

Normativa supletoria de la sociedad irregular y de la sociedad legal de gananciales

LUIS MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO

Departamento de Derecho Civil. UNED

Dice el artículo 1.669 C. c. que «no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes» (1).

A su vez, el antiguo artículo 1.395 disponía que «la sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo». Como es sabido, la reforma del Derecho de Familia última ha suprimido este precepto. *Sin embargo, tanto en un caso —sociedad irregular— como en el otro —sociedad legal de gananciales—, ambas figuras jurídicas deberían regirse por los preceptos relativos al contrato de sociedad.*

En las líneas siguientes, vamos a intentar justificar esta tesis.

I.—*La sociedad irregular y la sociedad de gananciales son formas típicas de mancomunidad germánica.*

Esta argumentación se desdoblará de la siguiente manera: tras una breve introducción histórica, haremos un estudio comparativo entre las dos especies de comunidad que el Derecho civil conoce y a continuación veremos como los dos supuestos estudiados encajan en la comunidad germánica (1').

a) En el Derecho romano, la comunidad doméstica (institución social que se nos aparece como una figura jurídica espontánea) que

(1) Ya la doctrina había declarado que el art. 1.669, párr. 1.º, no era un precepto claro ni de fácil aplicación. Llegaba a la conclusión que el supuesto contemplado en dicho precepto se refería a una sociedad en cuyo contrato se ha establecido que los socios contraten habitualmente en nombre propio con los terceros, manteniéndose además secretos los pactos para que sólo sean eficaces entre los socios.

Se diferencia de la sociedad irregular mercantil en que ésta actúa habitualmente en el tráfico jurídico *como tal sociedad*, aunque sin personalidad jurídica, mientras que aquella no.

(1') ¿Quid acerca de la comunidad hereditaria? En nuestra opinión, constituye un caso intermedio entre la comunidad romana y la comunidad germánica. Veremos esto más adelante.

debió existir en el *ius civile* más antiguo, sirvió de modelo a otra forma posterior de comunidad, la *societas* (institución jurídica imitada a base de la anterior figura espontánea). Kreller señala que el concepto de *societas* fue obtenido a base de transportar el concepto desde su concepción originaria, en la que se formaba y se mantenía la comunidad entre los hermanos (*fratrum societas*) a la muerte del padre, hasta el concepto de comunidad obtenido por el proceso de comunicación de bienes formada artificialmente con la mediación del consentimiento (2).

Es decir, se pasó de la comunidad doméstica espontánea y correspondiente al interés de un grupo social, a la comunidad artificiosa y correspondiente al interés individual de quienes celebraban el contrato consensual de sociedad. Entre una y otra medió, como puente de paso, el *consortium* o comunidad doméstica artificial formada a base de la imitación de la antigua comunidad espontánea entre los hermanos.

Los nuevos fragmentos de Gayo muestran precisamente este eslabón intermedio entre la vieja comunidad familiar y la *societas* consensual; tal eslabón permitió pasar a la forma jurídica imitada por quienes *ad exemplum fratrorum suorum societatem coierint*.

Schulz dice que es posible, aunque no puede asegurarse, que la *societas* clásica fue una forma jurídica derivada del *consortium* (*fratrum societas*) (3). Noyes declara que de la familia romana derivó seguramente el sistema de propiedad colectiva conocida en Roma con el nombre de *societas* y con el de *partnership* entre los anglosajones (4). Arias Ramos hace notar la *communis opinio* que existe entre los romanistas acerca del enlace histórico que media entre el contrato consensual de sociedad y el antiguo estado de indivisión del patrimonio familiar (5).

A lo largo del tiempo, la comunidad romana evolucionó en un doble sentido (6): uno de ellos, como ya hemos dicho, condujo del *consortium primitivo* a la *societas*, y otro llevó a la degradación de aquella situación de comunidad hasta el punto de reducirla a una situación incidental (*communio incidens*). Es decir, cuando las antiguas figuras se adaptan a las nuevas finalidades, la estructura compleja de la comunidad sin cuotas, que era una característica espontánea del primitivo *consortium*, pudo servir a nuevas funciones, a saber, las que entre nosotros se alcanzan muchas veces mediante el artificio técnico de la persona jurídica (7).

En cambio, cuando la situación de comunidad fue dejada a su propia suerte, se convirtió en lo que para nosotros es la figura típica de

(2) KRELLER, *Römisches Recht-Grundlehren des gemeinen Rechts*, Viena, 1950, págs. 863 y ss.

(3) SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona 1960, pág. 525.

(4) NOYES, *The Institution of Property*, Nueva York, 1936, págs. 463 y ss.

(5) ARIAS RAMOS, *Los orígenes del contrato de sociedad: consortium y societas*, RDP, marzo de 1942, págs. 141 y ss.

(6) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-2.º, 3.ª ed., Barcelona 1979, pág. 9.

(7) Dice SCHULZ, *op. cit.*, pág. 86, que tanto el concepto como la expresión persona jurídica fueron completamente desconocidos en el Derecho romano.

la comunidad romana, con cuotas ideales. Cuando la familia dejó de representar un grupo social con personalidad propia y en lugar del pacto de mantener la herencia indivisa se generalizó la costumbre de pedir su partición, también se reflejó sobre el patrimonio familiar el derecho separado que cada comunero alcanzaría con la división y que entretanto debía ser concebido como una cuota indivisa.

Esta es la conclusión del Derecho romano que ha llegado hasta nosotros a través del *Corpus iuris*. Un texto de Ulpiano en el *Digesto* (D. 13.6.6.15) lo pone de manifiesto: «Si a dos se les hubiera dado en comodato un vehículo, o en arrendamiento juntamente escribió Celso, el hijo, en el libro sexto del *Digesto*, que podía preguntarse ¿quedará acaso cada uno de ellos obligado por el todo o por su parte? Y dice que, ciertamente, no puede ser de dos íntegro el dominio o la posesión, ni cualquiera ser señor de parte de la cosa, sino que tiene en parte el dominio de toda la cosa sin dividir». Estas últimas palabras: *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*, son las que repiten los tratadistas cuando quieren poner de manifiesto la naturaleza de la comunidad romana o por cuotas. Puede afirmarse (8) que ha quedado reducida a una forma técnica adaptada a la protección de intereses puramente individuales, aunque se hallen incidentalmente en situación de cotitularidad. El interés del grupo social ya se ha perdido, por lo que en lugar de la protección de los intereses comunes, adquiere especial relieve la protección del interés de cada cotitular mediante los derechos a disponer de su cuota indivisa y de ejercitar la acción de indivisión.

No debe extrañar que cuando nuestra jurisprudencia ha tratado de señalar la esencia de aquellas situaciones de comunidad que representa algo más que un conglomerado de intereses individuales, no haya podido aplicar la individualista noción de la titularidad plural que se manifiesta en varias cuotas divisibles y enajenables, sino que ha debido reconocer que se trata de un tipo de comunidad de las llamadas en mano común.

Se afirma generalmente que la comunidad en mano común es la comunidad germánica, en oposición a la comunidad romana o por cuotas. En realidad no faltó en Derecho romano primitivo un tipo de comunidad equivalente a la llamada comunidad germánica, como sucedió con el ya citado *consortium* familiar. Pero el hecho de que el Derecho germánico sea cronológicamente posterior y que, por diversas razones, sufriera una detención precoz en su desarrollo, presenta a nuestra atención, como forma peculiar, el tipo de comunidad en mano común que contrasta con la última forma de comunidad del Derecho romano.

La *Gesamteigentum* o *Eigentum zur gesamten Hand* del Derecho germánico aparece en etapas primitivas de este Derecho y representa el fundamento económico de la *Sippe primitiva*. Esta, como grupo so-

(8) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 10.

cial coherente, era el verdadero titular del dominio por encima de los miembros que la integraban. De aquí la expresión alemana «*allmende*» (lo que era de todos, la comunidad) para designar las tierras del común. Lo que acaso podía manifestarse por separado era el disfrute de dichos miembros con referencia a una porción del terreno comunal, pues «a causa de que nadie tenía interés en recibir más de lo que podía cultivar, fue posible que las cuotas individuales se estructuraran de modo diferente en atención a las fuerzas de trabajo de que cada uno disponía» (9).

b) Tras esta breve introducción histórica, pasemos al estudio de las distintas notas diferenciadoras de ambos tipos de comunidad.

Para Puig Brutau (10), en la comunidad romana o por cuotas, los cotitulares están unidos por la unidad de la cosa en la que tienen una participación patrimonial y en la comunidad en mano común o germánica existe un vínculo personal entre los cotitulares a que se halla subordinada la misma relación real. Por ello, en el primer caso, los titulares pueden disponer separadamente de su parte, lo que está excluido en el segundo, pues la relación personal o familiar en los sujetos excluye la libre sustitución de cualquiera de ellos. En la comunidad en mano común existe una relación más íntima entre los miembros de la colectividad. Mientras lo esencial en la comunidad romana es la unidad del objeto frente a una pluralidad de sujetos cuyos derechos se limitan recíprocamente, en la germánica existe una pluralidad de sujetos que ostentan una sola titularidad y un solo derecho. Aunque sus voluntades siguen siendo distintas, deben manifestarse conjuntamente.

En la comunidad romana, la cuota representa la medida del goce que corresponde al condómino y la cuantía y medida del derecho mismo. Forma parte del patrimonio de cada titular y es susceptible de actos de disposición, con independencia de las cuotas de los demás. En cambio, en la comunidad germánica la cuota sólo significa que su titular forma parte de la comunidad, a la manera de una expectativa para el caso de ruptura del vínculo personal. Mientras subsiste este vínculo personal que es el fundamento de esta comunidad, los titulares no pueden ejercitar ninguna acción de división. Los actos colectivos sólo corresponden al mancomún, al grupo colectivo.

La comunidad germánica será además, la más adecuada para proteger el interés supraindividual, mientras que la comunidad romana se limita a la protección de los intereses puramente individuales de los comuneros.

García Granero, a su vez, establece la dogmática de la comunidad de mano en común (11). Según este autor, son características esenciales de la misma:

1. En cuanto al régimen de aprovechamiento de la cosa común

(9) BRUNNER y VON SCHWERIN, *Historia del Derecho germánico*, Barcelona 1936, pág. 9.

(10) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 7 y ss.

(11) GARCÍA GRANERO, *Cotitularidad y comunidad*, RCDI, 1946, págs. 227 ss.

cada comunero aparece investido de todas las facultades de goce y aprovechamiento sobre la cosa entera, pero sin que esto determine la exclusión de los demás, sino más bien un armónico concurso de todos ellos. Todos pueden usar de la cosa por entero, mas sin que ninguno pueda pretender para sí una porción o cuota exclusiva, ya que el disfrute de la cosa es colectivo, está destinado no a los fines particulares de los miembros, sino a los fines solidarios del grupo. Por eso el aprovechamiento se hace en forma indeterminada, es decir, sin que estén prefijadas las cuotas o porciones que cada condueño tiene derecho a obtener; cada uno de éstos saca aquella utilidad de que tiene necesidad, indiferentemente de si los otros gozan más o menos. El provecho que deriva al patrimonio por el trabajo de uno de los comuneros es común a todos, así como el daño causado por uno de los miembros lo sufre el conjunto de ellos.

Y asimismo, las deudas de la comunidad son también deudas de los comuneros, afectan a éstos de forma indivisa, por lo que viene a surgir entre los mismos una responsabilidad colectiva y solidaria.

De esta especial forma en que se efectúa el disfrute de la cosa o patrimonio común, surge una distinción radical entre la comunidad germánica y la romana. En ésta, es esencial la idea de cuota; en aquélla, por el contrario, la noción de cuota es desconocida.

2. Otra característica es la indisponibilidad e intransmisibilidad de los derechos de los comuneros, lo que lleva a la improcedencia del ejercicio de la *actio communi dividundo*.

3. Por último la comunidad germánica se caracteriza por sus vínculos personales entre los comuneros.

A modo de *resumen*, podemos establecer lo siguiente: el tipo de comunidad romana se caracteriza porque *predominan en la misma los intereses puramente individuales*, a los que resulta de suma conveniencia la posibilidad de negociar las cuotas y de ejercitar en cualquier momento la acción de indivisión. Como ha dicho Beltrán de Heredia (12), la división responde al carácter especial que presenta la comunidad de tipo latino, de la que está totalmente ausente todo sentido de solidaridad social.

En cambio, la comunidad de tipo germánico se identifica porque *prevalece el interés comunitario* o de un grupo social, lo cual impide que se configuren cuotas negociables a favor de los comuneros y que éstos puedan ejercitar la acción de división, al tener que predominar un interés superior al de cada individuo.

c) No obstante estas notas diferenciadoras, hay que subrayar el hecho de que *ambas son dos especies del género «comunidad»*.

En este sentido, existe un trabajo de Larenz (13) cuyas conclusiones hay que exponer aquí.

(12) BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid 1954, pág. 329.

(13) LARENZ, *Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft*, Anuario de Ihering, XLVIII, 1933, págs. 108 ss. Citado por LACRUZ, *Naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales*, RGLJ, 1950, I, págs. 33 ss.

El autor se aplica a demostrar primeramente que la esencia de la copropiedad no ha sido bien entendida por quienes mantienen que la cosa, si bien no es dividida realmente, es pensable como dividida en partes intelectuales. De hecho las diversas facultades que emanan de la propiedad no se dividen. Cada partícipe está legitimado para el uso de toda la cosa, en tanto no perjudique con ello la copropiedad de los demás, y es posible, por decisión de la mayoría, asignar a cada uno de los copropietarios el uso de partes espacialmente limitadas de la cosa.

Pero esta distribución del uso no es una división en el sentido de crear independientes objetos de derecho. La facultad de usar la cosa, pues, no resulta dividida en cuotas: la legitimación de cada partícipe alcanza a la totalidad de ésta. Lo mismo puede decirse en cuanto a la administración: no es partida, sino que cada uno puede participar en ella. «Participación y partición no son precisamente lo mismo», observa el autor. Y de modo parecido ocurre con los frutos producidos por la cosa común, que según la tesis de la división por cuotas intelectuales deberían ser adquiridos *pro parte*, independientemente por cada uno de los comuneros, mientras, en realidad, si se trata de vender una parte de éstos, la venta habrá de efectuarse en común, y de la misma manera habrá de realizarse la percepción de los llamados «frutos mediatos», v. gr., el precio del alquiler de la casa común; pese a ser ésta una prestación divisible, ninguno de los comuneros puede reclamar del inquilino la parte que en él parece corresponderle, según decide la jurisprudencia.

En cuanto a las acciones, cada uno puede hacer valer independientemente su participación contra terceros (*vindicatio partis*) y, además, también la acción reivindicatoria por la totalidad del objeto, pero sólo puede demandar la restitución a todos los comuneros. Ahora bien: cuando un copropietario demanda el ser incluido entre los copropietarios de una cosa (*vindicatio partis*), no hace valer la propiedad común (lo cual sería una petición de principio), sino su propia situación jurídica basada en su participación. El copropietario tiene, no *partem vindicationis*, sino *vindicationem partis*. Y tampoco es dividida la facultad de disposición sobre la propiedad: cada copropietario puede disponer de la situación jurídica que le compete, pero al hacerlo no dispone de una parte de la propiedad. Sobre el objeto en su totalidad, sólo pueden disponer todos los partícipes en común, y esta disposición total no es una suma de las disposiciones sobre las participaciones, sino algo más como se demuestra por el hecho de no poder constituirse *pro parte* una servidumbre. «El gravamen de la cosa común a favor de uno de los copropietarios sólo puede ser entendido como disposición sobre ésta, y no sobre la suma de las participaciones, puesto que el derecho que se constituye en favor del copropietario adquirente recae sobre toda la cosa y no sólo sobre las participaciones singulares».

El resultado de esta investigación es que ninguna de las facultades que habitualmente contiene la copropiedad resultan divididas entre los copropietarios; por el contrario, o son multiplicadas al atribuirse a

cada uno de ellos en su totalidad, o permanecen unidas y deben ser ejercidas por todos los comuneros juntamente. Luego la teoría de la división del derecho en cuotas intelectuales no es apta para hacer conceptualmente comprensible la propiedad. Por lo demás, sólo puede dividirse lo que es susceptible de una estimación cuantitativa, especialmente lo que tiene una entidad especial o temporal: lo que es mensurable en números, y los números mismos. Podríamos dividir la propiedad si ésta fuera una suma de prerrogativas uniformes que pudieran ser repartidas, v. gr., cuatro a uno y seis a otros. Pero ni la propiedad contiene tal suma ni las facultades que de ella emanan pueden ser divididas: antes bien, se atribuyen indivisa a los copropietarios, pero modificadas, limitadas o caracterizadas de modo especial. Por el hecho, pues, de que la propiedad sobre una cosa es atribuida comunalmente a varios, experimenta un cambio que no consiste ciertamente en una división, sino en una desmembración y transformación de su contenido jurídico. A causa de este fenómeno, en lugar de la esfera de señorío, única e ilimitada del propietario singular, surge una pluralidad de esferas jurídicas de los copropietarios que, empero, no coexisten autónomamente, sino que se presuponen, se relacionan y mutuamente se limitan. «El derecho común está desmembrado, no dividido, y a consecuencia de la desmembración su contenido queda cambiado y transformado. Una participación en tal derecho no proporciona, por cierto, más ni menos facultades que el derecho íntegro; empero, proporciona las facultades que normalmente contiene el derecho con una modificación que se produce precisamente a causa de la desintegración de la situación jurídica exclusiva del copropietario en otras varias, recíprocamente vinculadas y codependientes». Cada uno de los partícipes tiene todas las facultades contenidas en el derecho, empero, con las modificaciones producidas por su desintegración. El derecho total, que compete a todos mancomunadamente y a cada uno por su participación, no es sólo la suma de particulares situaciones jurídicas que llevan consigo las participaciones, sino también el vínculo que une a todas estas participaciones en un complejo total. Esta unidad jurídica se manifiesta en la posibilidad de disponer todos conjuntamente sobre el derecho. En tal caso la disposición conjunta versa directamente sobre éste, y no sobre las participaciones, las cuales, como dice Binder (14), son un presupuesto para la disposición, pero no el objeto de ésta.

En la segunda parte de su trabajo analiza Larenz la naturaleza de las relaciones entre los copropietarios. Contra la teoría dominante, entiende que no pueden reducirse a simples relaciones de obligación: las más, por el contrario, se refieren a la organización de la comunidad, y regulan, no la delimitación de esferas jurídicas independientes, sino la organización de una esfera jurídica común: ciertamente, no será una organización como la de una persona jurídica, pero también en la copropiedad hay normas que merecen el calificativo de «sociales», entendiéndose por tales «aquéllas que regulan la participación de una plurali-

(14) BINDER, *Rechtsstellung des Erben* III, Leipzig 1905, pág. 45.

dad de personas en una esfera jurídica consorcial y en la formación de la voluntad colectiva necesaria para el gobierno de los intereses comunes». Dichas normas, ni someten un objeto a la exclusiva voluntad de una persona, ni se resuelven en un crédito, antes bien, atribuyen a los partícipes determinados poderes para influir en determinada forma en la esfera jurídica colectivas. Se refieren principalmente, a la administración y disposición de la cosa común. Con esto vemos también en la copropiedad cierta cohesión personal.

En definitiva, «las relaciones de comunidad pueden contemplarse desde dos diferentes puntos de vista: desde el del derecho común y su desmembración en participaciones, aparecen de naturaleza jurídica objetiva; desde el de los sujetos partícipes y su reunión en una unión de personas, aparecen de naturaleza social. En una norma aparecerá más claro uno de estos puntos de vista, y en otra el otro, pero ambos son inseparables, precisamente porque el desmembramiento del derecho es necesario para la reunión de los legitimados con respecto a él en una unión de personas, y tal reunión existe sólo en relación al derecho común».

Ahora bien, en el Derecho puede aparecer la reunión de personas como una consecuencia ulterior de la pertenencia plural de un objeto, o bien puede aparecer la desmembración de un derecho en participaciones de su contenido jurídico como consecuencia de la anterior o simultánea reunión de una pluralidad de personas en una cierta unidad. En esta diferente consideración reside precisamente, sin más, la diferencia de naturaleza jurídica entre la comunidad romana y la comunidad en mano común. Por el contrario, esa diferencia no alcanza a la naturaleza de las participaciones de los comuneros en el objeto del consorcio: no son éstos derechos personales ni derechos de miembros de una corporación, ni derechos sobre un patrimonio, sino que tienen la misma naturaleza del derecho a que se refieren. Ahora bien, mientras la participación sobre una cosa común corresponde a un copropietario de modo inmediato, a un comunero en mano común sólo mediatamente le compete, y ello tanto porque la cosa forma parte de un patrimonio consorcial destinado a un fin, como porque la participación le es conferida a causa de su pertenencia a una comunidad personal.

Concluyendo, aunque existen divergencias entre ambas especies de comunidad, ninguna afecta a la esencia de la institución, que es idéntica en ambas (15).

c) Una vez examinadas las notas configuradoras de ambas clases de comunidad, no siendo esencialmente distintas, vamos a ver cómo la jurisprudencia y la doctrina consideran que tanto la sociedad de gananciales como la sociedad irregular son formas típicas de mancomunidad germánica.

Sin embargo, antes que nada, hay que plantearse la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria: ¿acaso la doctrina alemana no afirma que se trata de un supuesto clásico de mancomunidad germánica?

(15) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 33.

En nuestra opinión, estamos en presencia de una institución intermedia, con puntos de coincidencia tanto con la comunidad romana como con la comunidad de mano común. Así, nos dice García Granero (16), en el régimen interno, y en cuanto al goce de las cosas comunes, se rige por la regla de la proindivisión romana, de la que toma también su carácter transitorio y la existencia de cuotas. En el régimen externo, a efecto de la garantía de los acreedores, actúan los principios rectores de la comunidad en mano común, de la que asimismo recibe la indeterminación e inconcreción de los derechos eventuales de los comuneros.

En el mismo sentido, declaran Díez-Picazo y Gullón (17) que con respecto al tema relativo a si el modelo de organización de esta comunidad es la llamada comunidad romana o la germánica, la cuestión no admite una solución perfectamente clara. A juicio de ambos, no se está en presencia de la comunidad germánica que presupone la comunidad de cuotas y la inadmisibilidad de la acción divisoria. Ambos factores, procedentes de la tradición romana de la *actio familiae erciscundae*, se dan en la herencia indivisa en cuanto a la titularidad de la misma como *universitas*. Sin embargo, la comunidad hereditaria no se ajusta plenamente al modelo de la *communio incidens* de los artículos 392 y ss. Y ello porque, a pesar de haber cuotas y acción de indivisión, mientras que la indivisión dure la titularidad sobre los bienes concretos es consorcial, del grupo. No hay cuotas ni posibilidad de pedir la división respecto de cada bien.

¿Tendría sentido aplicar a la comunidad hereditaria las normas relativas al contrato de sociedad, en la línea mantenida en este trabajo? En nuestra opinión, la respuesta es negativa. Esta comunidad es siempre incidental y transitoria: falta el carácter de permanencia propio de las dos figuras que estamos estudiando, que impediría la aplicación de las normas relativas a la comunidad de bienes de tipo romano recogidas en nuestro Código civil.

Por el contrario, sostenemos, en base a la doctrina y la jurisprudencia, que tanto la sociedad legal de gananciales como la sociedad irregular son formas típicas de comunidad germánica.

En primer lugar hay que subrayar que un ilustre historiador español, Hinojosa, ha defendido el origen germánico de las comunidades matrimoniales en España (18). Dice este autor que encontramos en todos los Estados cristianos de España la comunidad absoluta de bienes como régimen preferido para ordenar los de los esposos, con los nombres de «germanitas», «hermandad», «hermanamiento» «agermanament». La extensión con que se usa, difícilmente explicable por haberla tomado unos Estados de otros, conduce a establecer la conclusión de

(16) GARCÍA GRANERO, *op. cit.*, pág. 623.

(17) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid 1982, pág. 700.

(18) HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid 1915, págs. 19 y 20.

que la comunidad de bienes procede del Derecho consuetudinario visigodo.

Y hace notar Cárdenas (19), respecto a la comunidad matrimonial de bienes, que entre los romanos no se conoció jamás este derecho, que era incompatible con la precaria situación jurídica de la mujer.

Añaden Díez-Picazo y Gullón (20) que es admisible la hipótesis que atribuye a la sociedad de gananciales un origen germánico. Y es admisible por dos tipos de razones: la primera es que el Derecho romano no conoció las formas de comunidad entre cónyuges, porque impuso el régimen dotal. La segunda hace referencia al propio régimen de vida de los germanos.

Se dice que era costumbre en las tierras septentrionales de Europa que las mujeres acompañaran a sus maridos en la paz y en la guerra y que por ello era justo que compartieran, al lado de los peligros las utilidades del botín. Tácito, al relatar las costumbres de los germanos, cuenta que, llegado el momento de tomar estado, se advertía a las mujeres que se convertían en asociadas de los trabajos y peligros (*laborum periculorumque socias*).

No obstante estas breves notas históricas, hay que advertir que cuando afirmamos que la sociedad de gananciales es una situación de comunidad germánica, no queremos con ello decir que traigan su causa histórica directamente del Derecho germánico, sino simplemente que se trata de un fenómeno jurídico que doctrinalmente puede ser explicado mediante el expediente dogmático de la comunidad sin cuotas.

En base a las notas definitivas de la mancomunidad germánica anteriormente citadas, afirmamos que la sociedad de gananciales participa plenamente en las características de aquélla:

1. En la comunidad conyugal, no hay cuotas. El patrimonio pertenece conjuntamente a los cónyuges; éstos son cotitulares del mismo.

2. La comunidad de gananciales es indivisible, de modo que los cónyuges, mientras no desaparezca el vínculo que los une, no pueden pretender la disolución de la sociedad y la división del líquido ganado partible.

3. Los cónyuges están ligados por un vínculo personal y estrechísimo de economía única, de vida común, de cohabitación, de unidad espiritual y sexual, que los liga íntimamente y los erige en titulares personalísimos y conjuntos del patrimonio comunal.

4. Todas estas notas son, en definitiva, consecuencias del fin extraindividual propio del matrimonio.

En diversas resoluciones, la Dirección General de los Registros ha confirmado el carácter de comunidad sin cuotas de la sociedad de gananciales. A título de ejemplo, la Resolución de 8 de noviembre de 1944 declaró que «es una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultad para pedir la división».

(19) CÁRDENAS, *Estudios jurídicos*, II, Madrid 1884, pág. 63.

(20) Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 221.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967 se expresó en los siguientes términos: «... lo que indujo a interpretarla (a la sociedad de gananciales) como una forma de comunidad, no de las de tipo romano o por cuotas partes recogida en nuestro Código en los artículos 392 y ss., cuyas reglas resultan inaplicables en cuanto índice de una titularidad coincidente, independiente y autónoma— sino de las llamadas germánica o en mano común, con la que evidentemente, aunque sin identificarse con ella, ofrece analogías debidas a su especial carácter y finalidad, pues ya se la denomine sociedad o se la llame comunidad, lo cierto e indudable es que se trata de una institución de Derecho de Familia que imprime su sello peculiar no sólo a las relaciones personales sino también a las patrimoniales y produce en este caso el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales, aunque con desigualdad de derechos, el marido y la mujer, *vinculación que impide su división*, así como los actos dispositivos de la propia parte y su gobierno administrativo por el sistema contrastante de la mayoría, porque todo ello es incompatible con los principios rectores de la institución familiar, basada en la idea de la organización jerárquica y *presidida por un fin trascendente a los particulares de los miembros que la integran*.

El problema es algo más complejo tocante a la sociedad irregular. Pero no tenemos ninguna duda en cuanto a su inclusión dentro de la mancomunidad germánica.

Por el contrato de sociedad, los contratantes se obligan a poner en común dinero, bienes o industria. Advierte Roca Sastre (21) que el contrato de sociedad puede ser la base causal y motivadora de un fenómeno de comunicación de bienes, el cual se considera transferido a un sujeto de derecho distinto de los socios. La sociedad civil, como persona jurídica, es titular del patrimonio social: dueña de los bienes aportados, titular de los créditos correspondientes a las promesas de aportación y sujeto de derecho al que se vincularán las adquisiciones futuras. Por ello —termina Roca Sastre— cuando el contrato no puede dar lugar a una nueva personalidad jurídica, distinta de la de cada socio, han de aplicarse las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (art. 1.669, párr. 2.º).

Estamos de acuerdo en que se produce un fenómeno de comunidad. Sin embargo, no podemos estarlo con lo dispuesto en el artículo citado, porque implica una desnaturalización de la propia esencia de la sociedad.

En nuestra opinión, la sociedad es un contrato por el cual varias personas se obligan recíprocamente a propulsar, mediante su cooperación, *un fin común*.

Para la mejor obtención del mismo, el Derecho le concede el pri-

(21) ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la aportación social*, RGLS, 1946, pág. 413.

vilegio de crear una persona jurídica, privilegio que no forma parte de la propia esencia del acuerdo. Pero si por cualquier razón no nace dicha personalidad jurídica, el contrato de sociedad subsiste. En pura doctrina, estaríamos entonces en presencia de *una suerte de propiedad colectiva*, caracterizada por el cumplimiento de fines extra-individuales, lo que excluye el ejercicio de la acción de división propia de la comunidad romana por cuotas.

Por otro lado, la sociedad se define también por ser un contrato de confianza, de vínculos personales estrechos entre los socios y, por tanto, siempre se contrae *intuitu personae* (22). Todas estas notas nos hacen pensar que la sociedad —conceptualmente equivalente a la sociedad irregular— es un supuesto de mancomunidad germánica (23).

Es ilustrativo examinar, en este sentido, lo que sucede con la sociedad irregular mercantil. Dice Garrigues (24) que una consecuencia de la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular es la responsabilidad de los gestores de la misma para con las personas extrañas con quienes hubiesen contratado en nombre de la misma. El motivo es lógico: si los contratos de una sociedad irregular no son válidos, es claro que no pueden producir acción alguna de cumplimiento ni a favor de la sociedad ni a favor de tercero. ¿Cómo proteger entonces al tercero que contrata con quien creía gestor de una sociedad legalmente constituida? Legalmente para proteger la buena fe del tercer contratante, el artículo 120 C. Com. concede a ese tercero acción, no contra la sociedad, puesto que no existe como persona jurídica, sino contra los encargados de la gestión social que indebidamente contrataron a nombre de una sociedad inexistente. De este modo se evitan las consecuencias injustas que tendría la actitud de la sociedad demandada que, invocando el artículo 118 C. Com., alegare no tener personalidad legal para cumplir el contrato. La acción establecida en el artículo 120 C. Com. no va dirigida a conseguir el cumplimiento del contrato, sino a exigir de la indemnización de los daños y perjuicios.

Pero nos indica también Garrigues que esta interpretación del Código de comercio, derivada de la combinación de los artículos 116, 118 y 120 conduce a consecuencias excesivas al no reconocer la existencia de un patrimonio común entre los socios de la sociedad irregular y ofrecer al tercero de buena fe sólo la responsabilidad personal de los que contrataron en nombre de la sociedad. Esta ha sido, sin duda, la razón que ha llevado al Tribunal Supremo a suponer la existencia de una comunidad o mancomunidad patrimonial en la sociedad irregular mercantil y permitir a los acreedores que hagan presa en esos bienes. Por ese camino se llega a sostener en la doctrina la aplicación de la figura de la sociedad colectiva (25) y de un régimen de responsabilidad

(22) Cfr. art. 1.696 C. c.

(23) HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, III, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1958, pág. 256.

(24) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed., pág. 340.

(25) Si estudiamos la regulación legal de la sociedad colectiva, observaremos rasgos característicos de la mancomunidad germánica.

solidaria que favorece a terceros, que invocan la escritura en lo que les favorece (art. 24).

II. *Siendo formas típicas de mancomunidad germánica, no son fácilmente aplicables a la sociedad irregular y a la sociedad legal de gananciales las reglas comprendidas en los arts. 392 y ss. del Código civil, por inadecuadas a la verdadera naturaleza de estas figuras jurídicas. Serían aplicables las normas sobre el contrato de sociedad contenidas en el Código civil, dada la semejanza existente entre la comunidad y la sociedad.*

a) La doctrina alemana no ha dudado en destacar la semejanza existente entre la sociedad y la comunidad. Ciertamente que el BGB no atribuye personalidad jurídica a la sociedad civil. Sin embargo, como hemos visto e insistiremos más adelante, la creación de la personalidad jurídica no forma parte de los elementos constitutivos del contrato de sociedad. De acuerdo con esto, Heck (26) catalogó la sociedad civil como una de las formas de comunidad. Hizo la distinción entre cotitularidad, de un lado que comprendía las distintas formas de comunidad en sentido amplio; dentro de ésta, la comunidad en sentido técnico que comprendía a su vez dos supuestos: comunidad por cuotas partes y «comunidad en mano común» que a su vez comprende la comunidad familiar, la comunidad hereditaria y la sociedad civil.

En nuestra doctrina, Donderis (27) y Bonet (28) manifiestan que la comunidad es una sociedad, con lo que dan a entender, en nuestra opinión, que aquella figura está organizada en forma de contrato de sociedad.

En Italia, Navarrini (29) expone que la comunidad es la base de la sociedad, que no dejaría de serlo por el hecho de estar modificada en virtud de las reglas propias del contrato de sociedad.

Otros autores han partido de la existencia de un término amplio denominado «comunidad-género» para descender después a los distintos supuestos de ella, uno de los cuales sería la «comunidad simple» y otro la «comunidad-cualificada» o «comunidad-sociedad». Rotondi (30) habla de comunidad, comunidad incidental, comunidad voluntaria y comunidad-sociedad, que puede ser a su vez civil y mercantil.

En nuestro Código civil se da un entrecruce entre los conceptos de sociedad y comunidad. Al tratar de la sociedad civil, observaremos los términos «poner en común» (arts. 1.665 y 1.673), «interés común» (art. 1.666). Igualmente se alude a las expresiones «propiedad común» (art. 1.674), «comunicación recíproca» (art. 1.674, párr. 2.º), «uso y frutos comunes» (art. 1.687), «cosas comunes» (art. 1.695, regla 3.ª).

En el Código de comercio, nos encontramos con el empleo del tér-

(26) HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, págs. 366 y ss.

(27) DONDERIS, *La copropiedad en Derecho español*, pág. 36

(28) BONET, *Comentario a la S. del TS del 15 de octubre de 1940*, RDP, i941, págs. 35 y ss.

(29) NAVARRINI, *Communione, società, fallimento*, Riv. Dir. Commerc., 1923, II, págs. 635 y ss.

(30) ROTONDI, *Communione, società, fallimento*, Riv. Dir. Commerc., 1923, II, pág. 665.

mino «poner en fondo común» (arts. 116 y 122, núm. 2). Además del mismo, vemos empleado por el legislador mercantil las siguientes expresiones que están haciendo referencia a la idea de comunidad: así, cuando habla de «negocios comunes» (art. 129), «masa común» (artículos 132, 153, 170 y 171), «interés común» (art. 154) y «acerbo común» (arts. 136 y 139). En nuestra opinión, el legislador, tanto en el Código civil como en el Código de comercio pretendió poner en relación los términos «sociedad» y «comunidad» para indicar su íntimo parentesco.

Incluso, como ya ocurrió en el Derecho romano, se presentan casos de lo que podríamos denominar «comunidad convencional», que surgía no de un modo incidental, sino por acuerdo de la voluntad de las partes. Esta posibilidad de existencia de las comunidades voluntarias dio lugar al nacimiento de una postura tradicional romanista, que consideraba a la comunidad como un «cuasi contrato de sociedad».

La doctrina habla también de supuestos de transformación de la comunidad en sociedad. Destaca el caso en que los herederos de un comerciante que reciben en común una explotación de un negocio. Ha sido muy discutido en la doctrina si puede decirse que continúan el ejercicio del comercio en forma de una sociedad mercantil o, por el contrario, que no existe más que una simple comunidad.

La mayoría de la doctrina (31) opina que si, ya sea por voluntad del testador, ya sea por la propia voluntad de los comuneros, la comunidad se erige en forma duradera de explotación del negocio, este solo hecho determina la conversión de la comunidad en sociedad. Nos encontraríamos con dos sub-especies del género «cotitularidad» (31): cotitularidad de una explotación es sociedad; cotitularidad de un bien es comunidad. Dicho con otras palabras: la comunidad es una sociedad estática, mientras que la sociedad es una comunidad dinámica.

Incluso el vínculo societario puede inferirse del comportamiento tácito concluyente de los interesados (32). En este sentido, ha declarado el Tribunal Supremo que «existiendo un pacto entre coherederos continuando determinados negocios industriales de su causante para así beneficiarse económicamente, y no sólo para conservar sus bienes, cabe calificar la situación de permanencia en proindivisión sin más, de comunidad societaria, pues si bien la falta de requisitos formales que el Código de comercio exige para el contrato de sociedad impide el reconocimiento de la personalidad jurídica social frente a terceros, al concurrir los requisitos esenciales del contrato de sociedad, estamos ante una sociedad irregular o de hecho, pues los artículos 1.278 y 1.667 del Código civil y 1.117 del Código de comercio, autorizan esta conclusión» (33).

(31) Díez PICAZO, *Sucesión por muerte y empresa mercantil*, «Estudios de Derecho Privado», Madrid 1980, pág. 324.

(32) GARRIDO, *Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil*, RDP, 1972, II, pág. 771.

(33) St. 16 de abril de 1942.

b) Como vemos, a nivel general es perfectamente plausible la aplicabilidad de la normativa societaria a la comunidad. Pero es que, *en concreto*, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aplicado dicha normativa a ambas figuras.

Empecemos por la sociedad legal de gananciales. Como ya hemos dicho al principio, antes de la reforma del derecho de familia existía el artículo 1.395 que hacía referencia a esta cuestión. La doctrina ha criticado vivamente su supresión. Así, Lacruz y Sancho (34) no alcanzan a adivinar cuáles han sido los motivos por los cuales la reforma ha suprimido este precepto.

«Ciertamente —nos dicen— hay diferencias fundamentales entre la sociedad de gananciales y las sociedades comunes: en aquélla el fin de lucro se halla sustituido por otros de índole superior, y, no hay propiamente *affectio societatis*: representación subjetiva de los elementos económicos y objetivos que constituyen la esencia del contrato de dicha sociedad. Pero al lado de estas diferencias, existen analogías importantes. El vínculo conyugal, aun bajo el régimen de separación, entraña una forma de colaboración entre esposos para mantener el hogar con sus prestaciones interrelacionadas de actividad personal y medios materiales y esta colaboración, al proporcionar a cada uno el beneficio y el ahorro que resultan de la división del trabajo, presenta ya un evidente matiz asociativo. Matiz que se acentúa vigorosamente cuando media el régimen legal: entonces hay, sobre todo lo anterior, algo más: una ganancia repartible procedente de las actividades lucrativas de los cónyuges o de la de uno de ellos ayudado en casa por el otro. El «fin de lucro» no es aquí directo, desde luego: a diferencia de las sociedades civiles y mercantiles, que se crean para ganar dinero, el consorcio conyugal se dispone por la ley, una vez existente el matrimonio, a fin de atender a sus cargas. Más si hay un beneficio social. La afinidad es máxima con la sociedad universal de ganancias que se reparten al disolverse el consorcio definido por el artículo 1.675 Código civil, y cuyos socios no han de dedicarse todos, necesariamente, a procurarse lucros mediante una actividad empresarial, pudiendo uno de ellos levantar las cargas extra-laborales de los otros como contribución al negocio común sin desvirtuar el concepto legal».

Dada esta analogía —concluyen— la supresión del viejo artículo 1.395 no impide recurrir, a falta de reglas específicas en el sistema de los artículos 1.344 y ss., a las normativas y principios de las sociedades civiles, a lo cual incluso apunta el propio nombre del instituto, que no ha dejado de llamarse «sociedad» (35).

En cuanto a la sociedad irregular mercantil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado, en diversas ocasiones, que la normati-

(34) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, Fascículo II, Barcelona 1982, pág. 401.

(35) Han escrito Díez PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 223, que ya históricamente preponderó la idea de sociedad. No se hacen necesariamente comunes ningún tipo de bienes y hay únicamente unas reglas de distribución de beneficios.

va aplicable a la misma es la constituida por las reglas del Código de comercio referente a la sociedad colectiva (36), (37).

En el fondo, siguiendo la terminología de Würdinger (38), tanto la sociedad irregular como la sociedad de gananciales, como la sociedad con personalidad jurídica son *comunidades de fin*. La idea de la finalidad las hace participar de unos mismos caracteres estructurales. Este autor realiza una clasificación de la comunidad en sentido amplio que comprende fundamentalmente dos tipos concretos o específicos:

a) Comunidad de derecho. En ella, está en común el lado objetivo del derecho, es decir, el interés de los partícipes. Estos intereses unidos, en cuanto suma, no en cuanto unidad, integran el interés de la comunidad. Toda forma de comunidad que se detiene en esta comunidad de intereses no es sociedad. Falta el elemento jurídico de la unión teleológica. Comprende la comunidad de una cosa (copropiedad, coposesión, medianería, comunidad de usufructo y de servidumbre) o la de un derecho (derechos de autor patentes industriales, etc.). Puede ser originaria (por ej., unión por conmixción) o derivativa (adquisición por título traslativo, por ejemplo).

b) Comunidad de fin. En ella falta estrictamente la comunidad de derecho en su aspecto objetivo. Pero, en cambio, existe en este tipo de comunidad el *elemento jurídico de la unión teleológica*. Lo decisivo aquí no es tener ni poner algo en común, sino hacer algo en común, persiguiendo un mismo fin. Este fin común supone lógicamente la existencia de un interés común, entendido no como suma o unión de simples intereses, sino como unidad, distinta de aquellos intereses particulares.

Comprende las uniones corporativas y las sociedades propiamente dichas tanto las civiles organizadas sobre la base de la «propiedad en mano común», como las mercantiles dotadas de personalidad jurídica. A diferencia de los tipos anteriores de comunidad, siempre son originarias.

c) A veces se ha alegado como criterio distintivo esencial entre la comunidad y la sociedad la nota de la personalidad jurídica que se dice propia de la segunda. Con todo lo que se lleva dicho, creemos ya suficientemente demostrado que esto no es así. En cualquier caso, nos acogemos al autorizado magisterio de Federico de Castro para terminar de matizar este punto. Dos son las tesis que subraya este autor: Primera, el contrato de sociedad no implica la creación de una persona jurídica. Segunda, el tecnicismo de la «persona jurídica» constituye un privilegio.

Acerca del primer punto, declara este autor (39) que en base a los

(36) En otras sentencias, el Tribunal Supremo manifiesta, por el contrario, que las normas aplicables son las de la comunidad de bienes del Código civil. Creemos, y repetimos una vez más, que esto es un error. El fin extraindividual de la sociedad irregular impide el ejercicio de la acción de división propia de la comunidad romana.

(37) SS. 21-XII-1965; 24-I-1969.

(38) WÜRDINGER, *Gesellschaften*, Hamburgo, 1937, I, pág. 5.

(39) DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid 1981, pág. 22.

textos romanos, los antiguos juristas cuidaban de distinguir entre *universitas bonorum* y *universitas personarum*, o sea entre lo que hoy se llamaría patrimonio (independiente o separado) y persona jurídica (tipo de asociación). El afán sistematizador de los pandectistas llevó a clasificar a todos los sujetos de derechos, llamando persona natural al hombre y persona jurídica a cualquier sujeto de derecho distinto del hombre.

«Algún autor incluyó, en un primer momento, por esa confusión conceptual, entre las personas jurídicas a varios patrimonios separados; pero en seguida, la doctrina vuelve al buen camino y, siguiendo el ejemplo de Savigny considera como personas jurídicas sólo a la *universitas* y a los *pia corpora*».

Pero, en ningún caso —sigue diciendo De Castro— *autor alguno, ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de sociedad fuese posible crear una persona jurídica.* Doctrina lógica, pues para la técnica jurídica era y es indudable que: a) el contrato de sociedad crea una relación obligatoria y como tal dependiente de la voluntad de los socios; b) que mediante este contrato las aportaciones de los socios pueden tomar cierto carácter unitario (*patrimonio colectivo o comunidad en mano común*) que les separa del patrimonio personal de cada socio, pero que no se independiza nunca totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios. Había, además, otra razón, quizá más decisiva: la que la doctrina, conforme a la tradición romanista, sólo consideraba personas a las entidades que tenían vida independiente de sus miembros y eran de interés público, caracterizadas internamente porque su continuidad no dependía de la voluntad o existencia de sus miembros.

Acerca del segundo punto, escribe De Castro (40) que «la figura de la sociedad anónima aparece en la historia del Derecho repentinamente, sin antecedentes ni justificación jurídica. Los mercantilistas se han esforzado en encontrarle una genealogía y la derivan de las sociedades por acciones nacidas en distintos países por concesión real; pero se descuida marcar su esencial diferencia con éstas, caracterizadas por su naturaleza de *societates publicae* manifestada en todos sus caracteres: control directo del soberano en su nacimiento y administración, independencia de los gestores respecto a los socios, facultad discrecional de retirar la concesión, atribución de poderes propios de la soberanía; había, pues, que considerarlas —y así se las trataba— del mismo modo que a las corporaciones».

El recuerdo de esas especialísimas sociedades quizá sirviera para que las combinaciones de los especuladores durante la Revolución Francesa pareciesen menos extrañas, y para que el legislador se autogestionase creyendo no desviarse de la línea jurídica tradicional, con sólo imponer para su nacimiento el requisito del permiso administrativo; pero el jurista no puede engañarse sobre la esencial diferencia entre las dos figuras jurídicas.

(40) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 30.

De todos modos, la regulación del Código de comercio francés (1807) creando la sociedad anónima, hace creer que se partió de otra base: la de pensar que los asociados no debían exponerse a perder más que su interés en la sociedad (art. 33); porque no eran ellos quienes la administraban y que los mandatarios temporales que han de administrarla (art. 31) tampoco debían ser responsables más que de su gestión, pues dada su condición de mandatarios no se obligaban ni personal ni solidariamente por las obligaciones de la sociedad (art. 32). Esta argumentación no podía convencer a ningún civilista educado en la doctrina del Derecho común, pues si bien el mandatario en cuanto fuese sólo mandatario (no si era también socio), no responde de los actos que realice como tal respecto a terceros, los mandantes (los socios) quedaban obligados personalmente por todos los actos que realizase el mandatario y que no excediesen de su mandato o poder, de modo reconocible por el tercero. La limitación de responsabilidad que concedía el Código de comercio francés a los socios de una sociedad anónima, tenía, pues, que aparecer, a los ojos de los juristas, *un privilegio más*, concedido a los comerciantes, como tal «odioso» y sometido a interpretación restrictiva.

d) Por último, es preciso hacer una precisión: hay que tener en cuenta que la normativa del Código se está refiriendo constantemente a la sociedad como persona jurídica mientras que en las figuras jurídicas que hemos estudiado existen patrimonios colectivos, pero sin que ambas sociedades constituyan personas jurídicas.