

RAÚL ANIDO BONILLA\*

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM), Uruguay.

[raulanido@hotmail.com](mailto:raulanido@hotmail.com)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6194-6102>

Recibido: 02/04/2021 - Aceptado: 28/05/2021

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
Anido Bonilla R. (2021). De la conversión de la comunidad en sociedad. *Revista de Derecho*, 20(39), 15-35. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.2>

## De la conversión de la comunidad en sociedad

15

**Resumen:** Las diversas situaciones de comunidad pueden comprender todo tipo de bienes, incluso una empresa comercial o agraria, y los respectivos establecimientos; los que, en principio, se mantendrán en comunidad y se regularán por las reglas que correspondan a la respectiva comunidad, de liquidación, de reparto o aún de mero goce. Pero dichas situaciones pueden derivar a figuras asociativas, y societarias en particular. Determinar, a falta de una voluntad expresa de los comuneros, cuándo, tácitamente, ya se ha transformado total o parcialmente la comunidad en sociedad es el tema de esta monografía..

**Palabras clave:** comunidad – sociedad - conversión – tácita

\* Escribano público. Profesor Titular de “Investigación jurídica y práctica notarial” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay).

## Of the conversion of the community into a society

**Abstract:** The various forms of community may include all types of assets, including a commercial or agricultural company and the respective establishments. All these, in principle, will remain in community and will be governed by the rules that correspond to the respective community, of liquidation, distribution or even of mere enjoyment. However, these forms may lead to associative, and particularly corporate, forms of association. In the absence of an express will of the co-proprietors, determining when the community has already been tacitly or partially transformed into a company is the subject of this essay.

**Key words:** community - company - tacit conversion - tacit

## Conversão da comunidade em sociedade

**Resumo:** As diferentes situações de comunidade podem compreender todo o tipo de bens, incluindo uma empresa comercial ou agrícola, e os respectivos estabelecimentos; os que, em princípio, se manterão em comunidade e se regularão pelas regras que correspondam à respectiva comunidade, de liquidação, de distribuição ou ainda de mero gozo. Mas tais situações podem levar a figuras associativas e societárias em particular. Determinar, na falta de uma vontade expressa das pessoas que fazem parte da comunidade, quando, tacitamente, já se transformou total ou parcialmente em sociedade é o tema desta monografia..

**Palavras-chave:** comunidade – sociedade conversão – tácita

## 1. De la simple comunidad de intereses

En el artículo 1876 del Código Civil se nos dice que “La simple comunidad de bienes o de intereses, aun resultantes de un hecho voluntario de las partes, no constituye una sociedad”. A través de esta disposición se menciona, distinguiéndose, la comunidad de la sociedad, al mismo tiempo que se afirma la insuficiencia de la mera comunidad de bienes o de intereses a fin de determinar el acaecimiento (perfeccionamiento) de una sociedad. De ahí que debemos fijar los índices de tipo que determinen la transformación de la comunidad en sociedad, y si ella se puede verificar a través de declaraciones tácitas de voluntad.

Existe una proximidad entre ambas figuras, más tratándose de una comunidad hereditaria o postganancial que se integra con una empresa agraria que fuera propiedad del causante o un bien que fuera ganancial de la luego disuelta sociedad conyugal, que integra la actual comunidad postganancial. Tanto que se halla en las soluciones contenidas en el artículo 1904 C.Civil que regula la administración de los socios en la sociedad civil normas que también se aplican a situaciones de comunidad. Así Cestau (1986) ha escrito que se aplica a la “indivisión hereditaria”, por extensión, lo dispuesto en dicha disposición “ya que en la opinión corriente lo dispuesto en el citado numeral no lo es en función del *affectus societatis*”. Asimismo, dicho autor afirma que el uso que puede realizar cada comunero, no puede, en principio, ser privativo o excluyente del que los otros tienen derecho a realizar. A lo que se suma que, en materia de comunidad, rige la regla de que ningún comunero puede variar el estado de cosas en forma tal, o en tal magnitud, que la innovación cambie la destinación de las mismas.

Cestau afirmaba que se aplica en esta parte, por analogía, lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 1904 Código Civil a las situaciones de comunidad, en concreto de comunidad hereditaria. Es así que vemos cómo coinciden parcialmente las normas de administración de la sociedad civil con la de comunidad de bienes. Lo que nos advierte acerca de la dificultad en hallar una línea divisoria –índice tipológico entre ambas figuras en caso que falte una declaración expresa de conversión, aún parcial, de la comunidad en sociedad.

## 2. De la comunidad de intereses a la *affectiosocietatis*

Ante tal problema, nos hallamos con que Capilla Roncero (1986) cita, entre los criterios que se han utilizado a tal fin, el que se pretende basar en la existencia de la *affectiosocietatis*; de modo que estando ésta presente la situación se calificará como de sociedad, y, faltando, sólo estaremos ante una comunidad. Sin embargo, dicho autor señala, entre los inconvenientes que hacen poco útil tal criterio, que el índice de tipo que conduce a la determinación de una situación como societaria sea, al mismo tiempo, el que se trate de averiguar (p. 132 y ss.).

Además Capilla Roncero nos dice que dicha postura tiene el inconveniente de basarse en un elemento tan evanescente y de difícil precisión como es la *affectiosocietatis*; nota distintiva del contrato de sociedad que, según numerosas opiniones, ni siquiera existe o no es aislable de los restantes elementos del contrato de sociedad.

No muy alejado del citado criterio de distinción entre comunidad y sociedad, o de conversión de la comunidad en sociedad, hallamos, en la misma doctrina española, posiciones como la de De la Cámara, quien propusiera atender primordialmente a la voluntad de las partes, aun cuando el objeto común sea una empresa mercantil, cuya explotación, de por sí, presupone el ánimo de lucro, para que estemos en presencia de una sociedad (Palazón Garrido, 2003, p. 393). Según su parecer, lo verdaderamente decisivo es que las partes quieran someterse al régimen jurídico preestablecido para la sociedad, lo cual no suscitará ningún problema cuando nos hallemos ante una sociedad típica o ante una atípica pactada expresamente, pero sí ante una sociedad otorgada tácitamente.

De ahí que De la Cámara maneje como índice de tipo el propósito que persigan los comuneros; de modo que si el mismo es el de explotar la empresa en común en forma permanente, excluyendo la idea de interinidad, la sociedad habrá nacido. Es así que para De la Cámara, en su trabajo sobre la explotación agrícola comunitaria (1968), la fijación de un plazo durante el cual deba mantenerse la comunidad, el nombramiento hecho a favor de uno o varios de los comuneros para que actúen como gestores del negocio (“empresa rural” o “establecimiento agrícola o ganadero”) común, la actuación en el tráfico jurídico y comercial bajo una rúbrica colectiva, la asignación y distribución de funciones en la empresa a los diferentes partícipes o la reorganización de aquella de común acuerdo, son factores indicativos de que la *affectiosocietatis* existe, y con ella la sociedad misma (Palazón Garrido, 2003, p. 293).

### 3. De una sociedad otorgada tácitamente

De modo que el índice relevante a fin de delimitar la comunidad de la sociedad será el comportamiento de los comuneros; del cual podremos extraer la voluntad de transformar la comunidad en sociedad. Así como se habla de una *contemplatio dominitácta* o deducida de hechos concluyentes, también se habla en esta materia de una sociedad otorgada tácitamente o derivada de actos concluyentes. Creemos que el otorgamiento de la sociedad, y la conversión de la comunidad en sociedad, puede derivar de actos concluyentes; pero éstos, en cuanto tales, deberán revelar una voluntad clara y cierta (“voluntad expresa”), aunque no manifestada concretamente en una declaración constitutiva del contrato social. En tal sentido recordamos a Heidegger, cuando escribiera que “El ser humano habla. Hablamos despiertos y en sueños. Hablamos continuamente; hablamos incluso cuando no pronunciamos palabra alguna” (Heidegger, 2002, p. 9). Ante ello Martínez Vela (2012) nos advierte de la dificultad que plantea el silencio es descubrir el significado que el mismo tiene en cada contexto (p. 45). Así devienen relevantes “el conjunto de circunstancias” (expresión usada en el artículo 1344 del Código Civil) en que se guarda silencio. Aunque, como advirtiera San Isidoro de Sevilla, no debe confundirse, sino contraponerse, *silentium* y *tenebrae*, significando éste “total carencia de luz” y aquél sólo ausencia total de sonido (Martínez Vela, 2012, p. 45).

Martínez Vela (2012) nos remite a un fragmento de los *Fasti* de Ovidio, en el que relata la historia de una diosa denominada por él, en un primer momento como “Tácta”, y luego como “Muta” (p. 63). En dicho fragmento se nos dice que “...ella suplicaba con el rostro sustituyendo las palabras...”. Y se sustituyen las palabras cuando el dueño de un

bien “estando delante” calle y no contradice” la prenda del mismo otorgada por quien no está legitimado a ello. Como “Tácita” suplicaba con el rostro, el dueño consiente expresamente la prenda por otro de la cosa de que es dueño. Situación que en artículo 2294 de nuestro Código Civil se equipara a ratificación (“...presta su ratificación o estando delante calla y no contradice”). Y, en su caso, los comuneros, sin expresar palabra alguna, con sus actos revelan la conversión de la comunidad en sociedad. Tanto como ocurre en materia de representación voluntaria, en la que DíezPicazo (1979) nos recuerda cómo en la doctrina tradicional se habla de una *contemplatiodomini ex rebus o ex factis* (pp. 246-247). Para lo cual se vuelve relevante el alcance, sentido y significado de la actuación representativa del gestor.

Desde que el alcance, sentido y significado de la actuación de los comuneros se exprese a través del manejo de la explotación, aún a través de la designación de un representante con facultades de administración, se maneja un comportamiento que generará en los terceros la creencia de la existencia de la sociedad, y ligará a los comuneros mediante la doctrina de los actos propios.

#### 4. De la conversión de la comunidad en sociedad mediante actos de innovación

Dicho criterio se corresponde al que en la doctrina italiana postulara Branca (1982), quien afirmara que se permanece en comunidad mientras no se asuman nuevas iniciativas ni se inviertan nuevos capitales (pp. 34-35). Aunque desde ya observamos cómo, a través de una interpretación *contrario sensu*, los índices que maneja dicho autor son la adopción de nuevas iniciativas y la incorporación de capitales a la empresa en comunidad. Lo que bien se puede corresponder a actos de innovación en la empresa; permitiéndonos entender que desde que los actos de conservación y administración en la empresa son acompañados o sustituidos por actos de innovación, como los referidos, estaremos en presencia de la conversión de la comunidad en sociedad. De ahí que se pueda sostener que la conversión de comunidad de empresa a sociedad se verifique simultáneamente al perfeccionamiento o acaecimientos de actos de innovación en la misma que no se puedan calificar ya como de administración.

Desde ya vemos cómo según el autor, De la Cámara o Branca, los actos o negocios jurídicos que determinan la transformación de la comunidad en sociedad no son los mismos; pero siempre, agregamos, se tratará de actos concluyentes que no dejen dudas del otorgamiento de la sociedad. Para lo cual, tomando las expresiones usadas en el Código Civil en materia de aceptación de herencia, podemos decir que los actos puramente conservatorios, los de inspección y administración provisoria urgente no son actos que determinan la transformación, aún parcial, de la comunidad en sociedad; y que, en cambio, sí serán actos concluyentes que determinen dicha transformación aquellos que no se hubieren de otorgar o ejecutar sino a través del simultáneo o previo otorgamiento de una sociedad. Es por ello que de por sí no creemos que la designación de un administrador de la explotación implique la constitución de la sociedad, en cuanto el mismo se puede corresponder íntegramente al administrador de la herencia referido en el artículo 419 del Código General del Proceso; y éste jamás, de por sí, se lo podrá

considerar administrador de una sociedad civil o comercial, como tampoco factor de un establecimiento comercial.

A su vez hallar el índice de tipo de tal transformación en el mero otorgamiento o ejecución de actos de innovación creemos que no es suficiente; en cuanto sostenemos que se debe tratar de actos o negocios que no se tuviere derecho o razón para su otorgamiento o ejecución si no fuera mediante el otorgamiento o la ejecución de un contrato social.

## 5. De los actos de innovación frente a los de administración

Miquel González ha considerado que el ámbito de la administración es económico y no jurídico, por lo que caben en ella los actos de disposición, tales como las ventas de cosas perecederas (Larrondo Lizarraga, 1994, p. 216). De la misma manera, en la empresa, la venta de mercaderías es una actividad que se desenvuelve dentro del ámbito de la ordinaria administración. En tal línea Larrondo Lizarraga (1994) nos advierte que la noción de acto de administración o de extraordinaria administración es fácilmente reconocible desde el punto de vista empírico, pero, en la práctica, es más compleja su delimitación (p. 217). Sin perjuicio de lo cual entiende que, a priori, se está en presencia de un acto de administración, simple administración y ordinaria administración, cuando se realizan actos de conservación y defensa del patrimonio, disfrute o inversión de sus rendimientos y mejoramiento de aquel, de suerte que se emplean normalmente sus elementos patrimoniales conforme a su naturaleza y destino económico, sin que por ello se vea afectada su sustancia. Y, por el contrario, se está en presencia de un acto de disposición, riguroso dominio o extraordinaria administración, cuando se realizan actos de enajenación, renuncia, gravamen o alteración de suerte que se emplean anormalmente sus elementos patrimoniales de manera distinta a su naturaleza y destino económico, disminuyendo o alterando su sustancia.

Ello lleva a que Larrondo Lizarraga afirme que, en definitiva, hay una sutil diferencia entre ambas clasificaciones: la distinción entre actos dispositivos y de administración parte de la consideración objetiva de la naturaleza intrínseca del acto realizado; mientras que la diferencia entre los actos de ordinaria o simple administración y los de extraordinaria administración se sienta en la consideración subjetiva del acto en relación con la persona que lo realiza y el carácter de su actividad.

Por lo cual, desde que sostenemos que el índice de la transformación de la comunidad en sociedad estará marcado por la realización de actos y otorgamiento de negocios cuya razón se halla necesariamente en una causa societaria, necesariamente hemos de atenernos al ligamen de dichos actos o negocios en relación a la persona que lo realiza y al carácter de su actividad. De tal modo, en la clasificación que recoge Larrondo Lizarraga, se vuelve relevante la distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración. Pero aún actos de extraordinaria administración, de por sí, no son determinantes de que se ha otorgado un contrato social.

## 6. De la continuación duradera de una empresa

En la jurisprudencia alemana se han mostrado dudas sobre si la comunidad hereditaria que ejercita una empresa debe ser tratada como sociedad colectiva cuando los herederos han decidido de común acuerdo continuar la misma, no transitoriamente durante un tiempo determinado, sino de forma duradera. Así Palazón Garrido señala cómo la jurisprudencia alemana se ha decidido preferentemente por negar que la mera continuación de la empresa caída en sucesión (herencia) por la comunidad de herederos implique el nacimiento de un vínculo social entre los mismos (Larrondo Lizarraga, 1994, p. 415). En tal sentido Heintzenberg, basándose en el carácter contractual de la sociedad, rechazaba que la comunidad se convirtiera en sociedad sin una decisión de los comuneros al respecto (Palazón Garrido, 2003, pp. 415-416). De ahí que, en ocasiones, de la forma y la duración del ejercicio en común, puede deducirse la existencia tácita de una sociedad; sin embargo, a su parecer, el hecho de que la continuación se lleve a cabo por tiempo superior al plazo fijado en el parágrafo 27 HBG no es suficiente para entender que existe consenso tácito de constitución de sociedad, así como tampoco la adopción de una nueva firma. Es necesario que la empresa haya sido ejercida durante largo tiempo por la comunidad de herederos, y que éstos vean en ella una fuente de ingresos y no un patrimonio abocado a la liquidación. En dicha línea jurisprudencial negativa insisten Capelle y Canaris, quienes sostienen la necesidad de que existan circunstancias suplementarias a la mera actividad de continuación conjunta de una empresa para que pueda hablarse del nacimiento de una sociedad de hecho; aunque entiendan que habrá de estarse al caso concreto, sin que sea posible establecer una regla general.

Vemos cómo en la doctrina alemana, en general, se admite la conversión de la comunidad en sociedad, aunque se es exigente en la determinación de los índices que marquen dicha conversión. Los que pasan por el mantenimiento de la explotación en comunidad y la concreción de actos de innovación o disposición que se alejen de la mera administración de la comunidad. Lo que bien se corresponden a actos que sólo hallan su razón en el previo o simultáneo otorgamiento de un contrato social.

21

## 7. Del criterio de explotación

Encontramos otra corriente doctrinaria que, a fin de determinar la distinción entre la continuación de la mera comunidad y su conversión en sociedad, sostiene se debe acudir a la noción de *explotación*; añadiéndose que esa explotación debe tender a un fin lucrativo. Ello en cuanto se constata que en la comunidad falta el afán de lucro de los comuneros; mientras que en la sociedad los socios colaboran en la explotación económica de la riqueza persiguiendo una ganancia común y partible. Capilla Roncero adhiere al uso de este criterio, ya que entiende que es el carácter dinámico de la sociedad y su dedicación a una explotación económica lo que justifica la diversidad de soluciones adoptadas por el legislador para problemas comunes a la sociedad y a la comunidad (Palazón Garrido, 2003, p. 135). Así el dinamismo de la actividad social justifica las diferencias del régimen de gestión apreciables entre la sociedad y la comunidad. Como también se explica que las normas relativas a las obligaciones de los comuneros, por serlo, valen sólo para el mantenimiento y conservación de la cosa común, comprometiéndose a los comuneros solo por los gastos de conservación.

El criterio de distinción que transita por el concepto de “explotación” será útil cuando los bienes que se hallaren en comunidad previamente no constituyeran una empresa agraria o comercial, en cuyo caso la destinación de los mismos a un fin lucrativo con reparto de las utilidades determinará en nacimiento de una sociedad agraria o comercial; en cuanto dichos actos no encuentran otra razón que el otorgamiento de una sociedad. Ahora, si dicha empresa ya existiera con anterioridad al nacimiento de la situación de comunidad, la destinación de los respectivos bienes a una explotación y el consiguiente fin lucrativo no encuentra ya una necesaria razón en el previo otorgamiento de una sociedad; sino que se explica, en principio, en una situación de comunidad de la explotación, a través de cuyo mantenimiento se observa el otorgamiento de actos mera administración y no de extraordinaria administración.

Como señaláramos, en el art. 1904 C.Civil se lee que

Si no se ha confiado la administración a ninguno de los socios, se entiende que cada una de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades expresadas ... sin perjuicio de las reglas que siguen: 1°. Cualquiera socio tendrá el derecho de oponerse a los actos administrativos de los otros...2°. Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros. 3°. Cada socio tendrá el derecho de obligar a los otros a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales. 4°. Ninguno de los socios podrá hacer innovaciones en los inmuebles que dependan de la sociedad, sin el consentimiento de los otros.

22

De este régimen, propio de las sociedades civiles, al que se entiende vigente en materia de comunidad por el cual, conforme dijera Cestau (1968), los comuneros tienen el derecho de usar y gozar de la cosa común, así como la obligación de contribuir, en proporción a su cuota parte a los gastos del mantenimiento y conservación de la cosa común, y es necesaria la unanimidad a fin de la eficacia de los actos de administración extraordinaria y disposición, no se aprecian diferencias que puedan determinar, basándose en dichos actos, un índice que nos permita transitar con seguridad de la comunidad a la sociedad (p. 42).

A ello agreguemos que, desde que lo que se halla en comunidad es una empresa agraria o comercial, el mismo bien impone la continuación de su explotación como acto de administración a fin del mantenimiento de la misma; por lo que su gestión impone actos en perspectiva dinámica y no meramente estática. De ahí que volvamos a los criterios manejados por Branca y parte de la doctrina alemana, que impone un análisis, atendiendo al caso, que determine la existencia de un patrimonio en liquidación. La mera administración a fin de su posterior partición, o su mantenimiento mediante la modalidad societaria. Y a lo que sostuviéramos: que sólo estaremos en presencia de una conversión de comunidad en sociedad cuando los actos o negocios jurídicos otorgados por los comuneros no tuvieran otra causa que no fuera la de la sociedad.

Ello ya fue advertido por Capilla Roncero, quien señalara que mediante el criterio de la explotación se plantea la distinción entre dos instituciones concebidas como antitéticas, cuando, en realidad, el problema que se plantea parte de la existencia de una amplia zona

de confluencia entre la comunidad y la sociedad civil. Ambas instituciones, como ha dicho Heck, implican “dos formas de organización distintas de las uniones de intereses”; razón por la cual el problema real consiste en delimitar los criterios distintivos que deben inclinar al aplicador del Derecho a someter un determinado supuesto al régimen jurídico de la comunidad o al régimen propio de la sociedad civil. Y la duda sólo se suscita en los supuestos límite, esto es, los que escapan del *id quod plerumque accidit*, guía del legislador al tipificar las instituciones jurídicas.

## 8. De una comunidad de explotación

Dichos criterios de distinción se valoran en su utilidad frente a supuestos dudosos, como lo es el de la comunidad de explotación, dentro de cual se halla la situación de condominio del buque<sup>1</sup>. Sin embargo, en dicho condominio Capilla Roncero (1986) entiende que, a pesar de su nombre, tal figura implica propiamente una comunidad de explotación, lo que justifica bastante las normas dictadas al respecto, entre ellas la presunción de que se trata de una sociedad (p. 137). Y ello con independencia de que, además, se introduzcan variantes en el régimen general de la copropiedad de mero goce, cuando recae sobre un buque. El elemento que interesa resaltar es que su conceptualización como sociedad o comunidad depende fundamentalmente de que exista o no comunidad de explotación por parte de los condóminos. Lo que, a juicio de Capilla Roncero, puede servir con carácter general para los casos dudosos, huérfanos de regulación específica. En tal sentido, como primer supuesto dudoso imaginable, dicho autor señala aquél en que varias personas contribuyen a la construcción de instalaciones, normalmente accesorias, de utilización común o conjunta. Tal ocurre cuando los propietarios de varias fincas colindantes construyen un pozo y sus accesorios –conducciones, maquinarias de bombeo, etc., con la aportación de todos y para su utilización común con fines de regadío en sus respectivas explotaciones agrícolas. O el caso del molino construido en común por varios agricultores, para efectuar en él la molienda del grano producido por sus respectivas explotaciones. O el supuesto del generador de energía eléctrica sufragado por los vecinos de una pequeña aldea. Comparten todos estos casos la característica de implicar a los partícipes en la explotación conjunta de fuentes de recursos o instalaciones productivas que reportan beneficio a la colectividad de los afectados. Y su calificación, seguramente, no plantearía dudas como sociedad en los casos en que estuvieran animados por un específico fin de lucro positivo: esto es, persiguieran, aparte del ahorro o comodidad para los partícipes, obtener ganancias facilitando a terceros, mediante contraprestación, los servicios o bienes en común producidos o aprovechados. Mucho más dudosa se plantea la calificación cuando los únicos beneficiarios de la actividad común fueran los propios partícipes.

Creemos que en la expresión legal “repartirse entre sí los beneficios que de ello provengan” se comprenden todas las ganancias, utilidades y provechos que la sociedad genere y que fueren susceptible de repartirse; por lo cual los actos de instalación de

<sup>1</sup> El art. 1046 del C. de Comercio bajo el título “De los dueños de los buques, de los partícipes y de los armadores” dispone que “Cuando los copartícipes hacen uso común del buque, esa sociedad queda sometida a las reglas establecidas para las sociedades (título 3, libro 2), salvas las determinaciones contenidas en el presente título.”

utilización común como molinos, que no se corresponde necesariamente a una situación de comunidad forzada o involuntaria, bien puede corresponderse a una situación societaria. Pero de ello no podemos deducir que en toda situación de comunidad de explotación estemos en presencia de una sociedad.

Entendemos que la existencia de una comunidad de explotación no determina necesariamente el simultáneo perfeccionamiento de una sociedad civil, comercial o agraria; sobre todo si dicha comunidad ha sido generada a través de un hecho no deseado, como la derivada de una sucesión por causa de muerte. Por lo que creemos que, por lo menos, debemos distinguir entre comunidad de origen voluntario y comunidades de origen forzoso o involuntario. Pero a su vez, entre aquéllas creemos que debemos distinguir las que se concretan en situaciones que no se darían de no haberse otorgado, previa o simultáneamente una sociedad, y las que encuentran una razón fuera de la sociedad o la causa societaria. En tal sentido nos manejamos a través de un criterio restrictivo como el que evidenciara la corriente jurisprudencial alemana antes referida; sin perjuicio de que, como ella señalara, debamos estar a las peculiaridades del caso concreto que se presentare.

## 9. De la voluntad de continuar la explotación

Sin embargo, Palazón Garrido (2003)<sup>v</sup> sostiene que cuando los coherederos continúan el ejercicio colectivo de la empresa heredada a los fines de un reparto de los beneficios, actuando en el tráfico bajo una rúbrica común, e incluso confiriéndose a uno o varios copartícipes la facultad de administrar la empresa y su representación en el giro comercial, ya se ha constituido un vínculo societario (pp. 421-422). Ello en cuanto la voluntad de continuar el negocio en tales condiciones es índice suficiente de la existencia de *affectediosocietatis*, además, la apariencia creada es la de sociedad. A ello agrega que en los casos en que por inercia o por voluntad expresa o tácita de los coherederos, la comunidad hereditaria se constituye sin más en forma estable y duradera de ejercicio de una empresa heredada, surgirá entre los coherederos un vínculo social; la empresa se entenderá aportada a la sociedad y existirá participación parcial de la herencia, teniendo los herederos socios en la sociedad una cuota proporcional a la que tenían en la herencia. Y ello en cuanto se dan las características esenciales de la sociedad: a) la *affectediosocietatis* consentimiento que hace nacer el contrato, manifestada en la voluntad expresa o tácita de los coherederos de continuar explotando la empresa conjuntamente; b) fondo común constituido por las aportaciones de los socios; c) colaboración por parte de los socios en el ejercicio de una actividad económica común, la cual otorga a la sociedad un aspecto dinámico e implica, según algunos, un elemento psicológico que refleja su interés por el trabajo en conjunto dirigido al buen éxito de la sociedad; d) por último, el ánimo de obtener ganancia.

Nosotros nos mantenemos en la posición antes afirmada. Asimismo creemos que algunas de las situaciones que plantea Palazón no hallan su explicación o razón en una existencia de un vínculo societario. Así la designación de un administrador de la empresa en comunidad no implica necesariamente la admisión de una sociedad en el caso; pues dicho administrador puede perfectamente corresponderse al administrador

que convinieran los herederos o incluso al designado judicialmente. En tal sentido recordamos cómo el art. 419 del Código General del Proceso establece que “Cualquiera de los herederos o el cónyuge supérstite, podrán pedir la administración judicial de la herencia cuando el estado lo exija” y que “La administración de la herencia se regirá por lo dispuesto para las medidas cautelares, en cuanto fuere aplicable”. Pero, sin necesidad de acudir al nombramiento de un administrador de la herencia, bien pueden los comuneros designar voluntariamente de mutuo acuerdo a un administrador de toda la herencia o solo de la empresa agraria que la integra. Pero de ello creemos que no podemos derivar automáticamente la existencia de una sociedad entre ellos, ya que dicho administrador presenta en su ejercicio la misma función y razón que el designado judicialmente. De ahí que bien sí puede acudirse al criterio de interinidad o provisoriedad de la comunidad frente a la permanencia o relativa permanencia de la sociedad.

A su vez Palazón sostiene que, en caso de vacilación, debe optarse por considerar siempre esta figura como sociedad y no como comunidad, pues no cabe duda que el marco adecuado para el ejercicio colectivo de una actividad empresarial es la sociedad y no la comunidad, cuyo objeto natural es el goce y la conservación de un bien común. Es determinante, además, la apariencia que las partes han puesto en marcha y en la cual el tercero puede confiar legítimamente, ya que la opción por la clasificación societaria o comunitaria no es valorativamente neutra y se reviste de una gran trascendencia práctica.

Nosotros creemos lo contrario, que precisamente desde que estamos en una situación de comunidad, a través de su estatuto hemos de entender los respectivos actos; los que, solo se corresponderán a una situación societaria cuando no existiera para su otorgamiento o prolongación una razón que no fuere la existencia de una sociedad.

## 10. De conversión de la comunidad en sociedad como partición parcial

También se ha sostenido que la constitución tácita de la sociedad por la continuidad en el ejercicio de la actividad empresarial por todos los coherederos sobre la base del negocio heredado constituía partición parcial de la herencia; por lo que las normas a aplicar no pueden ser otras que las de la sociedad, ya que, habiendo existido partición sobre un bien, no puede pedirse otra. Posición en la que tampoco coincidimos, en cuanto no hallamos en la transformación de la comunidad de la empresa en sociedad los índices de tipo de la partición, ya que éstos pasan por la subrogación de la cuota en la comunidad en bienes concretos conforme a criterio de proporcionalidad; y éste, precisamente, no se garantiza en la referida transformación. De modo que estaremos ante un caso de disolución parcial de la comunidad pero por su transformación en sociedad y no por el otorgamiento de una partición parcial.

Se ha afirmado que si solo algunos de los comuneros continúa la actividad empresarial, gestionando la empresa, mientras que los demás permanecen más o menos ajenos a la misma; se hace necesario interpretar la voluntad expresada o deducida de los actos de los no colaboradores. Así, si no participan en la gestión, aunque sí en las pérdidas y las

ganancias, ello no obsta a la existencia de la sociedad, a la que puede entenderse que los no gestores han prestado tácitamente su consentimiento; siendo la voluntad de los mismos que los demás (los gestores) lleven la administración. Pero ello, entendemos, luego de que se hallan índices indubitables que determinen la transformación de la comunidad en sociedad; luego de determinada dicha transformación, atendiendo al caso concreto; es que determinaremos la peculiaridad de la situación societaria advenida. La que bien puede determinar que la administración de la sociedad corresponda a sólo alguno de los socios, que antes fueran comuneros.

Ahora, en el supuesto en que los herederos (comuneros) no participantes en la actividad empresarial tampoco tomen parte en las ganancias y pérdidas, sino que reciban una cantidad fija, independientemente de la marcha de la empresa, se ha dicho por Ragusa Maggiore, en la doctrina italiana, que estaremos ante un arrendamiento de cuota. A lo que Palazón Garrido agrega que será arrendamiento de cuota en la sociedad y no en la comunidad hereditaria, ya que al sustituirse el título hereditario por el contractual de la sociedad (aún tácita), a la que se aporta la empresa heredada en su integridad y no sólo la parte perteneciente a los ejercientes, la comunidad hereditaria se extingue respecto de la empresa, existiendo partición parcial siempre que existan otros bienes integrando la respectiva comunidad.

Ante estas afirmaciones, de nuevo sostenemos que dicha conclusión sólo puede determinarse luego de que nos hallemos ante unos índices de tipo que nos marquen la transformación parcial de la comunidad en sociedad, lo que, bien puede dar lugar a una disolución parcial de la comunidad a través de dicha transformación aún con eficacia similar a la de una partición.

26



## 11. De la comunidad del buque como norma ejemplar

En el caso de la comunidad del buque el texto del artículo 1046 del Código de Comercio determina que es el uso en común del buque el que genera la sociedad respectiva, que se regula por las reglas de las sociedades comerciales. En tal sentido vemos cómo en dicha disposición se recibe la historia que la acompaña, en cuanto desde el D. 14, 1 (*de exercitoria acciones*), y los textos de Ulpiano y Paulo que la acompañaran, se ha puesto de relieve que la situación referida en el mismo no es aquélla en la cual varias personas son cotitulares de la propiedad de un buque, sino aquélla en la cual realizan simultáneamente el *exercitiumnavis*. De ahí que se advirtiera que la figura romana no es una copropiedad de la cosa, sino un *plurimumexercitium*.

Sin embargo, como señalara Brunetti (1928), en el proceso de formación de las disposiciones que se corresponden al referido 1046 de nuestro Código de Comercio aparecen marcadas dos tendencias: la que disciplina el fenómeno en su esencia estructural considerándolo como una aplicación especial del condominio y la que lo disciplina en su aspecto funcional y dinámico como empresa organizada, según las normas propias de las organizaciones económicas que persiguen una finalidad de ganancia (p. 249 y ss.).

De ahí se observa en el Código de Comercio francés de 1807 un condominio que se aparta del condominio ordinario, en cuanto se rige por las mayorías escapando a la

necesaria unanimidad de los condominios y las comunidades; que llega hasta el texto del art. 1047 de nuestro Código de Comercio en que se dispone que “el parecer de la mayoría en el valor de los intereses prevalece contra el de la minoría en los mismos intereses...”.

Frente a textos como los citados Díez-Picazo (1989), tomando afirmaciones de Tantarri, distingue entre la propiedad del buque y la empresa marítima de la que el buque es uno de los instrumentos (pp. 286 y ss.). Por tal vía distingue entre el propietario del buque y el empresario de la gestión económica o de la gestión industrial. De ahí que se sostenga que en textos como el de nuestro 1046 del Código de Comercio se halla el supuesto del condominio del buque, que Díez-Picazo afirma que es la cotitularidad del derecho de propiedad sobre el mismo y para cuya existencia basta esa sola situación, con independencia de la forma que adopte su explotación; y, frente a él, el supuesto de la “sociedad naval”, que se genera cuando los copropietarios (comuneros) explotan conjuntamente la nave común. Y dicha sociedad naval se perfecciona por lo que Díez-Picazo llama “una tácita declaración de voluntad de los compañeros, cuya prueba la ley facilita mediante una presunción”.

De tal modo vemos cómo la solución que alcanza Díez-Picazo para el condominio del buque se corresponde a la mantenida por De la Cámara a fin de determinar la conversión de la comunidad en sociedad, hablándonos de un nacimiento de una sociedad de manera tácita cuando se observe el propósito de explotar la empresa en común en forma permanente, y a la mantenida por autores españoles como Broseta Pont, Font Galán y Rojo.

De modo que es la comunidad de explotación la que determina la presunción de propiedad; lo que se corresponde al texto del artículo 1046 de nuestro Código de Comercio en el que leemos que “Cuando los copartícipes hacen uso común del buque, esa sociedad queda sometida a las reglas establecidas para las sociedades...”. De ahí que sea el uso común del buque, y no su copropiedad (cotitularidad), el que determina el sometimiento “a las reglas establecidas para las sociedades”. Pero, a diferencia de lo referido por Díez-Picazo, creemos que no estamos ante una presunción; sino ante una norma de remisión. Por lo que nos adentramos en lo que Larenz (1994) llama “aplicación análoga”, lo que significa que los elementos particulares del supuesto de hecho, regulados mediante la remisión, y los de aquel supuesto de hecho a cuyas consecuencias jurídicas se remite, han de ponerse en relación uno con los otros, de modo que a los elementos que se han de considerar igualmente se asocie la misma consecuencia jurídica según la función de cada uno y su posición en la conexión de sentido del supuesto de hecho (p. 254). Por lo que la aplicación de la norma a la que se remite la norma remisiva solo puede ser “análoga”. Pero si bien dicha norma incluye una remisión: “queda sometida a las reglas establecidas para las sociedades”; en ella también se halla una ficción: “Cuando los copartícipes hacen uso común del buque, esa sociedad...”. De modo que vemos la ficción en la identificación del “uso común del buque” con la existencia de una sociedad: “esa sociedad”. De ahí que en dicha norma tengamos junto a la remisión expresa referida una ficción legal que también actúa como remisión. La ficción legal se halla en la equiparación de la comunidad de explotación (“uso común del buque”) con la sociedad. Y, en relación a las mismas, Larenz ha escrito que las ficciones legales tienen como finalidad, normalmente, la aplicación de la regla dada para un supuesto de hecho a otro supuesto de hecho; no siendo otra cosa que remisiones ocultas. Lo que

Larenz describe, al tratar las ficciones legales como remisiones, a través del enunciado de que, en lugar de ordenar: las consecuencias jurídicas de S1 valen también para S2, la ley finge que S2 es un caso de S1. Como la ley no contiene enunciados sobre hechos sino órdenes de validez, el legislador no afirma que S2 sea de hecho igual a S1 o un caso de S1, sino que indica que para S2 valen las mismas consecuencias que para S1. Para conseguir esto, dispone que S2 debe ser considerado “como si” fuera un caso de S1. En cambio, si S2 ha de ser considerado como si no fuera un caso de S1, aunque de hecho sea un caso tal, entonces la ley quiere excluir para S2 las consecuencias jurídicas de S1 que de lo contrario sobrevendrían –se trata entonces de una restricción oculta.

Es por ello que no podemos argumentar que en dicho texto se pueda hallar una comunidad de razón con la que se presenta en toda comunidad de explotación. En cuanto en ella hallamos una remisión basada en una ficción.

A su vez la solución que se concreta en el referido texto de nuestro Código de Comercio encuentra sus orígenes en el Derecho marítimo de los países hanseáticos, en una línea institucional que se consagrara en el Código holandés y en la *Handelsgesetzbuch* de 1869. En dichos textos la *Rederei* (sociedad de armamento y de navegación entre los copropietarios del buque) se produce conforme al Código de Comercio alemán “cuando varias personas emplean en el comercio marítimo, en el interés común, un buque del que son copropietarios”.

En relación a la misma “comunidad de buque”, Paz Ares ha afirmado que “la explotación de la empresa por parte de los herederos bajo una razón unificada en el tráfico provoca la conversión de dicha comunidad en una sociedad externa (Palazón Garrido, 2002, 395-396). 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 significa que hay sociedad.” Tal situación la diferencia de los casos en que la explotación de la empresa por los herederos no sea autónoma y permanente sino meramente conservativa, en espera de que se practique la división, que no puede recalificarse como sociedad. Por lo cual vemos cómo la conversión de la comunidad en sociedad no es automática, sino que necesariamente ha de transcurrir por determinados índices: en este caso el de la permanencia.

Sin embargo, Paz Ares no admite la consideración a las declaraciones de voluntad tácitas, en cuanto a su parecer la llamada “comunidad de bienes” como forma de organización de la empresa colectiva constituye un *monstruum* jurídico. Tales organizaciones, de comunidades sólo tienen el nombre; son sociedades externas y por tanto personificadas. Y contra ello no puede alegarse –continúa que para que haya sociedad es necesario que las partes hayan querido el cambio que deriva, en la condición jurídica de los bienes, de su aportación a la sociedad. Antes bien, la calificación y aun el intento empírico de las partes de permanecer como comunidad no puede prosperar, las relaciones externas han de someterse imperativamente a la normativa societaria.

Creemos que es obvio que una actividad agraria organizada permanente no halla cabida a través de la comunidad de bienes; pero, reiteramos, tampoco podemos caer en la afirmación de que toda comunidad de bienes derive necesariamente en una sociedad.

## 12. De los “negacionistas”

Frente a las posturas que admiten y hasta favorecen una conversión de la comunidad en sociedad, se halla la de quienes niegan el nacimiento de una relación societaria entre los coherederos con motivo del ejercicio colectivo de una empresa común. Entre ellos se ubican Beltrán de Heredia y Castaño, quien exigiera acuerdo expreso de los herederos dirigidos a formar una sociedad, advirtiendo que en caso de duda habrá de entenderse que existe una mera comunidad de la empresa (Palazón Garrido, 2002, 399). Y, en tal sentido Larrondo Lizarraga cita la resolución de la Dirección General de Registros y Notarías de España dictada el 20 de marzo de 1986 que afirmara que

cuando uno o varios bienes inmuebles pertenecen a una pluralidad de sujetos en proindivisión ordinaria, y forman parte de una actividad empresarial realizada en común por los copropietarios, surge una situación que trasciende de la mera copropiedad, pero que no llega a alcanzar personalidad jurídica independiente de la de sus componentes, tanto en el aspecto pasivo, y por ello no surge un patrimonio separado afecto a deudas específicas, como en el aspecto activo en cuanto que la titularidad sobre cada uno de los bienes sigue correspondiendo a los coempresarios por cuotas ideales, y para su disposición deberá estarse a las normas generales del régimen del condominio.” (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1994, p. 479-480).

A ello el registrador agrega que en virtud del principio de legalidad registral carece de facultades para apreciar por vía tácita una personalidad jurídica en el condominio existente. Al comentar tal jurisprudencia Larrondo Lizarraga afirma que nada obsta a la validez del convenio unánime de los herederos para la continuidad del negocio del causante, pero tal acuerdo no constituye una sociedad civil, ni mercantil, si no reúne los requisitos de éstas, por lo que las relaciones internas entre los partícipes se rigen por las normas de la comunidad.

Por similar senda transitaba Carnelutti (1915); quien afirmara que es erróneo creer que una comunidad no contractual, como lo es la hereditaria, por el simple hecho de concurrir el fin lucrativo, deba ser considerada una sociedad (p. 727). Por ello estimaba errónea la creencia de que la mera circunstancia de la continuación del ejercicio del comercio por los coherederos valga como manifestación de voluntad de constituir una sociedad, pues ello constituye un hecho absolutamente pasivo e irrelevante a los efectos de la sustitución del título hereditario por el contractual: los herederos actúan así porque han heredado una empresa, no porque quieran ponerla en común a través del mecanismo societario. Es por ello que pierde relevancia el tiempo durante el cual se ha continuado el ejercicio de la empresa por los coherederos; en cuanto éstos no pueden ser considerados socios hasta tanto no se demuestre o que han sustituido expresamente el título hereditario de la comunidad por el contractual, o que han alterado las relaciones recíprocas, de tal manera que la sustitución de un título por otro sea presupuesto necesario.

En similar sentido se pronuncia Foschini, quien sostiene que el ejercicio de la actividad económica inherente a la empresa en los límites de la productividad actual de ésta, es una forma de goce de la empresa, desarrollo de los poderes de gestión por parte del grupo de copropietarios en orden a un bien productivo, sin que refleje un propósito colectivo de

desarrollar una actividad social. Para que surja una sociedad entiende que es necesario se realice por los coherederos una serie de actos de los cuales pueda derivarse la voluntad de comprometerse en el sentido del artículo 2247 del *Codice Civile*: aportación a la empresa de otros capitales, modificación de lo relativo a la participación en las ganancias y las pérdidas, dirección colectiva en el ejercicio de la actividad inherente a la empresa, la actuación por cuenta del grupo de coherederos en la constitución de nuevas relaciones en orden a la empresa.

### 13. *Del venire contra factum proprium non potest*

No creemos que, desde que estamos antes contratos consensuales como la sociedad civil aún cuando tenga objeto exclusivamente agrario, se pueda negar una constitución de la misma mediante un otorgamiento oral o tácito. Desde que sabemos que existen negocios que son susceptibles de otorgamiento tácito, como la confirmación o convalidación del negocio anulable. Así recordamos en el artículo 1570 de nuestro Código Civil, en el que leemos que “La ratificación necesaria para subsanar la nulidad, cuando el vicio del acto o contrato es susceptible de este remedio, puede ser *expresa o tácita*.”... “La tácita consiste en la ejecución voluntaria de la obligación”. Fijémonos que para la validez de la confirmación expresa se exige la referencia al contrato celebrado, al defecto de que adolece, y la declaración de voluntad de convalidarlo, o, lo que a ello equivale, la renuncia de la acción para reclamar la nulidad que se halla presente en el contrato (Guillón, 1960, pp. 1195 y ss.). Además recordamos cómo Guillón escribía que la confirmación significa una pura y simple renuncia a la acción de nulidad. De tal modo vemos cómo se admite en nuestro Derecho la conclusión del negocio jurídico consensual *per facta concludentia*. Pero de admitir que el contrato social se pueda perfeccionar mediante un mero otorgamiento oral o tácito, a entender que el mismo se verifica ya por índices como la continuación de la actividad agraria o mercantil o el mero de reparto de utilidades existe una inmensa distancia. Entendemos que sí se puede otorgar tácitamente un contrato social, pero al igual que exige el Código Civil para negocios como la novación (artículo 1530 de nuestro Código Civil) el respectivo consentimiento debe resultar “claramente” de los respectivos actos o negocios “por la incompatibilidad” de los mismos con una mera situación de comunidad.

Díez-Picazo escribía que toda declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico puede exteriorizarse mediante palabras o mediante signos o instrumentos idóneos en un proceso de comunicación (Díez-Picazo, 1979, p. 156). Los *facta concludentia* no son otra cosa que un vehículo de manifestación de voluntad. Y, esos mismos hechos concluyentes generan la apariencia de la sociedad. Apariencia que es recogida en nuestro Derecho privado en disposiciones como el artículo 21 de la ley 14.701, hablándonos de que “Quien haya dado lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos a su nombre, no podrá oponer la excepción de falta de representación en el suscriptor.” A dichos hechos positivos, conforme los usos del comercio, que generan la creencia de que existe una sociedad en que sus socios son quienes fueran comuneros es que debemos acudir.

En materia de sociedades civiles, nuestro Código Civil en el artículo 1918 establece que “Los socios, en cuanto a sus obligaciones, respecto de terceros, deberán considerarse como si entre ellos no existiese sociedad”. De ahí la oponibilidad a los terceros de la sociedad sino cuando el socio “contrata a nombre de la sociedad” y así lo expresa en el respectivo contrato. Sin embargo la apariencia o no de la sociedad no es, como debe ser, relevante a fin de la determinación de la existencia de la sociedad. Pero la sociedad se perfeccionará mediante actos *per facta concludentia*, siendo irrelevante la apariencia de la misma en relación a terceros: la misma del artículo 1918 del Código Civil.

## 14. De los eclécticos

A su vez, frente a dichas posiciones extremas, surge una postura intermedia por la que se establece la necesidad de atender a la voluntad expresa o tácita de los comuneros. En tal línea se hallan, en la doctrina española Puig Brutau y Albaladejo. Albaladejo se ha pronunciado por la necesidad de atender a la voluntad de las partes, y al modo en que éstas configuran su relación, ya que el ánimo de lucro es elemento que puede estar presente tanto en una como en la otra (Palazón Garrido, 2003, pp. 400-401). Es así que para Albaladejo la sucesión en comunidad de los herederos del difunto titular de una explotación, no es un caso anormal de comunidad, llamado o a desaparecer rápidamente o a convertirse en sociedad, sino que es un caso corriente y de toda la duración que se quiera, en el que como se recibió en comunidad y no se acordó después pasar a la sociedad, sigue siendo de aquélla, por falta de contrato de sociedad y su correspondiente *affectiosocietatis*. Lo mismo que la agrupación creada por acuerdo de unanimidad, inclusive con fin de lucro, seguirá siendo comunidad si no se resuelve convertirla en sociedad mediante el correspondiente contrato. Pero, desde que estemos ante declaraciones de voluntad expresas de la totalidad de los comuneros no cabrá duda de que estamos ante una conversión total o parcial de la comunidad en sociedad. Y, desde que dicha manifestación de voluntad se deriva de actos concluyentes, desde que la sociedad civil aún con objeto exclusivamente agrario es consensual, es perfectamente admisible la configuración del respectivo contrato social mediante tal modalidad.

Pero repetimos: hemos de ser exigentes en la verificación de los índices de tipo de tal conversión, en cuanto sólo serán aquellos que concreten necesariamente la intención de haber otorgado el respectivo contrato social. En tal sentido, y con estos límites, acompañaremos la postura intermedia de Puig Brutau y Albaladejo.

## 15. Del modo de utilización de los bienes

Hasta ahora hemos hablado de los índices de tipo de que revelan de manera clara e inequívoca la existencia de un contrato de sociedad civil aún con objeto exclusivamente agrario. Mientras Capilla Roncero encuentra el criterio de distinción entre comunidad y sociedad, y la existencia del respectivo índice, en el modo de explotación de los respectivos bienes; Galgano lo halla en el modo de utilización de los mismos. Es así que Galgano

(1982) contrapone dos diversos modos de utilización de las cosas: el de la sociedad y el de la comunidad (p. 62).

En el modelo de la sociedad los bienes aportados por las partes se utilizan para el ejercicio en común de una actividad económica a fin de dividirse las utilidades –o beneficios agregamos nosotros; modalidad en la que aún podemos incluir a la asociación agraria en la que el fin de las partes es hacer uso de los medios de producción como instrumento para el ejercicio colectivo de una empresa. Mientras que, en cambio, en el modelo de la comunidad, dicho fin falta, limitándose al mero goce de una o varias cosas. Por ello en la comunidad no se utilizarán los bienes como instrumento para el ejercicio de una empresa.

Dicha postura es explicada por Galgano (1982) afirmando que el ejercicio de la empresa no se agota en el goce de los bienes; sino que existe algo más: existe una compleja actividad en la cual el goce de los bienes constituye solo un elemento (p. 64 y ss.). El ejercicio de una empresa no es solo ejercicio del derecho de propiedad, sino ejercicio de un derecho de libertad en general, y en particular de la libertad de iniciativa económica. De modo que para pasar de la comunidad a la sociedad se tiene que dar algo más que el solo fin de gozar de las cosas; se debe dar el ejercicio colectivo de una actividad de empresa, constituyendo el goce en relación a dicha actividad solo un elemento.

Además Galgano analiza la diversa posición de los bienes según se hallen en sociedad o en comunidad; en cuanto en situación de comunidad sus cotitulares usarán de los bienes conforme al estatuto del derecho de propiedad limitado por otro derecho idéntico cualitativamente, mientras que si dichos bienes se hallan en situación de sociedad se encuentran afectados por un específico vínculo de destino que permite su utilización solo para el ejercicio, en común entre los socios, de la actividad de empresa; excluyendo toda otra utilización. E insiste sobre el vínculo de destino en el caso de la sociedad; la que determina la existencia de un patrimonio autónomo, autonomía de la que carece la mera comunidad. Ello explica normas como el artículo 1922 de nuestro Código Civil que dispone que “los acreedores de un socio no tienen acción sobre los bienes sociales, sino en razón de hipoteca constituida por el socio que aportó el inmueble hipotecado”, disposición que no tiene otra razón que la existencia de un patrimonio autónomo en la sociedad civil.

Creemos ciertamente que la explotación agraria conjunta de los bienes que se hallan en comunidad, como la que se corresponda a una comunidad voluntaria determinada por la adquisición conjunta de una finca rural por varias personas, se corresponde a un índice de tipo de la conversión de la comunidad en sociedad; aún cuando se pueda entender que persista la comunidad en relación a la finca y la empresa societaria se genera por el aporte del uso y goce de la finca, a más de otros bienes o industria. Por lo que coexistirá la comunidad sobre la finca y la sociedad en la explotación agraria. Si acudimos al modo de utilización de los bienes que Galgano nos presenta como índice de tipo de la constitución de la sociedad, nos encontramos con que la utilización conjunta y coordinada de los mismos a través de un fin común constituirán un índice de tipo inequívoco de la existencia de una sociedad. Pero, dichos índices de tipo comenzarán a no revelar “necesariamente” la existencia de una sociedad desde que la empresa ya existiera con anterioridad al nacimiento de la comunidad, como en el caso de la sucesión por causa de muerte de un empresario agrario, de modo que, en tal caso, los índices de

tipo referidos ya no nos serán útiles. Por los que será a otros índices de tipo que debemos acudir a fin de hallar actos expresos que revelen necesariamente la conversión de la comunidad de la empresa en sociedad civil.

## 16. De la comunidad y las sociedades sin personería jurídica

La citada postura de Galgano se refiere a toda sociedad, tenga o carezca de personalidad jurídica. Lo que encontramos comprensible. Sin embargo Núñez Iglesias sostiene que la comunidad coexiste con la sociedad cuando ésta no tiene personalidad (Galgano, 1982, p. 156). Tal como sucedía en la *societas* romana, en que la sociedad carecía de personalidad jurídica y cuyo patrimonio era propiedad común de los socios. A ello agrega que cuando sociedad y comunidad coexisten, a pesar del 1669 del Código Civil español<sup>2</sup>, se aplican las normas de la comunidad solo al sustrato patrimonial, o sea, a las relaciones jurídicas reales, pero no a las demás. De modo que a las relaciones obligatorias se aplican las reglas de la sociedad, salvo aquellas que presupongan existencia de un patrimonio separado, como es el caso del artículo 1699 del Código Civil español<sup>3</sup>. Por ello, señala NÚÑEZ IGLESIAS, no se puede ejercer la *actio común dividendo* para extinguir la sociedad, para disolver el vínculo, porque ello tiene sus propias reglas. Pero ¿Para disolver la comunidad, dejando subsistente la sociedad? En el caso de que la comunidad provenga de las aportaciones de los socios y no de las ganancias obtenidas y no repartidas; en el caso de que la sociedad se haya constituido con un fondo real, no parece posible disolver el sustrato patrimonial por medio de la acción divisoria, pues indirectamente se estaría propiciando la extinción de la sociedad.

En principio no creemos que se pueda identificar las sociedades sin personalidad jurídica con la comunidad; siendo la hipótesis que maneja Núñez Iglesias la antes ya referida: la existencia de una comunidad sobre una finca sobre la que se ejerce la actividad agraria conjunta de los condóminos constituyendo una sociedad en la que el aporte lo constituye el uso y goce de la misma –en las respectivas cuotas-. Pero que la sociedad que constituyeran tenga o no personalidad jurídica no cambia nada: se mantiene la situación de comunidad sobre la finca y la sociedad civil o agraria en la explotación. Que la enajenación de la finca determina la extinción de la explotación, al no subrogarse por ninguna otra a tal fin, bien puede determinar la disolución de la sociedad; causal de disolución que compadece en la razón con la prevista en el artículo 1925 de nuestro Código Civil en cuyo texto leemos que “La sociedad se disuelve asimismo ... por la extinción completa de la cosa o cosas que forman su objeto”. Pero, en lo que no debemos caer es en asimilar sociedad sin personalidad con comunidad; en cuanto, se trata, como se estableciera, de dos figuras distinguibles netamente aún en el modo de utilización de los bienes.

2 Esta norma dispone 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 los terceros.” “Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.”

3 Norma que establece que “Los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social.”

Núñez Iglesias entiende, para el caso de que exista comunidad en la finca y sociedad en su explotación, que los asociados se han adherido a un fin que les impide demandar la división. Ello en cuanto el ejercicio de la acción de división está impedido en la medida en que frustra el fin del contrato de sociedad; o, lo que es lo mismo, en la medida en que frustra el destino del sustrato patrimonial común; porque lo que es fin para la sociedad es destino para la cosa común.

Sin embargo, nosotros no creemos que el otorgamiento de un contrato de sociedad en tales circunstancias determine un “acto de destinación” de la respectiva finca. En relación al acto de destino (*atto di destinazione*) Mirzia Bianca (2006) ha escrito que el acto de destino clasificado como real es el “acto de organización de los bienes en relación a una unidad funcional” (p. 1178)<sup>4</sup>, el que es generalmente unilateral. Pero, en el caso, no estamos en presencia de un acto real de destino de la finca. El destino societario se refiere a su uso y goce, pero no afecta al mismo derecho de propiedad a través de una afectación jurídica del mismo; ello en cuanto dicha afectación no es real sino meramente obligacional, afectando sólo su uso y goce. Por lo tanto el contrato de sociedad no impedirá la partición judicial o extrajudicial de la finca, y en caso que ella fuere indivisible o no permitiera una cómoda división tampoco impedirá la subasta pública de la misma. En cuanto, desde que el destino se estableciera solo en el ámbito obligacional, y las obligaciones *propter rem* son de número cerrado, el crédito del que es titular la sociedad es inoponible, en principio, al adquirente de la finca en el respectivo remate judicial. En tal sentido recordamos cómo PirainoLeto (1974) ha escrito que las obligaciones *propter rem* activa o pasiva puede ser impuesta por la ley o por los particulares pero solo dentro de los esquemas típicos previstos por la ley (p. 119).

Y, cuando la sociedad se disuelva por cualquiera de las causas que le son propias desaparecerá la comunidad de fin y el destino que ella determinara, por lo cual la acción divisoria desde ese momento sólo se limitará al fondo patrimonial. Sin embargo, desde la disolución de la sociedad, el fondo común que se corresponde al que fuera patrimonio social se afecta a otro destino: la liquidación, a cuyo término únicamente será factible dividirlo entre los antiguos socios. Ahora, desde que el predio en que se asentara la actividad agraria se hallaba afectado a través de un vínculo de derecho real al patrimonio societario, la disolución y liquidación societaria le afectarán; pero, una vez culminada la liquidación, se extinguirá la afectación real de la finca a la explotación agraria societaria.

## Referencias Bibliográficas

- Bianca, M. (2006). *L'atto di destinazione: problema applicativi*. Rivista del notariato.
- Branca, G. (1982) *Comunione. Condominio negliedifici*, Bologna-Roma. ZanichelliEditoreIl Foro Italilano.
- Brunetti, (1928). *La comproprietàdella nave* en Riv. Dir. Comm., Tomo I.

4 Nos habla de un “atto di organizzazione dei beni ad unità funzionale”

- Capilla Roncero, F. (1986). Comentarios a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigido por ALBALADEJO, tomo XXI, vol. 1, Madrid, EDESA.
- Carnelutti, F. (1915). *La azienda commerciale in comunione*. Riv. Dir. Comm., Tomo II.
- Cestau, S. (1986), Indivisión hereditaria. Revista Asociación Escribanos del Uruguay, Tomo 72 (16).
- Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, (1994). *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Madrid.
- De La Camara, M. (1968). "La explotación agrícola comunitaria" en "*Estudios en honor del Prof. CastánTobeñas*", Tomo V, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.
- Diez-Picazo, L. (1979). *La representación en el Derecho privado*. Civitas, Madrid.
- Diez-Picazo, L. (1980), *El condominio del buque* en "Estudios de Derecho privado", Civitas, Madrid.
- Galgano, F. (1982). *Le società in genere. Le società di persone*, 2ª edición, Milano Giuffrè editore.
- Gullón, A. (1960). *La confirmación*. Anuario de Derecho Civil, Madrid.
- Heidegger, M. (2002). *De camino al habla*, Barcelona.
- Larenz, K. (1994), *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona.
- Larrondo Lizarraga, (1994). *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.
- Martínez Vela, J. A. (2012). *El valor del silencio en las fuentes literarias antiguas*. Madrid, Dykinson.
- Palazón Garrido, M. L. (2003). *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Piraino Leto, A. (1974), *Contratti atipici e innominati*. Torino, UTET.