

MANUEL PANIAGUA ZURERA

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Loyola Andalucía

**LA COTITULARIDAD
POR CUOTAS EMPRESA
Y LAS SOCIEDADES CIVILES
Y MERCANTILES**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	11
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	19

CAPÍTULO PRIMERO

LA IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA, Y LAS DUDAS SOBRE SU CALIFICACIÓN Y REGULACIÓN

I. LA EXTENSIÓN DEL FENÓMENO DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA Y SU RECONOCIMIENTO EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO.....	25
II. LAS VENTAJAS DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA	35
1. La sencillez y la flexibilidad constitutiva y funcional	36
2. El régimen tributario de las rentas procedentes de la cotitularidad por cuotas empresa.....	39
3. Las ventajas para los partícipes de la cotitularidad por cuotas empresa	41
III. EL AJUSTE TRIBUTARIO DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA A SU REALIDAD ECONÓMICA Y JURÍDICA.....	43
IV. LOS <i>INCONVENIENTES</i> DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA.....	49
1. Las dudas sobre la naturaleza jurídica de la cotitularidad por cuotas empresa y la legislación aplicable	51

	<u>Pág.</u>
2. De la no personificación de la cotitularidad por cuotas empresa a su progresivo reconocimiento como centro de relaciones jurídicas	54
3. La capacidad procesal de la cotitularidad por cuotas empresa ..	58
4. La responsabilidad ilimitada y solidaria de los partícipes en la cotitularidad por cuotas empresa	62
5. El régimen de la <i>actio communi dividundo</i> y la cotitularidad por cuotas empresa	65
6. La indivisibilidad, el pacto de indivisión y la cotitularidad por cuotas empresa	71
7. La falta de una legislación adecuada para la cotitularidad por cuotas empresa	76

CAPÍTULO SEGUNDO

UN PREFACIO HISTÓRICO Y LA EXTENSA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA

I. LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA POR ACTOS <i>INTER VIVOS</i>	80
1. El caso de la cotitularidad por cuotas « <i>Asociación La Económica</i> »	80
2. Una doctrina jurisprudencial constante	81
3. Las cotitularidades por cuotas de promotores y de autopromotores, y de medios	83
II. LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA POR ACTOS <i>MORTIS CAUSA</i>	85
1. El caso del negocio « <i>La Esmeralda</i> »	85
2. La cotitularidad por cuotas empresa incidental por actos <i>mortis causa</i>	85

CAPÍTULO TERCERO

SOBRE CÓMO RESUELVEN NUESTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES LOS CONFLICTOS ENTRE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA Y LAS SOCIEDADES

I. LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD NEGOCIAL DE CONSTITUCIÓN DE UNA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA O DE UNA SOCIEDAD	89
II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL REFORZADA EN LA DÉCADA DE LOS CUARENTA DEL PASADO SIGLO: EL LUCRO SOCIAL RESTRINGIDO Y LAS <i>COMUNIDADES SOCIETARIAS</i>	91

	Pág.
III. LA PREVALENCIA DE LA VOLUNTAD NEGOCIAL CLARA Y ACREDITADA.....	94

CAPÍTULO CUARTO

LA COTITULARIDAD POR CUOTAS Y LAS SOCIEDADES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS LATINOS, Y EN EL DERECHO ALEMÁN

I. EL RECURSO AL DERECHO COMPARADO	99
II. EL ORDENAMIENTO FRANCÉS Y SU EVOLUCIÓN	103
1. El <i>Code civil</i> de 1804 y su interpretación	103
2. La indivisión en el Derecho francés.....	108
3. Las disposiciones generales del contrato y la organización social, en especial, la sociedad en participación.....	110
4. Las agrupaciones personales voluntarias con fines lucrativos y la indivisión empresarial	112
III. EL DERECHO Y LA DOCTRINA ITALIANA.....	113
1. El primer Código civil de 1865.....	113
2. Las sociedades en el <i>Codice civile</i> de 1942	116
3. La cotitularidad por cuotas en el <i>Codice civile</i>	117
4. Las relaciones entre la cotitularidad por cuotas y la sociedad...	118
IV. EL SISTEMA JURÍDICO ALEMÁN	119
1. La sociedad civil y los tipos sociales mercantiles.....	119
2. El contrato de sociedad y las asociaciones	121
3. Las cotitularidades por cuotas de derechos.....	122

CAPÍTULO QUINTO

LA CONSTITUCIÓN Y LA REGULACIÓN DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS ORDINARIA EN EL CÓDIGO CIVIL

I. LA COTITULARIDAD POR CUOTAS ORDINARIA EN EL CÓDIGO CIVIL	123
II. LA NORMATIVA APLICABLE A LA COTITULARIDAD POR CUOTAS ORDINARIA EN EL CÓDIGO CIVIL	127
1. La interpretación del artículo 392 párrafo segundo del Código civil.....	127
2. El contenido imperativo en la cotitularidad por cuotas ordinaria en el Código civil	130
A) Los derechos individuales del comunero sobre su cuota ideal e indivisa	130

	<u>Pág.</u>
B) El recurso a la tutela judicial ante la falta de acuerdos o frente a los acuerdos gravemente perjudiciales para los partícipes	132
C) La regla de la unanimidad para hacer alteraciones en la cosa común.....	133
D) La división de los bienes y derechos comunes	134
3. La extensión de la autonomía privada en la cotitularidad por cuotas ordinaria en el Código civil.....	34
A) El criterio de la cuota ideal y de la parte social	134
B) El uso de los bienes y derechos comunes y del fondo social	135
C) Las reglas de administración y disfrute de los bienes y derechos comunes y de los sociales	136
4. El posible estatuto o reglamento de una cotitularidad por cuotas empresa.....	138

CAPÍTULO SEXTO

LAS COTITULARIDADES POR CUOTAS NEGOCIALES

I. LAS COTITULARIDADES POR CUOTAS NEGOCIALES EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.....	145
II. LA CASUÍSTICA CARACTERIZACIÓN DE LAS COTITULARIDADES POR CUOTAS NEGOCIALES, Y SU CONCURRENCIA CON EL CONTRATO Y LA ORGANIZACIÓN SOCIAL	148

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL ALCANCE DE LOS CONTENCIOSOS ENTRE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA Y LAS SOCIEDADES EN NUESTRA EXPERIENCIA JURÍDICA

I. EL CONTRASTE ENTRE LOS HECHOS CONTROVERTIDOS Y LA RESPUESTA JURÍDICA.....	155
II. LAS SOCIEDADES CIVILES EXTERNAS.....	161
1. Los criterios de mercantilidad.....	161
2. El objeto y la forma del contrato social	161
3. La atribución de personalidad jurídica.....	162
III. LAS SOCIEDADES CIVILES O MERCANTILES INTERNAS, Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.669 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL	164
IV. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PERSONALISTAS	170
1. La mercantilidad y la personificación.....	170

	Pág.
2. La no colisión de la cotitularidad por cuotas empresa y las sociedades mercantiles personalistas en nuestra experiencia jurídica.....	172
V. LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL.....	173

CAPÍTULO OCTAVO

**CRÍTICA A LAS OBJECIONES TEÓRICAS HACIA
LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA,
Y SUS RELACIONES CON LAS SOCIEDADES**

I. LA PROBLEMÁTICA DISTINCIÓN DOCTRINAL ENTRE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA, Y EL CONTRATO Y LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA.....	177
1. Las razones que dificultan la separación de la cotitularidad por cuotas y la sociedad	177
2. De la (relativa) debilidad organizativa de la cotitularidad por cuotas a su (pretendida) inadecuación institucional como forma de empresa	180
II. EL DINAMISMO SOCIETARIO FRENTE A LA COTITULARIDAD POR CUOTAS ESTÁTICA, Y LA INTERPRETACIÓN DE LA <i>AFFECTIO SOCIETATIS</i>	183
1. La valoración actual de la <i>affectio societatis</i>	185
2. La doctrina jurisprudencial tradicional sobre la distinción entre la cotitularidad por cuotas y la sociedad, y el lucro social restringido.....	186
3. La realidad de la cotitularidad por cuotas empresa.....	191
4. La concurrencia de las normas de la cotitularidad por cuotas y de la sociedad.....	193
5. Las sociedades patrimoniales y las sociedades de medios.....	195
III. LA EVIDENTE Y DIFERENTE NATURALEZA JURÍDICA DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS, Y EL CONTRATO Y LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA	197
1. La concurrencia y la sucesión de la cotitularidad por cuotas y la sociedad.....	199
2. La licitud y la utilidad de la cotitularidad por cuotas empresa ..	200
3. La cotitularidad por cuotas tiene una singular estructura organizativa y patrimonial tutelada por nuestro ordenamiento.....	201
IV. LA DOCTRINA DE LAS, IMPROPIAMENTE DENOMINADAS, <i>COMUNIDADES SOCIETARIAS</i>	204
1. Las críticas a la cotitularidad por cuotas empresa por razón de la finalidad lucrativa.....	204
2. Las críticas a la cotitularidad por cuotas empresa por razón de los elementos esenciales del contrato de sociedad.....	206

	<u>Pág.</u>
3. Las críticas a la cotitularidad por cuotas empresa por razones lógicas y conceptuales.....	207
V. LA REORIENTACIÓN DEL ANÁLISIS DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA	211

CAPÍTULO NOVENO

LA RECIENTE *DOCTRINA JURISPRUDENCIAL* SOBRE LOS CRITERIOS DIFERENCIALES ENTRE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS Y LA SOCIEDAD, Y SU VALOR INTERPRETATIVO

CAPÍTULO DÉCIMO

ALGUNAS CONCLUSIONES ACERCA DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA

I. EL NECESARIO PERFECCIONAMIENTO CONVENCIONAL DEL TIPO LEGAL DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA	219
II. LA (INDEMOSTRADA) INADECUACIÓN DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS COMO FORMA DE EMPRESA	221
III. LA HUIDA DE LAS NORMAS DE LAS SOCIEDADES INTERNAS, LAS CIVILES <i>IRREGULARES</i> Y LAS MERCANTILES DEVENIDAS IRREGULARES	225
IV. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROPIEDAD PRIVADA DE LOS PARTÍCIPES	228
1. Las facultades patrimoniales en la cotitularidad por cuotas empresa y en la sociedad externa.....	228
2. El derecho fundamental a la propiedad privada y su contenido esencial.....	230
3. La heteroconversión de la cotitularidad por cuotas empresa en una <i>rudimentaria</i> sociedad y el contenido esencial del derecho a la propiedad privada.....	233
V. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA TESIS DE LAS <i>COMUNIDADES SOCIETARIAS</i>	235
1. Los titulares del derecho-libertad de empresa conforme al artículo 38 de la Constitución	235
2. El problemático contenido esencial de la libertad de empresa ..	237
3. La doctrina de las <i>comunidades societarias</i> vulnera la libertad de empresa	239
VI. EL RESPETO A LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA SUPERACIÓN DE LA TESIS DE LAS <i>COMUNIDADES SOCIETARIAS</i> ...	241

CAPÍTULO UNDÉCIMO

EL CONCEPTO LEGAL DE SOCIEDAD EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO, Y EL LUCRO SOCIAL EN SENTIDO *LATO*

I.	LA PROPUESTA DOCTRINAL DE UN CONCEPTO AMPLIO DE SOCIEDAD.....	247
1.	Los criterios finalista y estructural en el Derecho de sociedades	247
2.	La propuesta de sustitución del concepto de asociación <i>sensu lato</i> por el de sociedad en sentido amplio.....	252
3.	De la finalidad lucrativa como elemento esencial de la sociedad a su entendimiento como simple elemento natural en las sociedades personalistas.....	256
4.	Crítica al concepto amplio de sociedad y a la tesis de la sociedad no lucrativa.....	257
II.	LOS ARGUMENTOS DE APOYO DE LA TESIS DE UN CONCEPTO AMPLIO DE SOCIEDAD, Y SU CRÍTICA	264
III.	LA INTERPRETACIÓN DEL LUCRO SOCIAL EN SENTIDO <i>LATO</i> EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL	270
1.	La inexistente tradición jurídica a favor de un lucro social restringido.....	273
2.	Las sociedades para el uso y el disfrute de bienes y derechos, y la finalidad lucrativa.....	277
3.	Las consecuencias institucionales del lucro social restringido..	281
4.	El Derecho de la Unión Europea y la evolución de los sistemas jurídicos latinos.....	285
5.	El entendimiento doctrinal de la agrupación de interés económico.....	288
6.	La legislación orgánica sobre el derecho de asociación: la confirmación de la tradición jurídica	298
IV.	A MODO DE CONCLUSIÓN: LA ASOCIACIÓN EN SENTIDO <i>LATO</i> , LAS ASOCIACIONES Y LAS SOCIEDADES	299

CAPÍTULO DUODÉCIMO

LA COMUNIDAD DE EMPRESA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL, Y SU CRÍTICA

I.	EL OSCURO RÉGIMEN DE LA <i>COMUNIDAD DE EMPRESA</i> EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL	303
II.	LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE AL PODER LEGISLATIVO Y EL ARTÍCULO 213-35 DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL SOBRE LA <i>COMUNIDAD DE EMPRESA</i>	307

	<u>Pág.</u>
1. La reserva material de Ley.....	307
2. El respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales .	308
III. EL PRINCIPIO-DERECHO DE IGUALDAD EN LA LEY Y LA <i>COMUNIDAD DE EMPRESA</i>	311
IV. EL DERECHO-LIBERTAD DE EMPRESA Y LA <i>COMUNIDAD DE EMPRESA</i>	314
1. El método material o absoluto de determinación del contenido esencial de la libertad de empresa.....	314
2. El método relativo o procedimental de determinación del con- tenido esencial de la libertad de empresa.....	316
BIBLIOGRAFÍA	323

PRESENTACIÓN

Tenemos la certeza de que una investigación jurídica no puede ser una predicción que se pasa a confirmación. Con este horizonte científico entendemos necesaria una nueva reflexión sobre la inserción de la cotitularidad por cuotas empresa en nuestro Derecho privado patrimonial, y sus relaciones de vecindad con los tipos sociales civiles y mercantiles.

La cotitularidad por cuotas en general, y la comunidad de bienes empresa, son instituciones que, no resulta grato reconocerlo, han sido más denostadas que estudiadas por un simple arrastre histórico y por el abuso del argumento de autoridad.

En nuestra investigación retomamos los tradicionales, algunos muy avejentados, argumentos conceptuales y de política legislativa sobre la separación entre las cotitularidades por cuotas (ordinaria, funcional y empresarial) y la sociedad civil y los tipos sociales mercantiles.

La experiencia jurídica y la doctrina judicial apoyan —y nada menos que como tutela de los derechos fundamentales a la libertad individual, la propiedad privada y la libertad de empresa— la no imposición de un tipo social no querido por las partes. De ahí la persistencia —compartida por los sistemas latinos del *civil law*— de las incertezas sobre la cotitularidad por cuotas como forma de empresa, y la forma de resolución casuística empleada por nuestros juzgados y tribunales. En lo fundamental no estamos ante debates de categorías o naturalezas jurídicas, sino frente a problemas de prueba y de calificación jurídica acerca de cuál fue la real y exteriorizada voluntad negocial de las partes. Sin duda ahí radica el desenfoque doctrinal, más que jurisprudencial.

No resulta lógica ni segura, pues crea vacíos y paradojas regulatorias, la coexistencia de un concepto restringido tanto de sociedad como de cotitularidad por cuotas de derechos. Precisamente lo que hace un buen sector de nuestra doctrina iusprivatista. Mientras otro sector trata de solventar los desajustes del sistema con la propuesta de una noción amplia de sociedad, pero más allá de la ley. Retengamos que donde la seguridad jurídica se resiente —y, *mutatis mutandis*, otros valores como la justicia, la libertad o la igualdad— merman las funciones y los fines del Derecho. Y, que la construcción del sistema de definiciones y relaciones entre las distintas agrupaciones negociales de personas para fines comunes, personificadas o no, es una labor legislativa que incluye al Poder constituyente (arts. 10, 22, 33 y 38 de la Constitución).

Seguidamente contrastamos el constructo legal y doctrinal acerca de la comunidad y la sociedad con el origen de las instituciones, y con los renovados elementos científicos y jurisprudenciales propiciados por el Derecho comparado, por nuestro Derecho positivo y, en especial, por la experiencia en nuestra economía y sistema jurídico.

El método de estas reflexiones está protagonizado, aunque no en forma exclusiva, por dos coordenadas. En primer lugar, la experiencia jurídica ante la que ceden, o debieran hacerlo, los vacíos argumentos de autoridad, las abstracciones y los idealismos jurídicos y, por supuesto, los huecos adagios (*communio est mater discordiarum*). Y, en segundo término, la doctrina jurisprudencial, la jurisprudencia menor, si se nos permite el término, y la doctrina administrativa como fidedignos suministradores de los hechos y los actos jurídicos.

No debemos olvidar que por su irrealidad la vana tradición, la abstracción lógica y el formalismo jurídico llevan en su seno las semillas de su destrucción: la construcción del Derecho en el vacío y la petrificación de los sistemas jurídicos convertidos en anaqueles de inertes dogmas y supraconceptos. La ciencia jurídica, y hablamos del método no del fin del Derecho, antes que con productos lógicos o de autor, se afana, opera y trabaja sobre categorías históricas, tópicas, pragmáticas y conflictuales (R. von Ihering). Cuando chocan las construcciones jurídicas con los hechos, siempre ceden las primeras. Carece de sentido, por contrariedad con el principio de realidad, la demanda de que sea la vida la que se ajuste a las teorías. En Derecho, como en Filosofía, Política, Ética y otras ciencias sociales, el idealismo es artífice de estéticas obras que tienen como destino la caída en desuso, pues están carentes de apoyo en lo real.

El bien jurídico tutelado en nuestro objeto de análisis es, estamos convencidos, la voluntad contractual presidida por el valor y el supraprincipio de la buena fe. Como afirma la jurisprudencia civil, «el exacto resultado de la interpretación contractual» no es «el establecimiento

de ninguna presunción», sino la averiguación de «cuál fue la voluntad contractual verdadera» [sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 25 de febrero de 2005 Fundamento Jurídico 4].

Esta investigación es, amén de necesaria, oportuna. Basta cotejar el tratamiento de la comunidad de bienes empresa en el Anteproyecto de ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, la que denomina «comunidad de empresa» (art. 213-35), y su silencio respecto al concepto legal de sociedad. El artífice de esta propuesta legislativa — como también hizo la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 — deja a los operadores jurídicos y económicos sumidos en la perplejidad. No solo por la redacción, donde no se aclara el alcance de la técnica de remisión normativa; sino por un contenido (la consecuencia jurídica) adherido a añejos prejuicios doctrinales sustentados en la simple reiteración. En especial, no se medita acerca de las consecuencias para, con datos del año 2017, las 115.377 comunidades de bienes empresa en activo, y el fenómeno (el supuesto de hecho) lleva años con un sostenido crecimiento.

Según la Exposición de motivos del Anteproyecto de ley de Código Mercantil — no así su articulado — el régimen adecuado para nuestras comunidades de bienes empresa son las normas de las sociedades mercantiles no inscritas (arts. 213-28 a 33 ACM) donde, a falta de una conversión voluntaria en una sociedad mercantil regular, el socio que requiera la inscripción tiene derecho a instar la disolución social. Todo un triunfo del formalismo jurídico. Cabalmente se está legislando, al menos como propuesta, de espaldas al método jurídico de un Derecho hecho para la vida (Menéndez, 1998: XI). Este criterio doctrinal convertido en propuesta legal desatiende, de un lado, a la realidad social y económica; y, desprotege y conculca, de otro, la libertad personal, así como el contenido esencial de los derechos fundamentales a la propiedad privada y a la libertad de empresa o, en otros términos, la libertad individual en el ámbito económico.

Córdoba, a 12 de mayo de 2018,
día de Santo Domingo de la Calzada.

Manuel PANIAGUA ZURERA
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad Loyola Andalucía

INTRODUCCIÓN

A inicios de la década de los cuarenta del pasado siglo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se hizo eco (en sentencia de 15 de octubre de 1940) de «la moderna orientación de la doctrina científica» que fijó las fronteras entre la cotitularidad por cuotas (en el caso enjuiciado, una comunidad de bienes empresa) y la sociedad, en la finalidad perseguida por las partes: «lucro común partible en la sociedad y mera conservación y aprovechamiento en la comunidad» (Considerando 5).

Resulta llamativo el contraste entre, de una parte, la doctrina jurisprudencial civil anterior y posterior a esta decisión judicial (*ad ex.*, SSTS de 28 de junio de 1906, 14 de febrero de 1930, 16 de diciembre de 1964, 27 de junio de 1996 o 19 de julio de 2013), que no juzga con disfavor a las cotitularidades por cuotas que desarrollan una actividad económica empresarial de producción o comercialización de bienes y servicios en y para el mercado: la cotitularidad por cuotas empresa *inter vivos* o *mortis causa*. Y, de otra, las numerosas resoluciones que siguen a la aludida STS de 15 de octubre de 1940 que, aunque continúan indagando en la intención real y manifestada de las partes, mantienen un criterio más restrictivo y pro societario con la aquiescencia de la doctrina iusprivatista. Incluso en unas pocas ocasiones el Tribunal presume, en *obiter dictum*, la finalidad lucrativa en todo ejercicio organizado de una actividad económica para el mercado [*v. gr.*, SSTS (Civil) de 16 de abril de 1942, 16 de marzo de 1961, 15 de diciembre de 1992 o 20 de mayo de 2001].

La misma Sala del Tribunal Supremo, en esta sentencia de 15 de octubre de 1940, nos advierte de las dificultades de separación institucional entre la cotitularidad por cuotas de bienes y derechos y la sociedad, «en nuestro Derecho positivo, y singularmente en su aplicación».

En la, también emblemática, sentencia de 24 de julio de 1993 reitera (de nuevo, en el supuesto de una comunidad de bienes empresa) esta admonición aduciendo que la cotitularidad por cuotas y el contrato de sociedad «son coincidentes en darse una situación de voluntad de unión» (Fundamento Jurídico 2).

Hoy está iniciado, lo que es sumamente relevante en términos normativos y conceptuales, el cambio de esta añeja orientación jurisprudencial acerca de la distinción de la cotitularidad por cuotas, incluida la comunidad de bienes empresa, y la sociedad. La realidad es que el Tribunal Supremo nunca ha trabajado, en esta difícil separación, de manera apriorística y abstracta sino en forma casuística. El problema subyacente a esta separación, así como los criterios interpretativos de la voluntad negocial, han sido fijados (*rectius*: redefinidos y reordenados) por la sentencia del Alto Tribunal (Civil) de 17 de julio de 2012 (Fundamento Jurídico 3).

Y, entre tanto, ¿qué ocurre en la doctrina científica? Nuestra doctrina iusprivatista, muy influenciada por los amplios debates acerca del lucro social entre los autores italianos, y por lo que se creyó (erróneamente) que era la doctrina pacífica en Francia, asume la inadecuación, incluso la ineptitud institucional, de la cotitularidad por cuotas como forma de empresa por su fin conservativo, ajeno y extraño al ejercicio lucrativo de una actividad económica empresarial. Aunque ha sido rectificado, la doctrina civil mayoritaria acogió, acriticamente, este criterio (doctrinal, que no legal) que hizo «extraordinaria fortuna» (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros). Por el contrario, y así continua, la doctrina mercantil más influyente en el sector legislativo del Derecho de sociedades expulsó a la cotitularidad por cuotas empresa, apelada con la añeja expresión judicial de «comunidad societaria», de nuestro sistema jurídico, para lo que invocó unas presupuestas «razones conceptuales» y de «política jurídica» (Girón Tena, Fernández de la Gándara, Ríos Sánchez o Garrote Fernández-Díez). Hasta el extremo de que se asevera, con reiteración, que la comunidad de bienes empresa «constituye un *monstruum* jurídico que hay que erradicar de nuestra praxis negocial» (Paz-Ares, 1991: 748; 1993: 1370 y 2006: 493) o, en idéntica línea conceptual, una «malformación jurídica» (De Eizaguirre, 2001: 102).

En este escenario jurisprudencial y doctrinal, de *lege data* el régimen jurídico de las agrupaciones voluntarias o negociales de personas para fines lícitos (por lo que ahora nos interesa: las asociaciones en sentido estricto, las sociedades y las cotitularidades por cuotas empresa), no resulta articulado razonablemente en nuestro sistema jurídico. La doctrina más innovadora (Girón Tena) se afana por sustituir, a través de la edificación de un concepto amplio de sociedad, los criterios de ordenación finalistas de estas agrupaciones: el ejercicio lucrativo de

una actividad económica empresarial frente a otros fines; por los elementos estructurales: la organización contractual-personalista frente a la corporativa de la agrupación voluntaria personal.

Pero la relación entre estos criterios de ordenación jurídica, primero, no es doctrinal sino legal; y, segundo, no es de exclusión sino de complementariedad y colaboración en la plenitud del ordenamiento. Esto es, la combinación de estos criterios es necesaria en la experiencia jurídica, y su modulación es asunto de cada sistema jurídico. Además, y no es menos grave, nuestra doctrina científica y, de su mano, la jurisprudencial se estaban quedando, como el ordenamiento italiano y su doctrina, por detrás de nuestra realidad jurídica o, en expresiones acuñadas por nuestra mejor doctrina iusprivatista, por detrás del «Derecho vivo» (Garrigues, 1933: 5) o de la «práctica jurídica» (De Castro, 1971: 5).

Las interacciones entre la *communio* y la *societas* necesitan ser replanteadas (Albaladejo, 1995). Es un hecho histórico, desde las fuentes romanas, la existencia de una relación de concurrencia institucional entre la cotitularidad por cuotas y el contrato y la organización social (*ad ex.*, la sociedad va acompañada de una situación de cotitularidad por cuotas entre los socios y partícipes). Allí donde se expande el concepto legal de sociedad (como ocurre *ope legis* en Francia, o es tradición jurídica en algunos sistemas germánicos, en concreto, Suiza y Alemania) se reduce la necesidad de la cotitularidad por cuotas empresa. Y, a la inversa, a un concepto doctrinal restringido de sociedad (como en Italia y España), le acompaña un incremento proporcional de la comunidad de bienes empresa y de su utilidad social y económica. Insistimos, las relaciones en los distintos ordenamientos jurídicos no son de contradicción, y menos de exclusión jurídica, sino de complementariedad.

Parafraseando a Girón Tena (1954: 249 y 1976: 174), podemos afirmar que la generalización del carácter estático de la cotitularidad por cuotas y del lucro restringido como elemento del contrato y la organización social, «manifiesta que se está poco dispuesto a aceptar que el legislador (y, por supuesto, la doctrina y la jurisprudencia, añadimos), en materia de conceptos, pueda equivocarse». El problema radica en la dificultad de discernir los errores propios porque, a continuación, asevera con reiteración: «cuando se habla de comunidad para la explotación de una industria mercantil se dice algo que, en realidad, tiene ciertamente un contenido contradictorio de alguna manera» (Girón Tena, 1963: 78 y 1976: 83).

A modo de barricadas jurídicas contra la cotitularidad por cuotas empresa —unido a la referida dialéctica estaticidad-conservación (comunidad) y dinamismo-explotación (sociedad)— se levantan dos líneas, no defensivas, sino directamente combativas con veladas, y abiertas,

alusiones al fraude de ley y la simulación contractual: la primera, la inseguridad jurídica que provoca la inaplicación de las normas imperativas de nuestro Derecho de sociedades mercantiles; y, la segunda, la inadmisión de las sociedades atípicas y la aplicación —en caso de ejercicio de una actividad económica mercantil— de las normas de la sociedad colectiva, singularmente, su régimen de representación y de responsabilidad *ad extra*. No obstante, con patente formalismo se aduce que sí es admisible la comunidad de bienes empresa *mortis causa* porque «este tema se trata en el Derecho alemán y la doctrina está conforme» (Girón Tena, 1963: 79 y 1976: 85), ya que prevalecen razones de Derecho sucesorio o matrimonial.

La cotitularidad por cuotas empresa, y empezamos por el segundo argumento que lo enreda con la atipicidad en Derecho de sociedades, no es un tipo social, sino una situación jurídico real organizada y ordenada por reglas legales (imperativas unas, y dispositivas las más) y convencionales. Una organización bifronte con relaciones, primero, de base o inicio jurídico real, entre los partícipes (los sujetos de esta relación jurídica compleja), y los bienes y derechos comunes, así como la titularidad individual sobre las cuotas abstractas indivisas (los objetos de los derechos subjetivos). A este sustrato constitutivo jurídico real —de origen tanto legal como convencional— la cotitularidad por cuotas empresa une, en forma necesaria como en toda comunidad de bienes o derechos, un conjunto de relaciones jurídico obligacionales (mas no societarias) de los comuneros entre sí y de los partícipes con terceros, por razón de la titularidad conjunta, de las titularidades individuales de las cuotas abstractas y, en la comunidad de bienes empresa, debido a la actividad económica empresarial de oferta y demanda de bienes y servicios al mercado. Se trata, como describía la doctrina clásica hace siglos, de una comunidad de bienes dinamizada.

No se puede extender, porque es un error de método jurídico, a la cotitularidad por cuotas empresa la doctrina de la atipicidad del sector legislativo societario. No obstante, así como existen diferencias entre la *communio* y la *societas*, en todos los sistemas jurídicos del *civil law* resultan evidentes las identidades de razón en determinadas reglas, por supuesto no en todas, previstas para la comunidad de bienes y para la disciplina de las sociedades capitalistas y personalistas (cfr., *ad ex.*, estos pares normativos, arts. 393, 398 y 1689 CC; arts. 394 y 1695.2.^a CC; arts. 395 y 1695.3.^a CC, y arts. 398 y 1695.4.^a CC). La proximidad normativa no es casual porque las dos instituciones tienen su origen en el *consortium* romano, y parte de sus reglas pasaron, a través del Derecho antiguo e intermedio, a las cotitularidades de derechos y a las sociedades personalistas en los sistemas jurídicos continentales o del *civil law*, latinos y germánicos. Díez-Picazo afirma que «en verdad la comunidad entraña una relación asociativa entre los comuneros»

(2008: 1021). Y, se ha concluido que la *societas* obligacional romana, que no existe frente a terceros, genera «un capital común del que eran copropietarios los socios por partes ideales» (Castán, 1933: 314).

La pretendida inseguridad de la cotitularidad por cuotas empresa, y contestamos al primer argumento, es menor que la presente en nuestro sistema jurídico para [i] las sociedades civiles o mercantiles internas (v. el controvertido art. 1669 párr. segundo CC sobre el que la jurisprudencia civil está volviendo, si no erramos, a una interpretación literal); para [ii] la doctrina jurisprudencial sobre la sociedad civil *irregular* que, de nuevo, hace entrar en juego el precepto anterior; y, para [iii] la sociedad mercantil devenida irregular (v. el art. 40 TRLSC, y la facultad legal atribuida a cualquier socio para promover, en su caso judicialmente, la disolución social).

Aparte de la expulsión y la erradicación del tráfico económico de la comunidad de bienes empresa, con la reducción *contra Constitutione* del pluralismo empresarial que conlleva, ¿qué utilidad y sentido tiene la heteroconversión de la comunidad empresa en estos deficientes y claudicantes productos societarios? Nos guste —como entendemos más atinado jurídicamente y eficiente económicamente— o no, pese a la existencia de una organización legal menos evolucionada para la comunidad por cuotas de derechos, muchas de las dudas normativas acerca de la cotitularidad por cuotas empresa se asemejan a las generadas por las reglas de las sociedades capitalistas y personalistas.

La doctrina de las *comunidades societarias* reconvierne (*rectius*: defiende vivamente la *heteroimposición* a la voluntad de las partes) las cotitularidades por cuotas empresa o negocio en esos *excepcionales* productos societarios. Ello, con atropello de la autonomía privada (arts. 10 CE y 1255 CC) y, no lo olvidemos, de los derechos fundamentales a la propiedad privada y a la libertad de empresa (arts. 33, 38 y 53.1 CE). Sin que frene esta imposición la propuesta, muy difundida en la doctrina mercantil, de la simple admisión interina o temporal de la comunidad de bienes empresa (De la Cámara, 1977: 247). En ambos escenarios resultan conculcadas la libertad individual y sus manifestaciones jurídico patrimoniales máximas, que son la propiedad privada y la libertad contractual soportes, junto a la confianza y la seguridad jurídica, de la libertad de empresa en nuestra economía social de mercado. El problema de las *comunidades societarias* no tiene una mera trascendencia iusprivatista, sino que se convierte en un contencioso constitucional porque el Legislador competente debe respetar el contenido esencial de los derechos constitucionales o fundamentales (art. 53.1 CE).

Las contradicciones lógicas y jurídicas se acrecientan cuando esta misma doctrina mercantil de las *comunidades societarias*, pretendida-

mente ortodoxa respecto a los confines de la cotitularidad por cuotas empresa (postergada al uso conservativo de riqueza), reivindica la propuesta (doctrinal, nunca legal ni jurisprudencial) de un concepto amplio de sociedad en nuestro sistema jurídico. Un concepto doctrinal, y normativo para algunos, dicho con todo respeto cuasi-matemático (origen negocial más fin común), a modo de mínimo común denominador para las agrupaciones negociales de personas con fines lícitos y comunes. Cuando el Derecho de asociaciones, el de sociedades y, en general, el privado patrimonial, no son unos productos lógicos o conceptuales sino culturales e históricos, y no permanecen inalterados en un mundo de ideas, sino en constante evolución al servicio de necesidades e intereses individuales, grupales y generales. Esta reconstrucción doctrinal del Derecho de sociedades y, por extensión, del espacio institucional de las asociaciones y de las cotitularidades por cuotas, pues sus ámbitos de aplicación son interdependientes, son objeto de un detenido análisis de *lege data*, así como de un amplio estudio doctrinal y jurisprudencial.

Por último, pues la claridad y la seguridad del sistema jurídico lo demandan, hemos de investigar la pretendida tradición doctrinal y jurisprudencial en favor de un exigente lucro social restringido, que demandaría estas condiciones: *[i]* que el beneficio o la ganancia sea experimentada por el patrimonio social; *[ii]* que el reparto a los socios tenga lugar en forma de incrementos patrimoniales positivos, y *[iii]* que la referida ganancia sea obtenida a costa de terceros. Deducir que estos requisitos están presentes en los arts. 1665 Código Civil y 116 Código de Comercio es ir demasiado lejos en la interpretación jurídica (art. 3.1 CC). Por otro lado, el acogimiento de esta tesis conlleva asumir, lo que debe ser meditado, una cascada de sinsentidos lógicos y jurídicos en el ordenamiento de las agrupaciones voluntarias de personas para fines comunes. Hace poco la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nos ha recordado que, como afirmó la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, el intérprete (en el caso, el juez) debe atender «solo a lo que de hecho ha dispuesto» el legislador o, más exactamente, «a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley según su sentido lógico, el gramatical, y el que se infiere de su conexión sistemática» (STS de 26 de febrero de 2018, FJ 6 sub 2).

CAPÍTULO PRIMERO

**LA IMPORTANCIA PRÁCTICA
DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS
EMPRESA, Y LAS DUDAS SOBRE
SU CALIFICACIÓN Y REGULACIÓN**

**I. LA EXTENSIÓN DEL FENÓMENO
DE LA COTITULARIDAD POR CUOTAS EMPRESA
Y SU RECONOCIMIENTO EN NUESTRO
SISTEMA JURÍDICO**

Desde hace mucho tiempo las comunidades (*rectius*: cotitularidades por cuotas) de bienes y derechos empresa o negocio, asimismo denominadas comunidades de bienes o C. B. empresa¹, tienen una relevante importancia en las estadísticas sobre las formas jurídicas de las empresas, normalmente pymes y microempresas. En la hipótesis de un negocio o empresa es más apropiado hablar de cotitularidad de bienes y derechos, en lugar de comunidad de bienes, pero la jurisprudencia continúa apegada a los términos del Código Civil.

Conforme a los datos del Directorio Central de Empresas (DIRCE), dependiente del Instituto Nacional de Estadística (INE)², en 2017 había

¹ «C. B.» es el acrónimo empleado en el tráfico económico y jurídico para designar, en general, a las cotitularidades por cuotas empresa. Por nuestra parte empleamos, además del término «C. B. empresa», las expresiones «cotitularidad por cuotas empresa» y «comunidad de bienes empresa».

² Remite también a estos datos, C. MUÑOZ DELGADO, «Comunidades que ejercen actividad empresarial», *Rev. Derecho UNED*, núm. 18, 2016, p. 598.

censados en activo un total de 1.747.159 empresarios individuales, 1.162.254 sociedades limitadas y 115.377 comunidades de bienes³. El crecimiento del fenómeno de las C. B. empresa en las tres últimas décadas ha sido exponencial. Si nos situamos en 1999 había censadas como empresas 71.809 comunidades de bienes. La serie histórica dibuja un ascenso sostenido, acelerado y poco dependiente del ciclo económico o, digamos, con un efecto económico anticíclico. Con estos datos: 73.511 cotitularidades por cuotas empresa (2000), 75.503 (2001), 76.631 (2002), 79.248 (2003), 88.737 (2004), 94.898 (2005), 102.592 (2006), 107.591 (2007), 113.378 (2008), 114.831 (2009), 114.186 (2010), 114.064 (2011), 113.823 (2012), 109.117 (2013), 111.771 (2014), 116.045 (2015) y 115.823 (2016)⁴. La evolución no resulta desdeñable en términos sociales y económicos antes, durante y después de la *gran recesión* de finales de 2007.

A comienzos de los noventa del pasado siglo la doctrina científica y las profesiones jurídicas, en especial la notarial ante la normal ausencia de documentación pública⁵, habían detectado, cierto es que con distintas actitudes, un llamativo incremento o *boom* en la constitución de comunidades de bienes empresa, apeladas como C. B. con finalidad lucrativa, C. B. empresariales o *comunidades societarias*. Esta última es una añeja denominación que no es simplemente descriptiva sino que propone o prejuzga la calificación jurídica: la existencia de una *rudimentaria* sociedad.

La recepción doctrinal ha basculado desde las severas críticas dogmáticas y normativas hacia la C. B. empresa⁶, hasta la admisión de

³ Las sociedades anónimas en activo alcanzan las 81.954, y muy a la zaga quedan las colectivas y las comanditarias simples con 166 y 83 sociedades censadas respectivamente.

⁴ Vid. *www.ine.es*. Los datos corresponden al 1 de enero de cada año.

⁵ A. SAENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «C. B.: Una nueva sigla en el tráfico jurídico», *RDM*, núms. 196-197, 1990, pp. 425-436, en términos muy críticos por «su radical inadecuación» para el ejercicio lucrativo de una actividad económica empresarial, normalmente, de carácter mercantil (*op. cit.*, pp. 435-436). Aunque reconoce que no «puede rechazarse tajante y dogmáticamente la posibilidad de que, en algunas ocasiones, la forma de comunidad de bienes resulte jurídicamente adecuada» (p. ej., en las comunidades de construcción o las *mortis causa* entre los herederos del empresario individual fallecido) (*op. cit.*, p. 429).

⁶ J. C. PAZ-ARES, «De la sociedad (arts. 1665 a 1708)», en *Comentarios al Código Civil*, t. II, 2.ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993 pp. 1299 y ss., en especial, pp. 1366-1376; al que siguen, entre otros, los notarios J. M.ª SEGURA ZURBANO, «La comunidad de bienes», en *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, t. I, Madrid, Consejo General del Notariado, 1996, pp. 15-52; reproducido por F. LÓPEZ COLMENAREJO, «Comunidad de bienes», en *Instituciones de Derecho Privado*, t. II, vol. 1.º, Madrid, Civitas, 2002, pp. 547 y ss., y A. SERRANO DE NICOLÁS, «Contratos sobre comunidades convencionales», en M.ª J. REYES (coord.), *Comunidad de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 993-1022 (disponible en *www.tirantonline*). En la misma línea, J. M.ª DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 101-105; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *Contratos sobre la comunidad de bienes y figuras afines. Doctrina y jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 2006 pp. 153-187; F. RODRÍGUEZ PRIETO, «Comunidades empresariales e instrumentales», *AAMN*, t. 49, 2009, pp. 191-229,

la cotitularidad por cuotas que voluntariamente agrupa la titularidad común de bienes y derechos para el desarrollo de una actividad económica empresarial rentable o con finalidad lucrativa⁷. Junto a actitudes intermedias que, no obstante negar la comunidad de bienes empresa, reconocen la realidad y los problemas de la cotitularidad por cuotas como forma de empresa⁸.

Cabe plantear qué sucede en la experiencia jurídica⁹, incluida la notarial. La respuesta es que en el ejercicio de su libertad de empresa los operadores económicos ejercen su actividad empresarial empleando las formas jurídicas lícitas que valoran más adecuadas. Entre las que se incluyen, pese a las aludidas críticas notariales, las cotitularidades por cuotas empresas tanto de medios o de intermediación en servicios profesionales, como profesionales *sensu stricto*¹⁰.

Precisamente, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Social) de 9 de diciembre de 2009 (AS 2010/197) el único empresario empleador es una comunidad de bienes empresa constituida por tres notarios que contribuyen «con la productividad del cargo público del que eran titular, poniendo en común los ingresos y gastos de cada una de ellas, formando una caja única, que constituía un patrimonio conjunto, con el que realizaban la actividad empresarial». Esta comunidad de servicios profesionales notariales es la empleadora. La empresa común con forma de comunidad asume los ingresos y, deducidos los gastos, «generaba los beneficios que se repartían entre los comuneros-notarios» (FJ 3). Más allá de «formalismos y apariencias jurídicas» hemos de concluir que «la unión de despachos profesionales, en el concreto caso que se examina, consti-

y A. LECIÑENA IBARRA, «Diferencias entre sociedad y comunidad, en M.^a J. REYES (coord.), *Comunidad de bienes*, op. cit., pp. 59-84.

⁷ J. GARRIGUES, «Teoría general de las sociedades mercantiles» (continuación), *RDM*, núm. 142, 1976, pp. 529-533; L. Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1981, pp. 291-292; M. ALBALADEJO, «La distinción entre comunidad y sociedad», *Actualidad Civil*, núm. 33, 1995, marginales 669-682; F. REDONDO TRIGO, «Condominio *versus* sociedad. El ánimo de lucro en las comunidades de bienes», *RCDI*, núm. 731, 2012, pp. 1739-1764, y M.^a I. GRIMALDOS GARCÍA, «¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: de los criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS de 17 de julio de 2012», *Rev. La Ley*, núm. 8056, de 5 de abril de 2013, 2013 pp. 1-14.

⁸ F. SÁNCHEZ CALERO y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 37.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 344-346.

⁹ A. E. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, 3.^a ed., Sevilla, Mergablum, 2002, y A. E. PÉREZ LUÑO et al., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 10.^a ed., Madrid, Tecnos, 2011.

¹⁰ Después de la promulgación de la LSP de 2007 la jurisprudencia civil y la doctrina administrativa concluyen que si la sociedad constituida no indica con claridad que es una sociedad de medios, de intermediación en servicios profesionales o de comunicación en las ganancias, se entiende que es una sociedad profesional sujeta a la LSP (STS de 18 de julio de 2012 FJ 8 y RDGRN de 9 de octubre de 2013 FJ 3). Esta doctrina es aplicable, *mutatis mutandis*, a la cotitularidad por cuotas para estas actividades económicas.

tuye una auténtica y única empresa, y sus integrantes actuales han de asumir solidariamente las responsabilidades, en este caso laborales, que de ello se deriven» (FJ 4).

La doctrina más reacia, cuando no abiertamente contraria, a la cotitularidad por cuotas empresa enfatiza que la razón de esta proliferación radica en un simple argumento tributario: la persecución de un menor gravamen que el representado por la sujeción al Impuesto sobre sociedades¹¹. A este impuesto estuvieron sujetas las cotitularidades por cuotas empresa hasta la reforma tributaria de 1978 la, denominada, «reforma de la democracia», como recuerda en términos didácticos (respecto a «una comunidad de bienes dedicada a la actividad de explotación hotelera») la emblemática sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso) de 28 de enero de 2004 (RJ 2005/3145) FJ 5¹². La modificación legal en la fiscalidad de la comunidad de bienes empresa, con el paso de la tributación en el Impuesto sobre sociedades por los rendimientos de actividades económicas pese a la falta de personalidad jurídica, a la sujeción de estas rentas en la imposición directa de los partícipes, resulta avalada por varios y profundos estudios que cristalizaron en los informes sobre la reforma del sistema tributario redactados entre 1973 y 1977 (SSTS de 28 de enero de 2004 y 6 de febrero de 2004 FFJJ 5).

Cuando las cotitularidades por cuotas empresa quedaron sujetas al antecedente del actual Impuesto sobre sociedades (la Tarifa III de la Contribución sobre utilidades de la riqueza mobiliaria, que data de 1890, que gravó los rendimientos netos de explotaciones económicas y exigía la llevanza de contabilidad), no existe un impuesto directo equivalente al Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF,

¹¹ G. A. BOTANA GARCÍA, «¿Hacia un nuevo enfoque jurídico de la comunidad de bienes?», *DN*, núm. 96, 1998, pp. 9 y 17-19, y M.^a LALAGUNA HOLZWARH, *La comunidad societaria en el Derecho tributario*, Valencia, 2015 (tesis doctoral, disponible en roderic.uv.es), entre otras, pp. 11, 16 y 36; e *Id.*, «Régimen tributario de la comunidad societaria en el ámbito de la imposición sobre la renta a partir del 1 de enero de 2016», *Carta Tributaria*, núm. 15, 2016, pp. 50-51 y 62-63. No obstante, cuando comenta la STS (Civil) de 17 de julio de 2012, la última autora afirma que en Derecho privado «es la voluntad real de las partes el primer criterio al que el intérprete debe acudir para diferenciar» la comunidad de la sociedad [«La comunidad societaria...», *op. cit.*, p. 74]. A su juicio, la comunidad de bienes empresa «estaría más próxima a un fenómeno de naturaleza societaria» (*ibid.*, p. 92) o «nos encontramos en realidad ante una sociedad» (*ibid.*, p. 93). Por el contrario, la misma autora admitió la comunidad societaria, y planteó las dudas doctrinales existentes, en M.^a LALAGUNA HOLZWARH, «La comunidad societaria. Tratamiento fiscal de las operaciones de constitución y disolución», en J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. M.^a MOLINER NAVARRO (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. 2, Universidad de Valencia, 2008 pp. 1503-1515.

¹² Ponente D. Alfonso Gota Losada. Dada la similitud de los hechos, los fundamentos jurídicos de la STS de 28 de enero de 2004 son reproducidos, en este caso respecto a una comunidad de propietarios que ejerce las actividades de hostelería, restaurante, bar, bingo y espectáculos, por la STS (Contencioso) de 6 de febrero de 2004 (RJ 2004/3389), con el mismo ponente. En consecuencia, estamos ante doctrina jurisprudencial.

en adelante), por lo que la tributación de sus rentas por actividades económicas era única «y razonable». Esta sujeción tuvo lugar por la Ley de reforma tributaria de 26 de junio de 1922 en estos términos: «Comunidades de bienes que exploten algún negocio gravado por la Contribución Industrial y de Comercio», esto es, cuando existiese una empresa, sin importar el tipo de cotitularidad por cuotas (*v. gr.*, ordinaria, propiedad horizontal o empresa); y, siempre que existiese un soporte contable (STS de 28 de enero de 2004 FFJJ 3 y 5).

Pero, en 1978 «el régimen tributario era desmesurado»: las C. B. empresa tributaban por el Impuesto sobre sociedades, por el Impuesto (a cuenta) sobre las rentas de capital, y por el IRPF (STS de 28 de enero de 2004 FJ 5). De ahí el consenso en excluir a las comunidades de bienes del Impuesto sobre sociedades en todo el *soft law* anterior a la reforma tributaria¹³.

Después de la Constitución la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, *del Impuesto sobre Sociedades* (derogada) sujetó a este impuesto directo a todos «los sujetos de derechos y obligaciones, con personalidad jurídica, que no estén sometidos al» IRPF (art. 4.1 párr. primero). Por su parte, la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (derogada), admitió que todas (y subrayamos el alcance general del mandato) las sociedades con menor entidad económica pudieran optar por el inicial régimen de atribución de rentas (art. 12). El resultado final fue que el Impuesto sobre sociedades «a cargo de las Comunidades de Bienes quedó al fin eliminado y arrumbado, como algo superado» (STS de 28 de enero de 2004 FJ 5).

Cuestión distinta, que no afecta a la corrección de la tributación de la C. B. empresa mediante la atribución de las rentas a sus partícipes, es que el legislador tributario haya extendido el ámbito subjetivo del Impuesto sobre sociedades a todas las sociedades (personificadas) mercantiles, incluidas las personalistas. En efecto, la Ley 18/1991, de 6 de junio, *del IRPF* (derogada), seguida por la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, *del Impuesto sobre sociedades* (derogada), limitaron el régimen de atribución de rentas, por lo que nos interesa, a «las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, herencias yacentes (y) comunidades de bienes» (arts. 10 LIRPF y 6 LIS).

Con estos antecedentes tributarios de *lege data* la constitución y el funcionamiento de las cotitularidades por cuotas empresa, a diferencia por ejemplo de las sociedades internas o las mercantiles irregulares, no han planteado excesivos problemas, ni una litigiosidad abundante,

¹³ Acogiendo esta crítica del sistema tributario vigente en 1978 y la actuación de los recurrentes en términos similares a los auspiciados por el régimen de atribución de rentas a los partícipes, el Tribunal califica los hechos como no constitutivos de «infracción tributaria por omisión».