de terceros. Ahora bien, en nuestra humilde opinión, debería completarse esta teoría con la siguiente idea. Cuando la voluntad de las partes se ha manifestado de un modo expreso o tácito, ella decidirá soberanamente si existe un condominio o una sociedad. Pero si esa voluntad no se ha exteriorizado, procederá que entren en función como circunstancias determinantes de la existencia de una comunidad o de una compañía, cada una de las que han sido apreciadas por las distintas teorías que hemos expuesto.

Entonces la falta de contrato, por virtud de la cual habremos de encontrarnos ante una situación de hecho, será ya un indicio vehemente de que existe un condominio, si además de ello no se persigue obtener beneficios divisibles entre los interesados, el indicio se convertirá en una seguridad casi completa de hallarnos ante una indivisión. Cuando todavía se advierta que también falta el ejercicio de una actividad común en la cual se entrecrucen los distintos intereses, se habrá adquirido la certeza de que hay una comunidad y no una compañía».

(17) Sin embargo, a juicio de DÍEZ-PICAZO (*vid., op. cit.*, pág. 1016) esta doctrina de la *affectio societatis* se encuentra «muy estrechamente ligada con el punto de vista anterior».

DÍEZ-PICAZO (18) también se hace eco de la Teoría de la Personalidad que hace hincapié en la distinción entre ambas figuras sobre la idea de la constitución de un patrimonio separado al de sus socios en el contrato de sociedad, lo que por definición no ocurre en la comunidad de bienes, con apoyo principalmente en el artículo 1669 del Código Civil. No obstante, la crítica a dicha teoría la expone el mencionado autor cuando opina que: «La tesis que coloca el criterio diferencial entre sociedad y comunidad en la existencia o inexistencia de personalidad jurídica no es convincente. La calificación de un fenómeno jurídico como sociedad es previa a la concesión de la personalidad jurídica, porque lo que el Derecho personifica es precisamente la sociedad. De esta manera la calificación de sociedad parece un presupuesto y no una consecuencia respecto de la personalidad jurídica. Por otra parte, no puede decirse sin más que una sociedad sin personalidad jurídica sea igual a una comunidad de bienes y mucho menos a la inversa que una comunidad de bienes sea igual a la sociedad sin personalidad jurídica. Es cierto que el párrafo 2.^º del artículo 1669 dice que las sociedades sin personalidad jurídica se rigen por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Pero frente a esta afirmación cabe hacer dos observaciones. La primera es que el Código admite que continúan siendo sociedades (“esta clase de sociedades...”). La segunda es que el precepto citado no ordena la equiparación entre sociedad y comunidad, sino que lo que se limita a hacer es una remisión al régimen jurídico (“se regirá por las disposiciones...”»).

Similares aportaciones doctrinales realizó BONET (19) cuando comentó la ya clásica resolución jurisprudencial sobre la materia, a saber, la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1940, haciendo hincapié en la teoría de la obtención del lucro, cuando afirma lo siguiente: «Pero la mayoría de los autores modernos, atendiendo al fin u objeto de las instituciones que se comparan, dicen que el objeto de la sociedad es obtener un lucro, mientras que el de la indivisión es solo mantener en su integridad la cosa común y favorecer su conservación (20). Según el comentarista MANRESA (21), es indiscutible que el fin de la comunión de bienes no es, como en las sociedades, el acrecentamiento del capital común mediante las ganancias de los capitales aportados al fondo social, sino el simple aprovechamiento colectivo ordinario, hasta el extremo de que si los comuneros pactasen que sus bienes indivisos sirviesen para explotar una industria, ya incurriría en verdadera sociedad.

mente examinado [la voluntariedad] se encuentra el que sitúa el criterio diferencial entre comunidad y sociedad en la existencia o inexistencia de *affectio societatis*, pero esta idea, sumamente vaga y confusa, suele ser entendida como ánimo de constituir una sociedad o de estar en sociedad, con lo cual se viene a significar, poco más o menos, lo mismo que cuando se define la sociedad como un estado involuntario y la comunidad como un estado involuntario».

(18) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, págs. 1016 y 1017.

(19) BONET, «Comunidad de bienes: su naturaleza jurídica. Relación entre la comunidad de bienes y el contrato de sociedad: sus diferencias. ¿Puede constituir comunidad la explotación de un café-bar? (sentencia de 15 de octubre de 1940, núm. 13)», en *Revista de Derecho Privado*, 1941, pág. 36.

(20) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXV, Parte I.^a, Madrid, 1933, pág. 514.

(21) MANRESA, *Comentario al Código Civil español*, tomo III, 6.^a ed., Madrid, 1934, pág. 391.

En este mismo orden de ideas precisa CARNELUTTI (22) que no cree que haya verdadera separación entre sociedad civil y comunidad, sino en cuanto esta es el género y aquella especie. Así hay que distinguir, para una correcta sistematización científica, una comunidad-género (comunidad en sentido amplio), que comprende dentro de sí la sociedad, y una comunidad-especie (en sentido estricto), que se contrapone a ella. Ambas especies se diferencian por la presencia o por la ausencia de la finalidad de ganancia, la cual modifica el contenido del derecho del comunero. El patrimonio de la comunidad (*strictu sensu*) es un patrimonio en conservación; el patrimonio de la sociedad es un patrimonio en transformación. Por esto el comunero tiene derecho a la cuota de la ganancia, es decir, de aquello en que se ha convertido lo que se puso en común por efecto del empleo social. La comunidad es una sociedad en reposo; la sociedad es una comunidad en movimiento».

LOIS ESTEVEZ (23), en un meritorio trabajo, opinó que «la comunidad es el estado de una pluralidad de personas cuyos poderes coinciden sobre una cosa o varias tomadas conjuntamente, sin que sean medio de realización de una empresa (...). Y si en la comunidad de bienes el vínculo se resume, pues, en la conservación de las cosas, sin que sea necesario además un ulterior esfuerzo; en la sociedad, contrariamente, resalta la imprescindibilidad de vincularse a una obra que viene a ser el fin social, de modo que son exigibles otros dispendios que los conservativos».

Especialmente interesantes, por coincidir con lo que nos preocupa en el presente trabajo, son las reflexiones de Lois ESTEVEZ, en cuanto niega que sea el ánimo de lucro la característica esencial de la sociedad cuando afirma que: «El objeto de la sociedad, según el artículo 1666, puede ser cualquiera, con tal que sea lícito y redunde en interés común de los socios. Se deduce, por contra, de los términos del artículo al ser estas las únicas limitaciones imperativas. ¿En dónde aparece aquí, como módulo esencial, el ánimo de lucro? La fórmula viene a sustituirlo, «el interés común de los socios», no introduce a primera vista más que una ligera variación. Tiene, con todo, un interés máximo, porque al ahondar en el concepto se descubre atenuación de la rigidez anterior, expresívísima en la sistemática del Código, porque significa de verdad una síntesis comprensiva, una idea de mayor amplitud en que la otra queda contenida y superada. En efecto, el lucro es interés para los socios, pero la noción del interés es más vasta, extendiéndose también a otro tipo de aprovechamientos que con la expresión lucro no se pueden abarcar. Este punto de vista se reafirma estableciendo una comparación con el artículo 1678, que al señalar el objeto de la sociedad particular agrupa nociones inasequibles con la palabra lucro, como el uso y la empresa. Esto vale tanto como admitir sociedades con un objeto limitado al uso de las cosas, lo cual persuade claramente a favor de la insuficiencia de solo el elemento lucro».

Las teorías también son resumidas y criticadas, análogamente a lo anteriormente expuesto, por ALBALADEJO (24) en un esclarecedor trabajo sobre el particular, para pasar a razonar su opinión del siguiente modo:

(22) CARNELUTTI, «Personalità jurídica e autonomía patrimoniale nella società e nella comunione», en *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. I, 1913, pág. 91, *apud. op. cit.*, pág. 36.

(23) Lois ESTEVEZ, «La distinción de condominio y sociedad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, núm. 181, págs. 699 y 703.

(24) ALBALADEJO, «La distinción entre comunidad y sociedad», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 11-17 de septiembre de 1995.

«La sociedad y la comunidad son dos formas de unión o agrupación, de los comuneros o de los socios, cada una sometida a unas reglas suyas en nuestra ley, reglas que no son contradictorias las de la una y las de la otra, además de que ni siquiera son discrepantes, y cuando la unión se establece por voluntad de las partes (lo que siempre es necesario en la sociedad, pero no en la comunidad), que nazca una o que nazca la otra, depende de lo que las partes hayan querido, y no de que la sociedad sí persiga, y la comunidad no, lucro o ganancia, pues si es cierto que la sociedad siempre debe buscarno, la comunidad tanto como puede no perseguirlo, puede también sí perseguirlo».

Destacan, a nuestro juicio, las aportaciones al debate que hiciera MIQUEL GONZÁLEZ cuando distingue la sociedad de la comunidad de bienes sobre la base contractual de aquella y sobre la situación de cotitularidad de esta (25). De esta forma MIQUEL GONZÁLEZ, razona lo siguiente:

«Si se parte de las definiciones del Código, como parece conveniente, las diferencias aparecen sumamente claras en principio. “La sociedad es un contrato por el que dos o más personas se obligan...” (art. 1665). “Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas” (art. 392). Ante tales definiciones pudiera pensarse que no es necesaria una especial preocupación para distinguir ambas figuras. Se destaca suficientemente en ellas que la sociedad es un contrato y la comunidad no. La comunidad es una situación de cotitularidad.

(...) Formulado de otra manera, puede ser también cierto que la sociedad se origina por un contrato y la comunidad (copropiedad) no. La sociedad surge por el mero consentimiento y desde que se presta el consentimiento (art. 1679). La copropiedad no surge por el mero consentimiento, sino por los modos de adquirir el dominio (...).

Este es el verdadero nudo del problema de la distinción cuando haya de admitirse que la comunidad se ha creado a consecuencia de un contrato entre los comuneros mediante las aportaciones. En tal caso, se trate de un contrato de sociedad o no, se aplicarán las normas de la comunidad según el artículo 1669, si se está en el supuesto de hecho de este precepto. Sin perjuicio de que este precepto sea poco claro en cuanto a las condiciones de su supuesto de hecho, lo cierto es que, existiendo sociedad, se aplican las normas de la comunidad.

Una interpretación adecuada del artículo 1669 nos debe llevar a la aplicación tanto de las normas de la comunidad como de las normas de la sociedad. Si el artículo 1669 dispone que se apliquen las normas de la comunidad por razón de que los terceros no han tenido conocimiento o posibilidad de conocimiento de la existencia de la sociedad, es evidente que a las relaciones entre los socios que nada tengan que ver con ese tema se debe aplicar la regulación de la sociedad (...).

No es admisible que un contrato de sociedad no pueda existir sin un acuerdo expreso. Las consideraciones acerca de la idea de ganancia ponen de relieve lo desenfocado de este criterio para distinguir sociedad y comunidad. Hace falta decir que una comunidad con fin de lucro no es sociedad porque no es convencional. Lo que parece ciertamente innecesario, ya que sin contrato que vincule a un fin, no puede decirse que algunas personas tengan un fin relevante jurídico.

(25) MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 2.: artículos 392 a 429 del Código Civil y Ley sobre Propiedad Horizontal. Título III. De la comunidad de bienes (cont.), Edersa (1985).

camente. Cuando se habla del fin de la sociedad se habla del fin pactado en el contrato de sociedad, no, por supuesto, del fin individual que persiga cada cual. Por eso es contradictorio admitir que la comunidad tenga fin de lucro y al mismo tiempo que los comuneros no han pactado nada sobre tal fin, porque entonces tal fin es muy distinto del fin social, que, por supuesto, ha de ser un fin pactado».

CAPILLA RONCERO (26), tras analizar las diferentes corrientes doctrinales y pese a opinar que, a su juicio, probablemente sea el más plausible aquel que se refiere al carácter dinámico de la sociedad frente al estático de la comunidad de bienes, entiende que ha de ser el análisis del caso concreto el que nos ofrezca la respuesta acertada, ya que afirma lo siguiente:

«Por todo ello, a la hora de precisar los criterios distintivos entre la sociedad y la comunidad, seguramente, todos los criterios expuestos apunten acertadamente —salvo el de la personalidad jurídica, a mi juicio—. Pero ello no resuelve la cuestión del régimen aplicable a los casos dudosos y extremos que, preferiblemente, deben ser resueltos en concreto, de lo que me ocupo a continuación, al menos respecto de los más importantes (...).

Comenzando por el último supuesto, el de la actividad empresarial no mercantil, el problema se plantea en los términos inicialmente aludidos: se trata de escoger entre el régimen jurídico de la comunidad de bienes o el de la sociedad civil, teniendo en cuenta las notables concomitancias que entre ellos son observables y que hacen sospechar que, propiamente, no se trata de dos sistemas incompatibles. En este punto, además, como consecuencia del principio espiritualista vigente en el Derecho español, habrá de atenderse primordialmente a la voluntad, cualquiera que sea el vehículo a través del cual se manifieste, de los sujetos implicados, complementando, así, el criterio del carácter estático o dinámico del fin común. Y ello como consecuencia del carácter, en general, dispositivo de las normas relativas tanto a la comunidad de bienes cuanto a la sociedad civil. En tales términos hay que entender las afirmaciones con frecuencia vertidas sobre este particular en el sentido de que el criterio distintivo es el de la *affectio societatis*, con lo cual se quiere indicar que, en última instancia, se trata de una *quaestio voluntatis*. Pero teniendo en cuenta que no sería lícito admitir una calificación contradictoria con la voluntad manifestada por los sujetos implicados a través de su comportamiento (...).

Mucho más espinosa es la cuestión cuando se trata de actividades empresariales comunes de carácter mercantil. Y ello como consecuencia de que se interfiere el tema de la capacidad de las comunidades, que no encajan *a priori* en ninguno de los tipos sociales regulados por la legislación mercantil para ejercer el comercio. En definitiva, se trata de la cuestión del régimen de las llamadas sociedades atípicas mercantiles, cuya problemática no corresponde abordar en una obra como la presente. Con todo, y en términos generales, parece compatible la opinión que estima que el régimen general de las sociedades mercantiles, aplicable en todos los casos en los cuales no se ha adoptado una forma típica diferente de sociedad, es el propio de las sociedades colectivas, que seguirían así desempeñando su función histórica de sociedades generales. De admitirse que ello es así, se impone una consecuencia: la restricción de la autonomía de los

(26) CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXI, vol. 1.: artículos 1665 a 1708 del Código Civil. Título VII. De la sociedad. Capítulo primero. Disposiciones generales. Edersa (1990).

sujetos implicados para alterar el sistema de representación y el tipo de responsabilidad propios de las sociedades colectivas que se aplicarían siempre que se ejerciera en común una actividad mercantil, salvo que se adoptara algún tipo diferente de sociedad mercantil. En definitiva, como ha sido observado acertadamente, lo que realmente se plantea “es la permisión de la voluntad negocial contra los preceptos de *ius cogens* implícitos en la aplicación general al tráfico mercantil de la sociedad colectiva”. Por ello, entiendo que en las cuestiones relativas a los problemas aludidos, cuando varias personas ejercitan en común una actividad empresarial mercantil, deben quedar sometidas a las normas de la sociedad colectiva. Aunque para los demás temas la cuestión sigue planteada en los términos generales: se tratará de una *quaestio voluntatis*, resoluble mediante la aplicación de los criterios hermenéuticos comunes. Si bien como el hecho de permanecer voluntariamente unidos en el desempeño de tal tipo de actividad es un dato sumamente revelador de la existencia de una relación social entre dichas personas, se trataría, en la mayoría de los casos, pues, de una sociedad mercantil contraída mediante una declaración tácita de voluntad, sin constancia en el Registro Mercantil como tal sociedad y, por ello, sometida a las disposiciones propias de las sociedades irregulares».

O sea, CAPILLA RONCERO admite un importante papel a la autonomía de la voluntad a la hora de configurar por las partes una comunidad de bienes o una sociedad cuando se estén desarrollando actividades civiles, mientras que cuando se persigan actividades mercantiles, la aplicación imperativa de las normas de la sociedad colectiva debería llevar a la calificación de la figura como sociedad mercantil, con apoyo en las ideas que GIRÓN expusiese en su día al respecto.

De esta forma, GIRÓN TENA (27), al abordar el tema de la «comunidad societaria», se decanta igualmente 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 deforme 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 solo 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, este 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 permisión de la voluntad

(27) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Tomo I, 1976, págs. 83 y 84.

negocial contra los preceptos de *iustitia 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».

Por su parte, DE LA CÁMARA (28) opina que «saber cuándo estamos en presencia de una sociedad atípica o de una simple comunidad mercantil depende de una serie de factores, entre los que destaca con valor primordial la voluntad de las partes. No basta el hecho de que el objeto común sea una empresa mercantil, cuya explotación presupone el ánimo de lucro, para que estemos ante una sociedad atípica. No puede olvidarse que la finalidad lucrativa debe entenderse en nuestro Derecho, a la vista de lo que establece el artículo 1678 del Código Civil, de manera muy amplia».

PAZ-ARES (29), cuando analiza la distinción entre la sociedad y comunidad, entiende que «la heterogeneidad de las dos instituciones es clara: la sociedad es

(28) DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., 1977, pág. 246.

(29) PAZ-ARES, en URÍA-MENÉDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., Thomson-Civitas, 2006, págs. 492 y 493. Este autor continúa llevando a cabo la distinción entre ambas figuras, exponiendo que: «a) La distinción entre sociedad y comunidad solo es problemática allí donde ambas figuras pueden coexistir, es decir, en los casos en que el contrato de sociedad configura una sociedad interna. Si el contrato de sociedad ha dado lugar a una sociedad externa, los fenómenos de comunidad y sociedad son incompatibles. Esta situación de incompatibilidad es la que se presenta con las comunidades de bienes —a veces llamadas “comunidades societarias”— dedicadas a la explotación de una empresa bajo una razón unificada en el tráfico (vid. STS de 13 de marzo de 1961 y 21 de diciembre de 1965; Resolución de la DGRN de 7 de julio de 1962). En efecto, la “comunidad de bienes” como forma de organización de la empresa colectiva, aunque obtenida carta de naturaleza en el Derecho fiscal (vid. art. 35.4, LGT 2003) o en el Derecho Laboral (vid. art. 1.2 ET), que la ha obtenido por simples razones de evitar el fraude, constituye un *monstruum* jurídico que hay que desterrar de nuestra praxis negocial. Tales organizaciones, de comunidades, solo tienen el nombre. Son sociedades y, además, porque se han constituido con el propósito de actuar unificadamente en el tráfico, son sociedades externas y, por tanto, personificadas (aunque sean irregulares por no haberse inscrito en el Registro Mercantil: vid. cap. 20, núm. 13). La calificación y aun el intento empírico de las partes de permanecer como comunidad de bienes no puede prosperar, y así comienza a reconocerlo la Jurisprudencia (vid. STS de 25 de marzo de 1996). En estos casos, las relaciones externas han de someterse imperativamente a la normativa societaria. Razones tanto conceptuales como de política jurídica impiden admitir la actuación en el tráfico jurídico de las comunidades. Un problema similar presentan las comunidades hereditarias sobre establecimientos mercantiles. En efecto, la explotación de la empresa por parte de los herederos bajo una razón unificada en el tráfico, cuando supera una finalidad meramente conservadora previa a la liquidación, provoca la conversión de dicha comunidad en una sociedad externa. El contrato de sociedad, si no se ha pactado expresamente, ha de considerarse concertado tácitamente o por hechos concluyentes. El mismo hecho de continuar la explotación más allá de lo que exige su conservación significa que hay sociedad (vid. STS de 24 de mayo de 1979, de 16 de abril de 1942, de 4 de julio de 1959, de 28 de junio de 1975 y de 29 de julio de 1995; en sentido contrario STS de 21 de noviembre de 1970).

b) Los verdaderos problemas de delimitación se plantean en el ámbito de las sociedades internas, pues en tales casos los fenómenos de sociedad y comunidad son efectivamente compatibles. Entonces, más que distinguir, hay que separar lo que pertenece a cada figura. En el plano de la titularidad —es decir, de la organización del patrimonio común de los socios—, es claro que hay comunidad. En el plano obligatorio es donde surgen los problemas que, en definitiva, consisten en determinar cuándo la relación obligatoria que se establece

un contrato (art. 1665) y la comunidad es una situación de titularidad colectiva o cotitularidad (art. 392 CC). La distinción no es pertinente porque cada uno de los fenómenos se proyecta sobre un plano de realidad jurídica diverso. La comunidad es un fenómeno que necesariamente tiene un sustrato real, pero en el ámbito obligatorio puede coexistir con la sociedad. La sociedad es un fenómeno que tiene un sustrato necesariamente obligatorio, pero en el ámbito real puede coexistir con la comunidad. El problema, si acaso, se plantea a la hora de distinguir aquellos fenómenos relacionados con la sociedad y con la comunidad que se proyectan sobre el mismo plano de la realidad jurídica, es decir, sobre el plano de las relaciones jurídico-reales, donde ha de distinguirse entre la comunidad propiamente dicha como forma de titularidad colectiva disgregada y la personalidad jurídica como forma de titularidad unificada, y en el plano de las relaciones obligatorias, en donde habrá que separar la sociedad dicha de la relación obligatoria legal derivada de la situación de comunidad. En el primer plano no se suscita, en rigor, la cuestión de la distinción sociedad/comunidad. Es en el segundo plano donde propiamente se plantea el tema que aquí interesa abordar. La cuestión presenta diversos aspectos que conviene tratar por separado».

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA. ESPECIAL ATENCIÓN AL ÁNIMO DE LUCRO

Resulta muy útil a estos efectos, exponer el examen de la Jurisprudencia que realiza ALBALADEJO en su citado trabajo, exponiendo como en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1906, se consideró en el caso que había comunidad nacida de un acuerdo entre los interesados, en la que participaron, cada uno por su cuota, los cotitulares de la explotación de un negocio de compraventa de solares.

Asimismo, se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1930, también consideró la existencia de una comunidad, reconociendo la posibilidad de ejercitar la *actio communi dividundo* a la que su objeto era un establecimiento industrial dedicado a fábrica de cervezas, gaseosas, hielo y jarrabes, que al fallecimiento de su titular fue adjudicado proindiviso en la partición a varios de los coherederos.

Con referencia a las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1940, 21 de diciembre de 1970 y 27 de septiembre de 1985, donde se decidió que una explotación industrial que pertenecía a los herederos del antiguo titular pudiera continuar rigiéndose por las reglas de la comunidad de bienes, ALBALADEJO entiende que si el Tribunal Supremo permite que la comunidad de bienes pueda recaer sobre una industria, entonces está admitiéndose por el Alto Tribunal que la comunidad de bienes puede tener un ánimo de lucro.

Con posterioridad cita la conocidísima sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1940 —donde en realidad no se rechaza que la comunidad de bie-

entre los comuneros es una relación obligatoria contractual (sociedad) o una relación obligatoria legal (comunidad). En nuestra opinión, el elemento determinante es el fin común. Si las partes se han obligado a la consecución de un fin común, entonces necesariamente hay sociedad. Cuando la comunidad se ha constituido sin un fin común, entonces no hay sociedad. Las relaciones entre comuneros se regirán por las normas legales que rigen los aspectos obligatorios de la comunidad».

nes pueda tener un ánimo de lucro— que tanta atención ha merecido en nuestra doctrina, destacando sobremanera el comentario a la misma de DÍEZ-PICAZO (30).

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 este 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 la cual, 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 esta constituye sociedad o constituye comunidad. Creo que este es un problema que debe resolverse aplicando las reglas generales de la interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1281 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 1284 —variante más adecuada para que el negocio produzca los efectos pretendidos— y al artículo 1287, 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».

(30) DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tecnos, 3.^a ed., vol. II, 1981, págs. 290-292.

El criterio de las sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 1942, 10 de marzo de 1949 y 12 de mayo de 1959, 21 de noviembre de 1969, 22 de diciembre de 1962 y 27 de abril de 1973, si bien es cierto que terminan admitiendo la existencia de una sociedad irregular o de hecho, lo hacen —a juicio de ALBALADEJO— sobre la existencia de un pacto de explotación del negocio, sin que sirvan para delimitar que el elemento distintivo entre ambas formas es el ánimo de lucro.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1964, sí estima la existencia de una comunidad en los derechos de explotación de una mina, lo que igualmente en opinión de ALBALADEJO, supone el reconocimiento del ánimo de lucro en la comunidad de bienes.

La conclusión sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, antes referida, que nos ofrece ALBALADEJO, es la siguiente: «De toda la jurisprudencia expuesta se sigue que (por más que en algunas sentencias se apunte o dé cabida a la idea de que, según un criterio mantenido por parte de la doctrina, o acogido en algunos pasajes resolutorios de ciertas sentencias, la comunidad y la sociedad serían distinguibles por cumplir la primera, simplemente el fin, diríamos estático del uso y disfrute de las cosas comunes, y la segunda de perseguir el fin, diríamos dinámico, de obtener lucro partible a través de una gestión motriz del patrimonio social hecha por el grupo de asociados) al momento de resolver si se da sociedad o comunidad, el Tribunal Supremo lo que hace es entender que hay sociedad cuando ha mediado entre las partes un contrato de sociedad en el que aparece la voluntad de poner algo en común para obtener ganancias y repartirlas, y que hay comunidad no solo cuando algo se tiene o se pone en común para usarlo los copartícipes, conservarlo y utilizarlo, repito, diríamos estáticamente, sino asimismo cuando faltando voluntad de sociedad, se tiene, porque se recibe o se pone, algo en común, aunque no sea solo para poseerlo en común, sino también para explotarlo, como puede ser un negocio en común, sacándole así beneficios y ganancias. Con lo que queda palpable que la distinción entre sociedad y comunidad se basa no en que objetivamente, y con independencia de la voluntad de las partes haya en un caso solo uso y disfrute y en el otro explotación, sino en que subjetivamente en un caso haya habido voluntad de sociedad, y en el otro no».

Eso es así, aunque ciertamente se deba de reconocer que sin duda en la mayoría de los casos en que hay una explotación en común con ánimo de obtener lucro partible, la voluntad de las partes suele ser la de unirse en sociedad, y no en comunidad.

Más recientemente y por su parte destacan las siguientes sentencias de nuestro Alto Tribunal, sobre la cuestión. La sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 1995 (*RJ 1995/8122*), configura como sociedad irregular la explotación de un laboratorio de análisis clínico, dada la constitución de un patrimonio común y una actividad proyectada al público con obtención de ánimo de lucro, con apoyo principalmente en la existencia de un pacto entre las partes y en el carácter estático de la comunidad y el dinámico de la sociedad, al razonar lo siguiente:

«En este caso la decisión calificadora del Tribunal de Apelación resulta certa por ser la procedente, toda vez que, incluso prescindiendo de la literalidad del documento privado referido, los actos posteriores de las litigantes, que expresan la dinámica negocial de lo convenido, ponen de manifiesto la presencia de una relación societaria civil, sin personalidad jurídica propia, válidamente concertada y cuyo objeto principal resultaba bien preciso, al tratarse de la explotación conjunta

y compartida de un Laboratorio de Análisis Clínicos, con los enseres y bienes existentes, que conformaron el patrimonio común (más bien que patrimonio social) y como actividad industrializada, proyectada al público-clientela, lo que tiene perfecta acogida en el artículo 1665 del Código Civil. La reglamentación contractual del negocio, libremente convenida por las interesadas, es la que ha de tenerse en cuenta en cuanto a la eficacia de la relación y los derechos y deberes de las otorgantes [sentencias de 6 de noviembre de 1991 (RJ 1991/7937), que cita las de 19 de abril de 1972 (RJ 1972/2550), 5 de julio de 1982 (RJ 1982/4216) y 13 de marzo de 1989 (RJ 1989/2041)] y ello aunque dichos pactos establezcan una serie de especialidades, como sucede en este caso, en cuanto a la manera de gestionar el laboratorio común, en forma alternativa y sucesiva anual, con la asunción de beneficios y pérdidas cada una de ellas durante los períodos en los que les correspondía la explotación. Se trata de una normativa propia ex contractu, que se acomoda a la libertad de pacto que establece el artículo 1255 del Código Civil, y no colisiona con dicho precepto ni con los 1258, 1271 y siguientes del Código Civil.

La tesis de la recurrente de darse efectiva una comunidad de bienes y no de sociedad civil, resulta insostenible. La sentencia que se recurre rechazó tal situación jurídica —revocando y corrigiendo al Juez de Primera Instancia—, pues, si bien se admite en el motivo que la primitiva sociedad verbal del año 1979 la integraron las litigantes y una tercera persona, la misma quedó disuelta por acuerdo de sus socios. No concurre base fáctica ni jurídica alguna para poder admitir que se sustituyó por una comunidad de bienes, cuando de la esencia contractual y ejecución del documento de 1 de julio de 1984, claramente se deduce lo contrario y es lo que ha de atenderse para disciplinar las relaciones obligacionales creadas entre las partes, pues no se hace referencia puntual a los efectos de mantener en algún aspecto las situaciones anteriores, sino únicamente para regularlas y dotarlas de mayor y más segura intensidad contractual, en este caso societaria. Así lo entendió con perfecta corrección legal la Audiencia, ya que resultó suficientemente probada la existencia real de fondo común acreditado, referido a la explotación del laboratorio, en el que convergen las actividades profesionales farmacéuticas de las dos asociadas en litigio. Se da también ánimo de lucro o ganancia común, aunque su división y adjudicación se hubiera pactado en la forma alternativa anual que queda reseñada, pero procedente siempre del referido fondo común, lo que integra el fin más directo del contrato societario y así como también concurre la necesaria voluntad de unión amplia, constituyente de la *affectio societatis*, y actúa en cuanto precisa siempre convenio o pacto previo al efecto y viniendo a ser elemento diferenciador importante en conjunción con los objetivos perseguidos por las interesadas, al crear el ente social civil, de lo que constituye propia comunidad de bienes; pues el contrato de sociedad civil, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, se presenta dinámico al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios, susceptibles de ser partidos entre los socios, que también así asumen, las pérdidas [sentencias de 15 de octubre de 1940 (RJ 1940/886), 24 de mayo de 1972 (RJ 1972/2562), 5 de julio de 1982 (RJ 1982/4216), 6 de marzo de 1992 (RJ 1992/2398), 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10406) y 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479)]. En cambio la comunidad de bienes tiene una proyección más bien estática, ya que tiende a la conservación y disfrute aprovechado de los bienes pertenecientes a plurales titulares dominicales».

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2008 (RJ 2009/411), sobre la explotación en común de una academia de enseñanza con especial atención al «aprovechamiento» que resulta propio de la comunidad

de bienes, frente a la «explotación» que es inherente al contrato de sociedad, califica el referido negocio como de sociedad al exponer que:

«Ya en su formulación se falta al requisito establecido en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000/34, 962 y RCL 2001/1892), en tanto que el recurso de casación ha de fundarse “en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”, sin que se cite en el motivo la concreta infracción de norma legal alguna. En todo caso, tampoco se observa infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la llamada sociedad irregular y su adecuada diferenciación de la comunidad de bienes. Esta última, como reflejan las sentencias citadas por la parte recurrente [15 de octubre de 1940, 25 de mayo de 1972, 5 de julio de 1982 (RJ 1982/4216), 6 de marzo (RJ 1992/2398) y 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10406)] supone simplemente la existencia de una propiedad común sobre determinados bienes que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural, mientras que la sociedad comporta la puesta en común de dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí los socios las ganancias (art. 1665 del Código Civil (LEG 1889/27). De ahí que la figura societaria surja inevitablemente en el caso cuando se explota por las partes conjuntamente una academia de enseñanza, que radica en unos locales de propiedad común de ambas, siendo así que los ingresos y gastos se producen en cuentas bancarias comunes y se adquieren otros bienes en común con las ganancias obtenidas; los cuales, como ganancias, forman parte igualmente de la sociedad y han de ser objeto de partición con la liquidación final de aquella. No se opone a ello el hecho de que el negocio figurara a nombre de la actora como autónoma, pues precisamente tal circunstancia constituye característica propia de la llamada sociedad irregular en la que los pactos se mantienen secretos entre los socios y en la que cada uno de ellos contrata en su propio nombre con los terceros, rigiéndose por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (art. 1669 CC) con la particularidad de que, dada la existencia de un conjunto patrimonial común, la liquidación ha de practicarse conforme a las normas propias de la división de la herencia [sentencias de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8122), 31 de julio (RJ 1997/5619) y 14 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8124), 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/7707) y 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8903), entre otras]».

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1499), también con la existencia de un pacto previo sobre la explotación de unas galerías comerciales, acogió la tesis de la sociedad frente a la comunidad exponiendo lo siguiente:

«En primer lugar, pese a negar la recurrente con insistencia en su recurso la ausencia de la necesaria affectio societatis, es atinada la conclusión sentada tanto por el Juzgado como por la Audiencia sobre la existencia de un verdadero contrato de sociedad entre las litigantes, desde la delimitación jurisprudencial que de ambas figuras se ha hecho. Así, ya precisaba la sentencia de 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479), con cita de otras muchas anteriores, las características que distinguen una y otra, señalando que “si bien son coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad. Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas [art. 392 del CC (LEG 1889/27)], lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio, las sociedades civiles, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, este se aporta al tráfico co-

mercial, ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas". Frente a esta conclusión, ninguna virtualidad puede tener la hipótesis de la recurrente, a saber, que "nunca ha existido sociedad entre las partes" y que "lo único que existe es la utilización del único medio de conservación del patrimonio común: el arrendamiento", máxime cuando reconoce abiertamente en el recurso la finalidad instrumental de la comunidad de bienes constituida, señalando que se arbitró tal fórmula "para facilitar la emisión de las facturas a los arrendatarios".

Es decir, el Tribunal Supremo en las últimas y relevantes sentencias donde ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la distinción entre comunidad y sociedad, adopta criterios doctrinales antes expuestos, como es la existencia de un pacto previo, el carácter estático de la comunidad de bienes frente al carácter dinámico de la misma, la *affectio societatis*, la personalidad jurídica, o bien, el «aprovechamiento» propio de la sociedad, pero no diferencia a ambas figuras en función del ánimo de lucro. O sea, realiza una distinción entre ambas figuras mediante un recurso múltiple a las referidas posiciones doctrinales, sin establecer una clara definición jurisprudencial sobre los elementos distintivos existentes entre ambas figuras, pero y lo que resulta a nuestro juicio más evidente, sin pretensión de erigir al ánimo de lucro como la verdadera nota diferenciadora entre la sociedad y la comunidad de bienes.

IV. LA NO ACEPTACIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO COMO CRITERIO DISTINTIVO ENTRE COMUNIDAD Y SOCIEDAD. NUEVAS FIGURAS COMO LA COMUNIDAD INCIDENTAL

Como hemos tenido oportunidad de comprobar nos encontramos muy lejos de poder obtener un criterio uniforme y constante en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la diferenciación de ambas figuras, aunque el resultado interpretativo nos debería llevar en algunas ocasiones a la aplicación de un régimen jurídico diferenciado al problema que se trata de resolver en el caso específico presentado por la práctica.

En nuestra opinión, sí consideramos que puede admitirse que la comunidad y la sociedad son dos fenómenos en los que puede atisparse 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 hipotético caso que si dichas actividades tienen carácter mercantil estaríamos ante una sociedad mercantil (colectiva e irregular) (31).

Por tanto, la contraposición ha de efectuarse en sede de comunidad *versus* sociedad, por la relevancia que tuviera la aplicación prioritaria de la normativa societaria —en el supuesto que nos decantáramos ante la existencia de una sociedad— frente a la normativa de la comunidad de bienes, lo que en este caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de octubre de 2011, tampoco supondría una relevancia auténtica por la consecuencia jurídica similar a la que se llegaría aplicando las normas de la comunidad de bienes (fragmentación de la deuda, *ex art.* 393 del CC) o las del contrato de sociedad civil (parcialidad de la deuda, *ex art.* 1698 del CC), si fuera tipificada la sociedad como civil y no mercantil, lo cual no podemos analizar ante la suficiencia de datos sobre las actividades sociales ejercitadas en concreto.

El error cometido en la sentencia analizada pasa inicialmente por observar como prescinde de la distinción inicial entre la comunidad de bienes y la sociedad, para afirmar directamente que en este caso nos encontramos ante una sociedad por tener ánimo de lucro, y que al ser una sociedad que desarrolla unas actividades mercantiles, ser considerada esta como mercantil con la consecuente aplicación del régimen de responsabilidad solidaria del artículo 127 del Código de Comercio (32).

(31) Sobre este tema y como también citábamos en su momento (vid. REDONDO TRIGO, «Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, págs. 2201-2226), GIRON (vid., *op. cit.*, págs. 69 y 70) al analizar la mercantilidad por el objeto social, se pronunció al respecto diciendo lo siguiente: «La STS de 29-XI-1958 hizo notar la fluctuación de las sentencias entre el criterio de la mercantilidad por el objeto social y el de las formas de constitución (escritura e inscripción registral), pero afirmaba que el del objeto es el dominante en la jurisprudencia y doctrina. Pero las SSTS de 26-VI-1959 y, sobre todo de 26-I-1967, haciendo expresa formalmente la corriente jurisprudencial precedente, han vuelto al criterio de las formalidades de constitución, declarando que las Sociedades Mercantiles irregulares se convierten en civiles. Según antes se ha dicho, el criterio del objeto no juega satisfactoriamente porque resulta conceptualmente incompleto: falta determinar qué tipo societario de entre los mercantiles y ahí juega la función de Sociedad General de la Colektiva, sencillamente introduciendo en su concepto la mercantilidad de su objeto. El criterio de las formalidades atenta a la política jurídica doblemente: permite la actividad mercantil del tipo civil, eliminando el rigor mercantil, y deja a la voluntad de los intervenientes la mercantilidad y la calificación, ya que les basta con no inscribirse».

PAZ-ARES, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1378, resume dicha doctrina al afirmar que: «...c) El criterio de la forma ha de completarse, por ello, con el criterio de la materia mercantil, que conduce a afirmar la mercantilidad de las sociedades que tengan por objeto una actividad comercial o industrial (cfr. GIRON, *Estudios*, pág. 96; CÁMARA, *Estudios*, I, pág. 233; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Atipicidad*, págs. 24 y 25, núm. 40; esta es, asimismo, la línea por la que, finalmente, ha encauzado la jurisprudencia, aunque, a decir verdad, la conclusión alcanzada no se obtiene tanto del sistema del Código de Comercio, que es el que ahora estamos considerando, cuanto del artículo 1670 del Código Civil; vid. STS de 23-III-54, 29-XI-58, 26-VII-59, 3-III-60, 22-III-62, 7-II-64, 21-VI-83, 1-X-86, 20-II-88, 26-II-90 y 6-X-90...».

(32) No obstante, como ya expusimos en su momento (vid. REDONDO TRIGO, «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tri-

Volviendo a la distinción entre comunidad de bienes y sociedad —si bien, de la lectura de la sentencia no se extraen elementos suficientes de juicio para culminar la necesaria labor interpretativa— somos de la opinión que en realidad es la voluntad de las partes el primer criterio rector interpretativo al que hemos de acudir para diferenciar en qué caso nos encontramos, teniendo presente que si utilizamos un criterio de interpretación contractual, es porque precisamente somos de la opinión de que la mera existencia de contrato no ha de hacernos decantar por la existencia de una sociedad y no de una comunidad de bienes.

Con ánimo de realizar dicha misión interpretativa, el artículo 1281 del Código Civil prevé lo siguiente: «*Si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieron contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas*». Es pues, la búsqueda de la voluntad real de los contratantes la que subyace como primera misión del intérprete, sin que a ello obste el referido aforismo *in claris non fit interpretatio*, ya que este aforismo debe ser entendido en el sentido propuesto a continuación, porque afirmar la claridad de una cláusula negocial sin más, sin indagar la voluntad real de las partes, ya implica una primera labor interpretativa, tratándose de impedir únicamente que sea tergiversada una declaración de voluntad realmente clara (vid. art. 57 del CCo.). Como es conocido, el recurso al referido aforismo se ha venido realizando para evitar las denominadas «cavilaciones de los abogados» que impidan la tergiversación de un texto claro (33) (34).

bunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, págs. 853-873, 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 CCo.). 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).

De acuerdo con lo anterior, existe el siguiente régimen de responsabilidad por las deudas sociales en una sociedad irregular: admitida la personalidad jurídica de la sociedad irregular, existe una responsabilidad solidaria del patrimonio social, de los administradores de la compañía y de los socios de la misma, si bien, en cuanto a estos últimos, cabe decir que su responsabilidad, pese a ser solidaria, no lo es de sociedad y de socios, sino solo entre los socios, debido a su carácter subsidiario.

(33) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, pág. 83.

(34) No obstante, la posición de la Jurisprudencia en este punto ha sido tradicionalmente vacilante (vid. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 84 y 85). Una línea afirmando como indiscutible la preferencia del sentido literal, siendo los términos claros, viene dada por las sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 1925, 18 de abril de 1931, 30 de marzo de 1953, 8 de febrero de 1954, 30 de enero de 1957, 4 de diciembre de 1963, 8 de febrero de 1964, 30 de junio de 1965, 26 de marzo de 1974 y 1 de abril de 1976, entre otras. Una segunda línea, con mayor acierto, afirman que pese a todo ha de estarse a la conducta de las partes contratantes, como la sentencia de 20 de abril de 1931, 20 de abril de 1944, 28 de abril de 1964, 30 de abril de 1966 y 27 de octubre de 1966.

Por tanto, hemos de acudir, en primer lugar, al artículo 1281.2 del Código Civil para conocer primeramente su alcance cuando manifiesta: «...si las palabras parecieran abiertamente contrarias a la intención de los contratantes, se dará preferencia a esta sobre aquellas», regla interpretativa que según LÓPEZ Y LÓPEZ (35) debe entenderse del siguiente modo: «...establecer que las palabras son abiertamente contrarias a la intención de los contratantes es igual que determinar que contradicen su evidente intención. Y para hacerlo hay que conectar con puntos de referencia hermenéutico distintos a la literalidad de las cláusulas. La pequeña digresión viene a cuenta para fijar que el adjetivo "evidente", que emplea el párrafo 2.^o del actual artículo 1281, no quiere decir otra cosa que "deducida racionalmente" de todos los elementos de juicio que tenga el intérprete, y principalmente de los actos de los contratantes, coetáneos y posteriores al contrato, que consten suficientemente probados, con respecto a los cuales y para desvelar su significado el protagonista de la tarea interpretativa, debe utilizar las reglas de interpretación que el propio Código suministra...».

Así pues, dicho artículo 1281.2 del Código Civil debe ser íntimamente conectado con lo dispuesto en el artículo 1282 del Código Civil, que prescribe lo siguiente: «Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato». Respecto del cual, LÓPEZ Y LÓPEZ (36) afirma que: «...Posiblemente el Código piensa que lo más significativo son los actos de los contratantes coetáneos y posteriores, y a ellos subordinado, el tenor literal (casi el 100 por 100 de las veces, la escritura), pero no impide utilizar datos que ni sean actos, en su sentido más estricto (v.gr., un borrador no es un acto) ni que esos actos sean anteriores al contrato».

Es cierto, no obstante, que la propia voluntad y la conocida como *affectio societatis*, pueden no ser suficientes para colmar dicha tarea hermenéutica, por lo que como ha expuesto la particular doctrina (DIEZ-PICAZO) que hemos señalado con anterioridad, será necesario ultimar la interpretación con los criterios de interpretación objetivos que nos ofrece el Código Civil y que pueden ser útiles al respecto, como son los previstos en los artículos 1286 y 1287 del Código Civil, con especial relevancia a este último, coincidiendo igualmente que probablemente esta labor interpretativa nos conduzca al contrato de sociedad cuando las partes estén llevando a cabo la explotación de actividades comerciales.

Igualmente, coincidimos (MARÍN LÁZARO) en observar que no obstante lo anterior en cuanto al respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 del CC) y a los referidos modelos interpretativos utilizados, en función de la aplicación de los criterios establecidos por las otras doctrinas expuestas, podríamos llegar a deslindar el negocio en cuestión como un caso de comunidad de bienes o sociedad (así, v.gr., la ausencia de pacto, nos podría ofrecer la realidad de una comunidad de bienes y no una sociedad), aún siendo conscientes de la dificultad existente en la resolución del problema, pero en lo que no podemos estar de acuerdo es que sea el ánimo de lucro el criterio distintivo entre ambas instituciones, como de hecho expresa la meritada resolución judicial, máxime cuando incluso el ánimo de lucro como requisito del contrato de sociedad ha sido también revisado por nuestra doctrina (Lois ESTÉVEZ) para exigir en su lugar el

(35) LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, vol. 2.^o, artículos 1281 a 1314 del Código Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, 1981, pág. 30.

(36) Vid., *op. cit.*, pág. 32.

fin común o interés social que ha de presidir las actividades sociales, que es en realidad lo establecido en el artículo 1666 del Código Civil. El hecho de que una comunidad de bienes pueda tener ánimo de lucro no está prohibido por ninguna norma jurídica (vid. art. 392 del CC), ni es además un requisito consustancial al contrato de sociedad (*ex art.* 1678 del CC).

Más recientemente, haciéndose eco de la revisión del concepto del lucro en el contrato de sociedad, PAZ-ARES (37) sistematiza los argumentos doctrinales resultantes de la revisión de dicho concepto del ánimo de lucro, afirmando este autor que: «Los argumentos aducidos en defensa de este planteamiento son de muy variada índole, pero en última instancia se fundan en la “despolitización” del ánimo de lucro connatural al reconocimiento constitucional del derecho de asociación y en la inidoneidad de ese ánimo de lucro para seleccionar razonablemente la normativa aplicable a los fenómenos asociativos» (38).

(37) PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil...*, págs. 472-474.

(38) PAZ-ARES (*Curso...*, pág. 472-474), dice que: «De ahí el interés tradicional en trazar una frontera neta y clara entre el ámbito (políticamente peligroso) de las asociaciones y el ámbito (políticamente inocuo) de las sociedades a cuyo servicio ha trabajado el principio lucrativo (vid., por ejemplo, arts. 1, 2 y apartado II de la Exposición de Motivos LASOC., 2002). Es evidente, sin embargo, que una vez reconocida plenamente la libertad de asociación (art. 22 CE), desaparecen las razones materiales para delimitar el Derecho de Sociedades —el derecho de la libre asociación— en atención al ánimo de lucro. En otras palabras, la “despolitización” del fenómeno asociativo deja privado de función delimitadora al requisito del ánimo de lucro (...) Hay que tener en cuenta, además, que el requisito del ánimo de lucro carece de idoneidad o aptitud causal para seleccionar la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos y que, por consiguiente, reviste muy escasa relevancia desde el punto de vista práctico. Hacemos esta observación porque, aun en el caso de que finalmente resolviera negarse naturaleza societaria a aquellas agrupaciones constituidas con fines lucrativos (piénsese, por ejemplo, en una sociedad civil o colectiva creada por cuatro geógrafos para hacer una expedición científica a la Antártida o en la agrupación de varios agricultores para construir un molino de uso común), siempre sería necesario aplicarles por analogía el Derecho de Sociedades (art. 4.1 CC), con lo que, a fin de cuentas, habría que reintroducir por la ventana lo que previamente se había expulsado por la puerta (...) (imaginemos que uno de los agricultores pide la división de la cosa común, ¿acaso habría de aplicarse el art. 400 CC? Imaginemos que la mayoría acuerda arrendar el molino a un tercero, ¿caso se aplicaría el art. 398 CC?). La solución tradicional ignora un dato crucial, y es que esos agricultores se han vinculado para la consecución de un fin común de tipo consorcial, que es lo que desplaza las normas legales que regulan las relaciones obligatorias entre los comuneros. No es dudoso que en el plano de la titularidad, hay comunidad: el molino pertenece *pro indiviso* a los miembros del consorcio. Pero en el plano obligatorio, también es claro que no hay comunidad (una relación obligatoria legal), sino un contrato (y, por tanto, una relación obligatoria contractual), y ese contrato solamente puede ser el de sociedad (o —lo que es lo mismo— un contrato innominado análogo al de sociedad), cuyas normas habrán de observarse para impedir que la pretensión de un socio de dividir el molino o la decisión de la mayoría de los socios de arrendarlo a un tercero infrinja y destruya el fin común para el que se asociaron (...) El tenor literal de los artículos 1665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio, que —como se ha recordado ya— hace descansar la especificidad del fenómeno societario en la realización de ganancias (lucro objetivo) y en el propósito de distribuirlas (lucro subjetivo), constituye un obstáculo más aparente que real. En efecto, nada impide estimar que el ánimo de lucro, a que se refieren dichos preceptos, es el fin usual y no el fin esencial de la sociedad. De hecho, el propio Código Civil reconoce carácter societario a las sociedades universales y a las sociedades de uso y disfrute que, a todas luces, carecen de *animus lucrandi* (la jurisprudencia lo admite a veces tímidamente: es notable al respecto la STS de 6 de octubre de 1994, que considera

Por otro lado, la realidad de nuestra práctica también ha dado lugar a la denominada «comunidad funcional» (39), de la cual se ha dicho que no existe un verdadero concepto de la misma, aunque esencialmente se trate de una comunidad de bienes que goza de características propias de una sociedad, generalmente por la estabilidad de la cotitularidad que conllevan. Fue la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de mayo de 1983, la que ha introducido el concepto en nuestro sistema registral, en la que se analizó la comunidad sobre local comercial subterráneo destinado a garaje en el que se había configurado la exclusión de la acción de división de la cosa común y la de retracto de comuniteros.

FERNÁNDEZ DEL POZO y ALARCÓN ELORRIETA (40), en un trabajo sobre la naturaleza jurídica de lo que denominan «fondos de gestión» (patrimonios de destino propios de las instituciones de inversión colectiva, fondos de pensiones y de capital riesgo, etc.), afirman que debido a la insuficiencia clásica del concepto de comunidad para situaciones de cotitularidad estables como los clubes de inversión, las comunidades societarias, las comunidades *ad aedificandum* en la prehorizontalidad o incluso para los fondos de gestión, la importancia de la categoría de la comunidad funcional cobra especial relevancia.

El mérito de dicha Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1983 —según estos autores— ha sido «alumbrar una nueva forma de comunidad atípica que se explica precisamente por la ausencia, en situaciones de cotitularidad, de las notas que caracterizaban la comunidad romana, típicamente incidental», de ahí que el fondo de gestión no sea caracterizado por estos autores ni como comunidad ni como sociedad, sino como una comunidad que se crea societariamente (41).

esencial el ánimo de lucro para una sociedad regular, pero no para una sociedad irregular). Hemos de reconocer que esta es también la tendencia que se vislumbra en la legislación societaria de nuestro tiempo, que comienza a renunciar explícitamente al ánimo de lucro (parecen singularmente elocuentes, al respecto, los arts. 3 LAIE, 1 LGC y 9 y 10 LOSSP, que califican a las agrupaciones de interés económico, a las cooperativas y a las mutuas de seguros de sociedades al tiempo que les prohíben actuar con ánimo de lucro) o a privarlo de significado (es significativo que entre las causas de nulidad de las sociedades de capital no se haya previsto la elección de un fin no lucrativo: vid. art. 34 LSA).

(39) Con abundante bibliografía al respecto, vid. GODOY DOMÍNGUEZ, «La comunidad funcional», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV-1, enero de 2002.

(40) FERNÁNDEZ DEL POZO-ALARCÓN DE ELORRIETA, «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las “comunidades funcionales” y los “fondos de gestión”», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 592, mayo-junio de 1989.

(41) Por su parte, GODOY DOMÍNGUEZ (*op. cit.*, págs. 197 y 198) sobre el análisis de las diferentes teorías diferenciadoras entre la comunidad y la sociedad, encuentra elementos para distinguir la comunidad funcional de la sociedad, al opinar que: «...atendida la circunstancia de que en la primera [comunidad funcional] no concurre la voluntad de despegar una conducta dirigida a la obtención de un fin de lucro, tal como ha quedado expresado, es decir, la actividad desarrollada por los copropietarios se desenvuelve en función del aprovechamiento económico de la cosa.

Efectivamente, es una actividad provechosa, pero tal beneficio no nace de una distinción dinámica de búsqueda de un rendimiento, pecuniario o no, en el que los bienes aparezcan como medio para su consecución; sino que en puridad, aun admitiendo la existencia de rentabilidad económica (pues, en otro caso, difícilmente se concebiría el nacimiento y prolongación de la situación de comunidad) los bienes continúan siendo un fin en sí mismos. Mientras, en la sociedad, al tratarse de una forma de ejercicio colectivo de empresa, la actividad está en función de la producción y del cambio, indirectamente, en cuanto la

Es decir, en nuestra opinión, la propia práctica (en este caso, la registral) ha servido para alumbrar figuras como la comunidad incidental que podemos decir que suponen un paso más en la tradicional distinción entre sociedad y comunidad. La voluntad de las partes y la insuficiencia de dichos tipos clásicos para poder ofrecer un marco jurídico que se acomode a las particularidades de la actividad consensuada por las partes, han hecho que una especie de *tertium genus* como es la propia comunidad incidental, pase a ser objeto de recurso por las partes en la regulación de sus actividades.

Ello no quiere decir que situaciones como la analizada en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid pasen a ser consideradas como comunidades funcionales —máxime cuando no tenemos elementos de juicio al respecto— sino que, como hemos tenido oportunidad de exponer, lo que sí coadyuva es a entender que el ánimo de lucro no puede ser el elemento distintivo entre la comunidad y sociedad, máxime cuando ni siquiera este ánimo de lucro es elemento consustancial al contrato de sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO: «La distinción entre comunidad y sociedad», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 11-17 de septiembre de 1995.
- ARIAS RAMOS: «Los orígenes del contrato de sociedad. *Consortium y Societas*», en *Revista de Derecho Privado*, 1942.
- BAUDRY-LACANTANERIE y WAHL: *De la societé, du Pret, du Dépot*, París, 1907.
- BONET: «Comunidad de bienes: su naturaleza jurídica. Relación entre la comunidad de bienes y el contrato de sociedad: sus diferencias. ¿Puede constituir comunidad la explotación de un café-bar?» (sentencia de 15 de octubre de 1940, núm. 13), en *Revista de Derecho Privado*, 1941.
- CAPILLA RONCERO: *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXI, vol. 1.: artículos 1665 a 1708 del Código Civil. Título VII. De la sociedad. Capítulo primero. Disposiciones generales. Edersa (1990).
- CARNELUTTI: «Personalitat jurídica e autonomia patrimoniale nella societá e nella comunione», en *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. I, 1913.
- DE CASTRO Y BRAVO: *El Negocio Jurídico*, Civitas, 1983.
- DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., 1977.
- DÍEZ-PICAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tecnos, 3.^a ed., vol. II, 1981.

cosa es elemento que sirve para desplegar dicha actividad. Por esta misma razón se interpreta, desde la perspectiva causal, que la relación entre el elemento objetivo (los bienes) y el subjetivo (la actividad), da prevalencia al primero en la comunidad, y al segundo en la sociedad; por ello se ha situado la causa en la comunidad en obtener ventajas de los bienes que se ponen en común, mediante el goce de sus utilidades, mientras que en la sociedad se localiza en el ejercicio en común de la actividad económica, lo que se realiza a través de un ente creado con este fin.

Pero además, bastaría comprobar en último término la difícil, si no imposible, acomodación de la forma societaria a la obtención de los fines perseguidos por una comunidad funcional. Entonces, de existir dudas irresolubles por cualesquiera de los medios aportados, la figura debe ser considerada una comunidad, pues no ha de perderse de vista que la comunidad es el género de la que se desgajan como especies la comunidad romana, o de otro tipo, y también la sociedad. La falta de una respuesta clara y terminante empujaría siempre a acudir al tronco común y estimar que existe comunidad».

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III. *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*. 5.^a ed., Editorial Thomson-Civitas, 2008.
- FERNÁNDEZ DEL POZO-ALARCON DE ELORRIETA: «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las “comunidades funcionales” y los “fondos de gestión”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 592, mayo-junio de 1989.
- GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*, Tomo I, 1976.
- GODOY DOMÍNGUEZ: «La comunidad funcional», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV-1, enero de 2002.
- LAURENT: *Principes de Droit Civil*, tomo XXVI.
- LOIS ESTEVEZ: «La distinción de condominio y sociedad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, núm. 181.
- LÓPEZ Y LÓPEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII, vol. 2.^º Artículos 1281 a 1314 del Código Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, 1981.
- MANRESA: *Comentario al Código Civil español*, tomo III, 6.^a ed., Madrid, 1934.
- MARÍN LÁZARO: «Sociedad y Comunidad», en *Revista de Derecho Privado*, 1942.
- 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).
- MIGUEL GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 2.: artículos 392 a 429 del Código Civil y Ley sobre Propiedad Horizontal. Título III. De la comunidad de bienes (cont.). Edersa, 1985.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, tomo XXV, Parte I.^a, Madrid, 1933.
- NYSENS-CORBIAU: *Traité des Sociétés Commerciales*, T. I, núm. 199.
- PAZ-ARES: *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993.
- PAZ-ARES, en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., Thomson-Civitas, 2006.
- POTHIER: *Traité du contract de société*.
- REDONDO TRIGO: «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700.
- «Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707.
- ROTONDI: «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», en *Revista de Derecho Privado*, 1958.
- THALLER: *Traité Elementaire de Droit Commercial*, 6.^a ed., revisada por PERCEROU, 1922.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1906.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1930.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1940.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1940.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 1942.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1949.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1959.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1962.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1964.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 1969.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1970.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1973.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1985.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 1995.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2008.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2009.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de octubre de 2011.
Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de mayo de 1983.

RESUMEN

*COMUNIDAD DE BIENES
Y SOCIEDAD
ÁNIMO DE LUCRO*

El caso visto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid trata sobre la clásica distinción entre la comunidad de bienes y la sociedad, haciendo especial hincapié en el ánimo de lucro como nota distintiva entre ambas figuras, lo cual no puede compartirse, ya que dicha caracterización supone una visión, no solo parcial de la tradicional problemática, sino contraria a las posibilidades que nuevas figuras vienen ofreciendo en el tráfico jurídico como es la comunidad incidental, así como a la superación del ánimo de lucro como nota consustancial del contrato de sociedad.

ABSTRACT

*JOINT OWNERSHIP AND
PARTNERSHIP
FOR-PROFIT UNDERTAKING*

*The case at issue in the ruling by the Provincial Appellate Court of Madrid addresses the classic distinction between a joint ownership arrangement and a partnership arrangement. The ruling lays special stress on the «for-profit» feature as one that makes a difference between the two concepts. The authors cannot share this stance, because such a portrayal involves a view of the traditional problem that is not only blinkered, but actually contrary to the possibilities that new concepts such as *communis incidens* are opening up in transactions, plus the fact that for-profit motivation is becoming outdated as something consubstantial with partnership agreements.*