

2. MERCANTIL

TRANSMISIÓN DE CUOTAS SOCIALES EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2007

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*«Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur»
(Digesto 17,2,64).*

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO Y EL FALLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9046) resuelve un recurso de casación sobre la plena eficacia de la transmisión de unas cuotas de socios de una sociedad civil, calificada como sociedad mercantil irregular, reconociendo, pues, el derecho de propiedad sobre dichas cuotas por el adquirente de las mismas, sin necesidad de que dicha adquisición llevara implícita la obligación del comprador de realizar una puesta a disposición de vehículos y tarjetas de transporte que, según la recurrente, debían acompañar a los títulos.

El presente recurso trae causa de la demanda interpuesta en su día por el adquirente de las citadas cuotas de socio en cuyo suplico solicitaba lo siguiente: 1.º *Que Bruno es legítimo titular de las participaciones sociales que le fueron transmitidas y que se relacionan en el hecho cuarto de la demanda, con todos los derechos inherentes a las mismas desde las correspondientes fechas de adquisición.* 2.º *Que TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, debe estar y pasar por tal declaración, debiendo reconocer la titularidad de don Bruno sobre dichas participaciones, reponiéndole en tal condición desde las respectivas fechas de transmisión a todos los efectos y reconociendo todos sus derechos inherentes, incluido el de permuta por acciones de TRANSBIDASOA, S. A.* 3.º *Que TRANSBIDASOA, S. A. debe estar y pasar igualmente por tal declaración, adoptando las cautelas pertinentes y reservando las acciones correspondientes a estas participaciones sociales a don Bruno, para el momento en que sean entregadas sus acciones a los socios de TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL.* 4.º *Se condene a TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, al pago a don Bruno de la cantidad de UN MILLÓN TRESCIENTAS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTAS SESENTA PESETAS (1.387.960 PESETAS) en concepto de indemnización por paralización del vehículo, más DOSCIENTAS MIL PESETAS por cada mes que lo mantengan en ruta diferente a la de Levante.* 5.º *Se declare que don Bruno no ha incurrido en falta alguna de las previstas en los Estatutos de TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, y en consecuencia, libre de cualquier sanción estatutaria.* 6.º *Se declare la nulidad de los artículos 22.º y 23.º de los Estatutos Sociales de TRANSPORTES DEL BIDASOA, S. C., con todas las consecuencias legales dimanantes de tal declaración.* 7.º *Se condene a*

TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, a entregar al actor copia del acta de las Asambleas General Ordinaria y Extraordinaria celebradas el día 27 de junio de 1998, así como a facilitarle toda la información que pueda solicitar al amparo del artículo 14 de los Estatutos Sociales. 8.º Se condene a TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, a reponer al vehículo que explota esta Sociedad a don Bruno, al amparo de su primera participación social, en su ruta histórica de Valencia-Levante, y que cese el hostigamiento y discriminación general del mismo y en particular de atribución de rutas que no le corresponden. 9.º Se condene a las demandadas al pago de los intereses legales de cuantas cantidades, a cuyo pago resulten condenadas las demandadas, o se deriven de las condenas establecidas en el fallo de la sentencia y se determinen en ejecución de la misma, y todo ello desde la interposición de la presente demanda. 10.º O de forma alternativa a los puntos 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º precedentes, declare el derecho de separación voluntaria de don Bruno de Transportes del Bidasoa, S. C. o de Transbidasoa, S. A., si en el transcurso del pleito fueran permutadas las participaciones por las acciones de ésta, condenando, en su caso, a la Sociedad en la que se detente la condición de socio, al pago de la totalidad de las quince participaciones sociales de que es titular o de las acciones a permutar, en su caso, por su valor económico real y actual».

Tras este prolijo suplico, vamos a referirnos única y exclusivamente a cómo se resolvió el mismo en primera instancia, apelación y casación, en relación con los temas que van a abordarse en el presente trabajo, esto es: (i) la naturaleza jurídica de la sociedad cuyas cuotas de socios fueron transmitidas, esto es, sociedad civil *versus* sociedad mercantil irregular, por si la misma pudiera ser influyente en los demás aspectos que serán objeto de análisis; (ii) el reconocimiento del derecho de propiedad por el adquirente de las cuotas de socio objeto de transmisión ante la existencia de una cláusula de libre transmisibilidad de las mismas en los estatutos sociales; (iii) la repercusión sobre dicha transmisión de un posible supuesto de exclusión de los vendedores de dichas cuotas previo a la enajenación, por infracción de una prohibición de competencia, cuestión que no fue objeto de debate, y a que nuestro juicio hubiera tenido especial relevancia en la resolución de la presente controversia.

En el ámbito antes expuesto, y continuando con la respuesta en la instancia, el Juzgado de 1.ª instancia, número uno de Pamplona, dictó sentencia el 21 de febrero, estimando que el demandante era legítimo titular de las participaciones sociales objeto de transmisión con todos los derechos inherentes a las mismas desde las correspondientes fechas de adquisición, condenando a la sociedad civil Transportes Bidasoa a estar y pasar por la presente declaración, debiendo reconocerle al demandante tal titularidad sobre tales participaciones y los derechos inherentes a las mismas desde las correspondientes fechas de transmisión incluido el de la permuta por acciones de Transbidasoa, S. A., rechazándose la petición sexta del suplico, relativa a la declaración de nulidad de los artículos 22 y 23 de los Estatutos Sociales de Transportes del Bidasoa, sociedad civil, con las consecuencias legales dimanantes de tal declaración, siendo referentes los preceptos estatutarios en cuestión, a la «exclusión de socios» y «a los efectos de la pérdida de condición de socio».

En el recurso de apelación interpuesto por las sociedades civil y anónima, se impugna la transmisión de participaciones en cuestión, puesto que constituye un «fraude para la sociedad civil», pues quienes las transmitieron al comprador y este mismo, eran todos ellos conscientes de que las participaciones en cuestión, iban a ser «excluidas», de la sociedad civil, por haber incu-

rrido sus titulares en falta muy grave generadora de la expulsión, concretamente, la verificación de «competencia desleal», constituyendo una «empresa» competitiva de Transportes Bidasoa sociedad civil. Pese al acierto, al menos inicial, del planteamiento del problema, las alegaciones de las apelantes derivan hacia sí la adquisición de las cuotas de socios debían llevar aparejadas o no la obligación por el adquirente de aportar el camión y la correspondiente tarjeta de transporte, lo cual, sin duda, supuso una desviación de lo que debería haber sido el principal objeto de debate, a saber, la validez intrínseca de la transmisión de los derechos de socios de la sociedad civil.

En la propia sentencia de apelación (sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 3 de octubre de 2000) (*JUR/2001/20353*) se describe con acierto el verdadero objeto del proceso, al afirmarse en su Fundamento Tercero lo siguiente: «*Pasamos seguidamente a analizar lo que, sin duda, constituye el eje del debate en las presentes actuaciones, cual es el relativo a la transmisibilidad de las participaciones sociales en la sociedad civil, o más correctamente, como se denominan en los Estatutos Sociales “derechos de socio”. Constituye necesario punto de partida a estos efectos, porque son no sólo la norma constitutiva, sino la propiamente constitucional de la sociedad civil, el análisis de la regulación de los Estatutos Sociales y así, se mire por donde se mire, el artículo 24, dedicado a regular la transmisión por actos inter vivos, establece con absoluta claridad que “será libre la transmisión por actos inter vivos que por cualquier título otorgue uno de los socios a favor de otro socio, o a favor de su propio cónyuge o descendientes legítimos”*», pronunciándose, a continuación, en relación con la que parece ser alegada causa de exclusión del siguiente modo: «*...Porque si bien pudiera ser cierto que las participaciones adquiridas no estaban amparadas en el binomio “participación/camión-tarjeta”, ya referido, es absolutamente evidente, que el señor B. sí que realizaba, en su calidad de socio, titular de una participación, como hemos dicho ya desde el año 1985, ese “binomio”. Por ello, la exclusión no se podía fundar en el hecho de que se dieran los “supuestos legalmente establecidos sobre pérdida de las condiciones para el ejercicio profesional del transporte”, hipótesis en la que se vincula la legitimidad estatutaria de la decisión de la Junta, de exclusión de socio, en el citado párrafo c del artículo 22 de los Estatutos Sociales*».

Previamente, y en relación con la naturaleza jurídica de la sociedad, la sentencia de apelación discrepa sobre la calificación de sociedad civil realizada por las demandantes para «*...concluirse que la “sociedad Transportes del Bidasoa” es verdaderamente, a pesar de su autodeterminación como sociedad civil, una “sociedad mercantil irregular”. Concretamente, por Transportes del Bidasoa, se insiste, en que lo que es más propio de la naturaleza de su objeto social, lo constituyen las actividades contempladas con detalle y minuciosidad ciertamente, en los epígrafes “b) a f)” del artículo 4 de los Estatutos Sociales, hasta el punto de mantenerse, que el “objeto societario”, definido en el epígrafe a) “la prestación a terceros de servicios de transporte de mercancías con medios propios o ajenos”, es verdaderamente accesoria o colateral en la actividad societaria de Transportes del Bidasoa. Manteniendo la parte recurrente que la sociedad civil ha realizado en el devenir histórico de su existencia, una a modo de actividad cooperativizada, en beneficio de los transportistas, titulares de camiones y de sus respectivas tarjetas de transporte, asociados, en la sociedad civil*».

Finalmente, la sentencia de apelación confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a la validez de la transmisión de las cuotas de socio de la sociedad civil en cuestión.

De las anteriores consideraciones y por el momento, sorprende al menos que la sociedad civil no hubiera fijado el debate, primero en su escrito rector de demanda y luego en su recurso de apelación, sobre la incidencia de la causa de exclusión por infracción del deber de competencia en que al parecer habían incurrido los socios transmitentes, adivinándose tan sólo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra un alegato en cuanto a la existencia de un fraude de ley en la transmisión, sin analizar las consecuencias societarias que la propia interdicción de competencia pudiera haber producido en la validez de la transmisión de los derechos de socio; así como que la sentencia de apelación no se haya planteado siquiera la debatida cuestión sobre la cláusula de libre transmisibilidad de las cuotas sociales en una sociedad civil o en una sociedad mercantil personalista (por alusión, a la inicialmente incomprendida calificación del ente social como sociedad mercantil irregular), así como que haga suya, sin mayor análisis, la interpretación del contrato social por parte del juzgador de instancia, calificando el mismo como una sociedad mercantil irregular, con las consecuencias que de dicha distinción pudieran haber surgido, seguramente sobre la base procesalista de que es el juzgador de instancia quien tiene la facultad de interpretar el contrato, aunque no es menos cierto que dicha interpretación sólo debe ser mantenida sino es irracional o ilógica.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007, delimita el objeto del proceso de forma correcta del siguiente modo: *«La cuestión litigiosa sobre la que versa el presente recurso de casación, tal y como quedó delimitada tras las sucesivas instancias, se contrae al reconocimiento de la legítima titularidad del actor sobre catorce participaciones de la entidad demandada, “Transportes Bidasoa, Sociedad Civil”, con los correspondientes derechos incorporados a las mismas, incluido el de permuta de los títulos por acciones de la mercantil codemandada “Transbidasoa, S. A.”»*.

Sin embargo, al calificar la relación societaria lo hace de manera confusa, pese a admitir que dicha calificación *«...resulta trascendente de cara a reconocer la eficacia de la adquisición de las participaciones discutidas, con la subsiguiente titularidad del actor sobre las mismas»*.

En este orden de cosas, la sentencia de casación comienza calificando el contrato social como de sociedad civil, manifestando al respecto lo siguiente:

«A) La propia denominación y el régimen legal al que se somete estatutariamente la sociedad, de cuyas participaciones se trata, indica claramente que nos hallamos ante una sociedad civil regulada por lo dispuesto en los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil. Es consustancial a éstas, según reiterada jurisprudencia, la formación de un patrimonio común que se presenta dinámico, al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales, a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios, que también asumen de este modo sus pérdidas. Sentencias de 6 de marzo (RJ 1992/2398) y 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10406), 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479) y 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8122), entre otras. La misma doctrina jurisprudencial se ha encargado de establecer las notas que permiten diferenciar, en base al artículo 116 del Código de Comercio (LEG 1885,21), y los artículos 1.665 y 1.670 del Código Civil (LEG 1889,27), estableciendo el rasgo de la mercantilidad en razón del objeto social y su finalidad, y en el desarrollo de una actividad externa con ánimo de lucro, lo que supone la integración en una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social. Sentencia de 21 de junio de 1998 (RJ 1998/4906), y las que en ella se citan».

No obstante lo anterior, la propia sentencia de casación abandona su posición hermenéutica anterior para decir que: «...la caracterización de la entidad codemandada como una sociedad mercantil irregular, en el sentido de que actúa en el tráfico como tal sociedad mercantil irregular, no está falta de justificación lógica», especificando posteriormente el objeto social de la siguiente forma: «...el objeto de la sociedad consiste, entre otras actividades, y como más relevante, en la prestación a terceros de servicios de transporte de mercancías con medios propios o ajenos, diferenciando esta específica actividad de otras instrumentales del interés particular de sus socios, y disponiendo, finalmente, que las actividades integrantes del objeto social pueden ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto o idéntico o análogo».

Por otro lado y en relación con la cuestión propia a la libre transmisibilidad de los derechos de socio, la sentencia de casación igualmente coincide con la de apelación al exponer que: «...también ha de considerarse razonable y lógica la interpretación que la Sala de instancia hace de los preceptos relativos a la transmisión entre los socios de las participaciones y a las causas de exclusión de la condición de socio, pues esa caracterización de la sociedad, conforme a su objeto actual, alejado de concepciones próximas al cooperativismo, permite fácilmente atenerse al sentido literal del artículo 24.a) 1) de los estatutos de la sociedad, que consagra la libertad de transmisión entre los partícipes, sin más condiciones que las relativas al procedimiento, y considerar posible la titularidad de participaciones sociales adquiridas derivativamente por un solo socio sin necesidad de que se encuentren acompañadas de la puesta a disposición de los vehículos y tarjetas de transporte que originariamente acompañaron los títulos, admitiendo asimismo la posibilidad de la realización del objeto social, en los términos considerados».

Por último, la sentencia de casación rechaza la alegación de ejercicio abusivo y de ejercicio antisocial del derecho, la conducta consistente en la transmisión de derechos de socios por aquellos que habían infringido su prohibición de competencia con la sociedad. De esta forma y con el alcance de mantener en su adquisición al comprador, se pronuncia el Tribunal Supremo: «Y es que el rechazo del alegato resulta ineludible desde el momento en que sólo cabe reconocerle virtualidad a partir del éxito de los anteriores motivos del recurso, y desde la concepción cooperativista de la actividad de la sociedad que propugna la parte recurrente, así como del hecho afirmado, pero que es ajeno a este proceso, de la concurrencia de una causa de sanción disciplinaria que afectaba a los transmitentes que sirve para fundamentar el argumento casacional, sin que, por otra parte, el tribunal de instancia haya apreciado circunstancia alguna que permita aceptar la presencia del ejercicio malicioso y antisocial del derecho que asimismo sostiene, siendo así que la apreciación de tales rasgos, que determinan la prohibición legal, corresponde a los órganos de instancia, en tanto que presentan una base fáctica, cuyo resultado deber ser mantenido en esta sede, de no haber sido desvirtuado oportuna y adecuadamente —y aquí no lo ha sido— a través del estrecho cauce que abre el error de derecho en la valoración de la prueba».

He aquí una de las claves del fallo de la sentencia de casación, y que, a nuestro juicio, debería haber sido convenientemente introducido por la sociedad civil y por la sociedad anónima como objeto del proceso en el escrito rector de demanda (debido a la prohibición de la *mutatio libelis* y a la de alegar cuestiones nuevas en casación, que hubieran supuesto una causa de inadmisión del recurso de casación) para alcanzar la pretendida invalidez

de la transmisión de los derechos de socio, esto es, la cuestión relativa a la infracción del deber de competencia por los socios y a la causa de exclusión de los mismos como sanción de dicho deber.

Pasamos, a continuación, a analizar los cometidos del presente trabajo y que antes hemos apuntado: la calificación de la sociedad, la cláusula de libre transmisibilidad de los derechos de socios y la infracción del deber de no competencia por los socios transmitentes.

II. LA CALIFICACIÓN DE LA SOCIEDAD

Tradicionalmente el criterio de distinción entre la sociedad civil y la sociedad mercantil se basó en la conocida doctrina de la mercantilidad objetiva o criterio de las formalidades, girando sus planteamientos en torno al artículo 116 del Código de Comercio, conforme al cual el contrato de compañía será mercantil, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código, entendiéndose por tales disposiciones la constitución en escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, según dispone el artículo 119 del Código de Comercio. De esta forma, abundante Jurisprudencia consideraba civiles a las mercantiles con ausencia de forma pública (vid. sentencias del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1912; 21 de mayo de 1917, 5 de julio de 1940, 16 de abril de 1942 y 14 de febrero de 1945).

Sin embargo, la doctrina mercantilista —sobre todo tras el análisis del art. 1.670 del Código Civil— afirmó ya desde hace tiempo que el criterio de la forma había de ser utilizado conjuntamente con el criterio subjetivo, o lo que es lo mismo, el relativo a la dedicación al comercio o tráfico mercantil.

De esta forma, PAZ-ARES (1) resume dicha doctrina al afirmar que: «...cc) *El criterio de la forma ha de completarse, por ello, con el criterio de la materia mercantil, que conduce a afirmar la mercantilidad de las sociedades que tengan por objeto una actividad comercial o industrial* (cfr. GIRÓN, *Estudios*, pág. 96; CÁMARA, *Estudios*, I, pág. 233; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Atipicidad*, págs. 24 y 25, n. 40); *ésta es, asimismo, la línea por la que, finalmente, ha encauzado la jurisprudencia, aunque, a decir verdad, la conclusión alcanzada no se obtiene tanto del sistema del Código de Comercio, que es el que ahora estamos considerando, cuanto del artículo 1.670 del Código Civil; vid. STS de 23-III-54; 29-XI-58, 26-VII-59, 3-III-60, 22-III-62, 7-II-64, 21-VI-83, 1-X-86, 20-II-88, 26-II-90, 6-X-90...*».

En suma, puede concluirse, en nuestra opinión que, en definitiva, el criterio básico de distinción entre la sociedad civil y la sociedad mercantil es la realización de actos de comercio.

De esta forma y con el ánimo de dilucidar la mercantilidad o no de la misma, hemos de recordar que el objeto de la sociedad analizado en el presente caso era primordialmente la prestación a terceros de servicios de transporte terrestre de mercancías con medios propios o ajenos, por lo que en sede de lo anterior, ha de centrarse el referido criterio de distinción en la consideración de la actividad de transporte como mercantil o no.

En este sentido, el artículo 349 del Código de Comercio establece que: «*El contrato de transporte por vías terrestres o fluviales de todo género, se reputará mercantil:*

(1) Cándido PAZ ARES, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1378.

- 1.º Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos del comercio.
- 2.º Cuando, siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador, o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público».

La interpretación auténtica ofrecida por la Exposición de Motivos del Código de Comercio nos ofrece al respecto lo siguiente: «...importa determinar cuándo adquiere el carácter de mercantil, pues sólo a beneficio de esta distinción tendrán los Tribunales un criterio fijo para aplicar, según corresponda, las prescripciones del Derecho Común o las del Código de Comercio.

En el vigente no se encuentra formulado con bastante claridad y fijeza este criterio. Sólo se declara quiénes se comprenden bajo el nombre de porteadores. Pero también ofrece dudas al resolver, con arreglo a esta misma declaración, si merecen aquella calificación y, por consiguiente, si ejecutan actos mercantiles los que se dedican al transporte de viajeros, industria que tan gran incremento ha tomado en los tiempos modernos. El Proyecto suple estos vacíos y resuelve cuantas dudas pueden surgir acerca de la naturaleza mercantil del contrato de transporte, sentando dos reglas generales para determinar los casos en que se reputará mercantil el transporte verificado por vías terrestres o fluviales de todo género. Según la primera, se atiende a la naturaleza de los objetos transportados, cualquiera que sea la calidad del porteador y cargador; por la segunda, se toma en cuenta exclusivamente la condición del porteador, prescindiendo del objeto del contrato.

Con sujeción a dichas reglas, el transporte de mercancías y demás efectos de comercio se reputa siempre mercantil, atribuyéndose idéntico carácter a los transportes verificados por un comerciante o por otra persona dedicada habitualmente a verificar transportes para el público, aunque no consistan en efectos de comercio.

Atendidos los términos generales con que se define la naturaleza de este contrato, es evidente que quedan comprendidos en el mismo todos los transportes que verifiquen los comerciantes matriculados o las personas que ejercen habitualmente este tráfico, utilizando sus medios de transporte personas diferentes, cualesquiera que sea el número y la importancia de los géneros transportados, la duración del viaje y la forma de efectuarlo, sin perjuicio de las modificaciones que establecen las leyes y reglamentos por que se rigen ciertos medios de locomoción terrestre o fluvial, como los ferrocarriles, tranvías y vapores, las cuales deberán observarse, en cuanto no se opongan a las disposiciones del Proyecto por los que necesitan valerse de ellos para el transporte de mercancías y personas».

En nuestra opinión, en la doctrina mercantilista, GARRIGUES (2) fue quien abordó con gran acierto el tema de la mercantilidad o no del contrato de transporte, exponiendo al efecto lo siguiente:

«Dando por supuesto el concepto civil del contrato de transporte, el Código de Comercio determina solamente cuándo este contrato es un contrato mercantil. Y de los varios elementos que entran en juego para la calificación de los actos mercantiles (...) el artículo 349 se contenta con la presencia, conjunta o alternativa, del elemento real (naturaleza del objeto del transporte, núm. 1.º, art. 349) y el elemento subjetivo (carácter de la persona que realiza el transporte, núm. 2.º, art. cit.).

(2) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, págs. 202 y 203, Madrid, 1968.

Nuestro legislador ha comprendido que el transporte es un acto esencialmente comercial y por eso tiende a regular todos los transportes, formulando su definición de tal modo que, prácticamente, el contrato que no incida en el primer requisito estará comprendido en el segundo del artículo 349. Pero el criterio legal no está exento de censura.

1. (V. núm. 1.º, art. 349). Saber cuándo el transporte tiene por objeto mercaderías o efectos de comercio no es cosa llana, dada la absoluta indeterminación de ambos conceptos en el Código de Comercio (...). Son conceptos que, como tantos otros invocados en el Código, caen fuera de su articulado y se remiten a la interpretación jurisprudencial). Lo cierto es que la fórmula del número 1.º, artículo 349, abarca casi todas las cosas muebles corporales. Quedan, pues, excluidas las personas, los derechos y las noticias (...).

2. (V. núm. 2.º, art. 349). El dedicarse habitualmente a realizar transportes para el público es un requisito legal que apunta más al concepto modesto del "porteador" que a la idea de empresa de transportes, la cual supone, por parte del empresario, una organización del trabajo ajeno para dar ejecución a los contratos de transporte asumidos en su propio nombre. Esto viene a confirmar la amplitud del concepto de transporte mercantil en nuestro Código de Comercio, en el que se incluye desde el transporte ferroviario hasta el transporte hecho a mano por un porteador individual.

El ser comerciante el porteador es la otra hipótesis del número 2.º del artículo 349.

La cualidad de comerciante debiera servir aquí, a lo sumo, para fundar una presunción de comercialidad para el transporte asumido por un comerciante. Pero es excesivo que un comerciante, sólo por serlo, convierta en mercantil todo transporte que asuma, aunque ninguna conexión tenga con el ejercicio de su industria mercantil.

Es por eso preferible como criterio el que considera mercantiles los transportes asumidos por una empresa mercantil en el ejercicio de su industria, sea esta industria la de transportes, sea otra a la cual esté ligado el transporte como operación accesoria.

Nuestro Código de Comercio ha sustituido también aquí el punto de vista profesional del Código de 1829 "De los porteadores" con su equivocado criterio del acto aislado. Pero es absurdo calificar de mercantil un transporte desligado de la serie profesional propia de una empresa de transporte; y todavía más absurdo reemplazar el criterio de la presa por el criterio ultrasubjetivista del número 2.º del artículo 349. Vid. sentencia de 28 de enero de 1929».

En este orden de cosas y de igual forma ejemplar, también fue GARRIGUES (3) quien nos enseñó que la realización del acto en masa y su diferencia del acto aislado es lo que supone que aquéllos sean regidos por el Derecho Mercantil, al afirmar que: «...Es absurdo, en efecto, someter a la misma reglamentación una venta ocasional que reúna los requisitos del artículo 325 (propósito de reventa y de lucrarse en esta reventa) y una venta perteneciente a la serie orgánica de ventas de una empresa dedicada a esta clase de comercio... En este nuevo camino, la simple observación de esa realidad nos muestra que la característica del Derecho Mercantil no es la regulación de los actos aislados, sino la de los actos en masa... Justamente porque el tráfico mercantil se caracteriza por la copiosa repetición de los mismos hechos, hubo necesidad de articular un Derecho especial, separado del

(3) GARRIGUES, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1953, págs. 11 y 13.

Derecho Civil con normas materiales y jurisdicción propias. Es un contrasentido histórico que el Derecho Mercantil, nacido para satisfacer las exigencias del tráfico en masa, sea hoy un Derecho regulador de actos aislados. El acto aislado, es decir, desconectado de la serie profesional a que pertenece, es imposible diferenciarlo de los actos regidos por el Derecho Civil».

Por ello, en nuestra opinión será mercantil la actividad de transporte terrestre cuando la misma sea ejercida con habitualidad (*una mercantia non facit mercatorem*), tanto de forma principal, como accesoria a otras actividades, y dentro del seno de actividades organizadas bajo la forma de una empresa.

Por su parte, sorprende el escaso interés que el particular ha suscitado en la doctrina civilista, al analizar los artículos 1.601 a 1.603 del Código Civil. Así, FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ (4) introduce la cuestión del siguiente modo, lo suficientemente esclarecedor:

«Los autores ponen de relieve la parquedad de las normas del Código Civil en la regulación de este contrato, limitadas exclusivamente a determinar la responsabilidad de los conductores en cuanto a guarda y conservación de las cosas transportadas y por daño o pérdida de las mismas. Y a remitirse a las normas del Código de Comercio y a las leyes y reglamentos especiales.

Tal parquedad se justifica por la doctrina en el reducido ámbito de aplicación del Derecho Civil respecto al contrato de transporte, ya que en su mayor parte estos contratos quedarán sujetos: a las normas mercantiles, puesto que la mayoría de los transportes tienen naturaleza mercantil; y a las normas administrativas, por cuanto la conducción de personas y cosas, tanto si se realizan por tierra como por mar o por aire, afectan no sólo a los contratantes, sino al público en general, por razón principalmente de la utilización de los medios de transporte cuya ordenación incumbe en gran parte al Derecho administrativo.

Por otro lado, el contenido de la escasa regulación del Código Civil no se halla en consonancia con la rúbrica de la sección en que se hallan encuadrados, que se refiere a los transportes, “tanto de personas como de cosas”, mientras que los artículos de esta sección contemplan exclusivamente el transporte de “efectos” o de “cosas”.

La parquedad de estas normas se refleja igualmente en la parquedad de los comentarios que a ellas les dedican los autores y que de un modo u otro acaban remitiéndose a otras disciplinas jurídicas (...).

Los civilistas se esfuerzan en hallar ejemplos de contratos de transporte sujetos al Código Civil. Así, PUIG PEÑA (Tratado de Derecho Civil español, t. IV, Obligaciones y contratos, vol. II, De los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Madrid, 1946, nota en pág. 317) pone como ejemplo el del contrato celebrado por una persona para trasladar los muebles de su casa de un punto a otro con otra que, teniendo para su uso exclusivo un vehículo, se prestase a verificarlos mediante el precio correspondiente».

Así pues, dada la calificación realizada por el Código de Comercio acerca de la mercantilidad del contrato de transporte, puede afirmarse como en la práctica generalidad de los casos, el mismo será calificado como un verdadero contrato mercantil lo que, a nuestro juicio, puede predicarse del contrato de sociedad analizado por la presente sentencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con el propio artículo 4.a) de los estatutos sociales de la misma.

(4) FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, vol. 2.º, artículos 1.583 a 1.603. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, págs. 486 y 488.

A la mantenida calificación del contrato de sociedad como mercantil, no obsta en absoluto las alegaciones esgrimidas por la sociedad recurrente para excluir tal mercantilidad sobre la base de considerar que dicha sociedad ha realizado una «actividad cooperativizada» en beneficio de los transportistas, titulares de camiones y de sus respectivas tarjetas de transportes.

Así, entre las formas de agrupación y cooperación para la práctica del transporte terrestre, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, dispone en su artículo 61 que las personas habilitadas para la prestación de servicios discrecionales de transporte de mercancías o viajeros podrán establecer cooperativas de transportistas, considerándose incluidas dentro de las funciones atribuidas por su normativa específica, las de captación de cargas o contratación de servicios y comercialización para sus socios; determinando a continuación que para la realización de dichas actividades, las cooperativas deberán estar inscritas en la correspondiente sección especial del Registro General de Transportistas y de Empresas de Actividades Auxiliares y Complementarias del Transporte, así como cumplir las condiciones especiales que se determinen por la Administración.

Señala, asimismo, el referido precepto que la Administración establecerá los requisitos que habrán de reunir las sociedades de comercialización y, en su caso, reglas específicas de funcionamiento de las mismas.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, reitera, en su artículo 53, la obligatoriedad de que las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización se inscriban en la subsección que a tal efecto existirá en el mencionado Registro, estableciendo otra serie de exigencias en orden a la cuantía de su capital social y al visado de sus Estatutos por la Administración de transportes.

Por cuanto se refiere a las sociedades de comercialización, señala el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres que podrán realizar funciones análogas a las legalmente atribuidas a las cooperativas de transportistas, estando sometidas al mismo régimen de ordenación del transporte que éstas, si bien revisten forma societaria. Consecuentemente, establece para estas entidades idénticas obligaciones registrales, económicas y administrativas que para dichas cooperativas.

Pues bien, en cuanto al aludido fenómeno cooperativo (entre las que, evidentemente, se encuentran las cooperativas de transporte) y en relación con la mercantilidad de las cooperativas no dejan dudas sobre la misma, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Mercedes VÉRGEZ (5) cuando afirman que: «...*Todas estas características o peculiaridades propias de las sociedades cooperativas no afectan, sin embargo a su calificación como sociedades mercantiles. De una parte, el artículo 124 del Código de Comercio permite aplicar esta calificación a las cooperativas que desarrollen su actividad con terceros; de otra, no puede olvidarse el reconocimiento general, expresamente recogido ya en la Ley anterior, en el sentido de que la cooperativa realiza una actividad de empresa sometida al estatuto del empresario mercantil a través de las normas que establecen y regulaban el cumplimiento del deber de contabilidad, y de las que preveían su sumisión a los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra. En este mismo sentido ha de hacerse notar que, si bien la nueva Ley continúa utilizando la*

(5) Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Civitas, 1999, págs. 1283 y 1284.

clásica diferenciación sociedad cooperativa versus sociedad mercantil, asumible dentro de una dialéctica convencional, que quiere subrayar una diferenciación de tipo social, la calificación de la sociedad cooperativa como sociedad mercantil no sólo se desprende de que se la someta también a las normas que configuran el estatuto jurídico del empresario (vid. art. 61 y la Disposición Adicional cuarta), si no de todo el fundamento de su regulación; así se percibe si se tiene en cuenta que el objetivo prioritario claramente establecido en su Exposición de Motivos es reforzar la consolidación empresarial de la cooperativa que se reconoce como perfectamente integrada en las reglas del mercado y en su esquema de rentabilidad y de competitividad propios de la actividad mercantil, aunque se prevean también para ellas determinadas normas especiales (vid. las contenidas en la Disposición Adicional quinta de la Ley y las que someten a la sociedad cooperativa a la inspección y disciplina sancionatoria del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y a los Departamentos correspondientes, arts. 113-116 de la Ley).»

En relación con la otra fórmula legalmente permitida para la práctica del transporte terrestre a través de la citada agrupación y colaboración, es decir, las sociedades de comercialización, su mercantilidad incluso se encuentra positivizada en el artículo 5 de la Orden de 23 de julio de 1997, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres en materia de cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización (modificada por el Real Decreto 1380/1999) cuando establece como requisito de inscripción de las sociedades de comercialización en el Registro de Transportistas y de Empresas Auxiliares y Complementarias del Transporte su previa inscripción también como «...personalidad jurídica mercantil en el Registro Mercantil».

Aún atendiendo al posible carácter complejo del objeto de la presente sociedad, ya que, como hemos expuesto, se afirmó por la sentencia de casación que: «...el objeto de la sociedad consiste, entre otras actividades, y como más relevante, en la prestación a terceros de servicios de transporte de mercancías con medios propios o ajenos...», tal carácter complejo no desvirtuaría en nuestra opinión el carácter mercantil de esta sociedad por su dedicación al transporte, según hemos tenido ocasión de argumentar con anterioridad.

En este sentido, AZURZA (6), acertadamente, sostuvo que: «4. Sociedades con objeto complejo. Cabe distinguir dos subgrupos: Sociedades que se crean con finalidad civil y mercantil y Sociedades con objeto civil, pero que realizan actividades mercantiles.

Respecto de las primeras, creemos que fácilmente se verán arrastradas por la calificación mercantil, siempre que tal actividad sea habitual o finalista, aunque comparta otras actividades de índole civil. Aquella dedicación, bien que no exclusiva, con tal que no sea accesoria de la civil principal, inclinará la balanza calificadoras sin mengua ni modificación de las actividades civiles. Lo mismo que el comerciante individual no pierde su aptitud para las actividades civiles ni éstas cambian de naturaleza —y consecuentemente de legislación reguladora— porque sean ejecutadas por un comerciante.

En cuanto a las segundas, creo que una sociedad civil podrá perfectamente verificar las operaciones accesorias de su objeto principal, pagos, cobros, etc., mediante actos mercantiles, letras de cambio, cuentas corrientes

(6) AZURZA y OSCOZ, «Problemas de la sociedad civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, págs. 159 y 160.

bancarias, etc., sin que ello implique se dedican a actividades comerciales coloradoras de su status; es el objeto, razón de ser de su existencia, lo que cuenta».

Por lo tanto, en virtud de lo anteriormente tratado, coincidimos en la apreciación del carácter mercantil realizado por las sentencias analizadas, aunque correctamente habría de ser tratada como de una sociedad objetivamente civil y subjetivamente mercantil o, lo que es lo mismo, una sociedad civil por su forma, pero mercantil por su objeto, la cual consideramos inviable en el tráfico jurídico, debiéndole ser de aplicación la normativa del tipo general de la sociedad mercantil, o sea, la de la sociedad colectiva, la cual ha de calificarse igualmente como irregular (7) al no haberse procedido a la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, para lo cual, lógicamente, tendría que haberse adaptado el correspondiente acuerdo social a las prescripciones de los artículos 125 y siguientes del Código de Comercio.

Así opina PAZ-ARES (8), haciéndose eco de las polémicas habidas al efecto: «...*En nuestra práctica no es infrecuente esta modalidad negocial (vid. un buen ejemplo en la RDGR de 28-VI-85). Ha de entenderse, no obstante, que esta figura (cuya viabilidad es afirmada por un sector de la literatura, vid. SCAEVOLA/CASTÁN, Código, XXV, págs. 621-622 y, más recientemente, SÁNCHEZ RUS, Entidades inscribibles, pág. 17; FERNÁNDEZ DEL POZO, Nuevo registro, págs. 71-72) constituye un monstrum jurídicamente imposible (cfr. TORRENTE, BCNR, 1989, págs. 1837-1840). En este sentido hemos de recordar que así como para el ejercicio de las actividades civiles (art. 1.670 del Código Civil), el ejercicio de la actividad mercantil no puede llevarse a cabo fuera del rigor y las garantías de los tipos mercantiles (este es precisamente el sentido del art. 122 del Código de Comercio). Una sociedad con objeto mercantil que las partes constituyan apelando al tipo de sociedad civil ha de considerarse, pues, como sociedad colectiva (vid., en este sentido, la impecable RDGR de 16-V-91). El carácter general de este tipo, dentro del tráfico mercantil, hace que absorba las manifestaciones atípicas, la sociedad civil para fines mercantiles lo es (vid. GIRÓN, Estudios, pág. 190; Der. soc., I, pág. 64 y sigs.; LACRUZ, Elementos, II-3, págs. 400-401; AZURZA, ADC, 1952, págs. 69-170; RDGR 28-VI-85, etc.). El caso es parecido al que podría plantearse antes de la promulgación del Código Civil en relación con una sociedad civil que adoptase la forma mercantil. El carácter general del tipo civil para las actividades civiles determinaría su aplicación».*

No obstante lo anterior, puede comprobarse en la Jurisprudencia la existencia de ciertos casos en los que diferentes sociedades civiles han sido creadas teniendo como objeto social la explotación del transporte.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8453) sobre la extinción de una sociedad civil por caducidad de la concesión habilitante para la práctica del transporte de personas, mantuvo lo siguiente: «...*En efecto, aun admitiendo la existencia de aquella sociedad civil que se ha mencionado en el “preliminar” de este recurso, y que a la muerte del socio don Salvador en 1940, sus herederos transmitiesen a los de don Pedro Francisco su tercera parte en la sociedad, lo cierto es que la misma se constituyó para la explotación de la línea de viajeros, cuya concesión administrativa correspondía*

(7) Para una mayor extensión sobre este tema, vid. FRANCISCO REDONDO TRIGO, «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, págs. 853-873.

(8) Vid., *op. cit. com.*, págs. 1382 y 1383.

al socio don Gregorio. Pero tal concesión caducó, anunciándose en el BOE concurso para la concesión del servicio regular de transporte de viajeros entre Alcoy y Vergel. Fue adjudicado a la solicitante "Viuda e hijos de don Gregorio", los cuales acudieron únicamente a dicho concurso, pues no hay pruebas de que los herederos del señor Pedro Francisco lo hicieren conjuntamente con "Viuda e hijos de don Gregorio".

La caducidad de la línea produjo necesariamente la extinción de la sociedad civil primitiva, aun admitiendo (aunque no está probado) que los socios pactasen su continuidad con los herederos al fallecimiento de cualquiera de ellos. Es innegable que la caducidad de la concesión para explotar la línea produjo la extinción de la sociedad por desaparición de su objeto (art. 1700.2.º del Código Civil [LEG 1889, 27]), sin que exista ninguna prueba de la liquidación y adjudicación del haber social.

"Viuda e hijos de Gregorio" y los herederos de don Pedro Francisco pudieron legalmente acordar la creación de otra sociedad civil para la explotación de la concesión nuevamente otorgada por la Administración de la línea de viajeros, pero no hay pruebas de que así lo hicieran...».

En relación con esta sentencia y el tema que nos ocupa, cabe añadir simplemente que el propio artículo 352 del Código de Comercio se encarga también de calificar como mercantil al transporte de viajeros.

De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002 (RJ 2002/4980), sobre la improcedencia de la liquidación de una sociedad civil irregular dedicada al transporte, también hace referencia a la calificación alegada al decir que: «...en casación en la que solicitaban se declarase la existencia de una comunidad de bienes o sociedad civil irregular sobre un negocio de transporte público de mercancías».

Si bien es cierto que en esta sentencia el objeto del debate no era la calificación civil o mercantil de la sociedad, la adopción de la naturaleza sociedad civil irregular nos recuerda a tradicionales discusiones sobre la aplicabilidad del régimen civil o mercantil a la sociedad irregular. Sobre este tema, GIRÓN (9), al analizar la mercantilidad por el objeto social, se pronunció al respecto diciendo lo siguiente: «La STS de 29-XI-1958 hizo notar la fluctuación de las sentencias entre el criterio de la mercantilidad por el objeto social y el de las formas de constitución (escritura e inscripción registral), pero afirmaba que el del objeto es el dominante en la Jurisprudencia y doctrina [en nota núm. 15 a pie de página —que por su indudable interés transcribimos— explica el debate sobre la calificación en situaciones de irregularidad (10)]. Pero las SSTs

(9) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias, Madrid, 1976, págs. 69 y 70.

(10) «15... las llamadas Sociedades Mercantiles irregulares, el criterio único para distinguir las últimas de las civiles, y puesto que la concreta diferenciación, entre unas y otras, no ha sido objeto de expresa consideración en ninguno de los Códigos, sólo puede consistir en el que tiene por base la índole de las operaciones a que se dedique, criterio que se halla compartido en general por la doctrina científica y, dentro de sus fluctuaciones, también por la Jurisprudencia, en sentencias de 15-X-1940, 12-II-1945 y 6-III-1954. Esta misma idea de una rectificación de corriente ha trascendido a algún Tribunal de instancia. Así, la AT de La Coruña, en sentencia de 31-X-1957, "RGD", 1957, pág. 1165, declaró que la calificación mercantil o civil de las sociedades irregulares ha de verificarse utilizando como criterio primordial la índole de la actividad ejercida, de tal modo que, si está destinada a la realización de actos u operaciones de comercio o a la explotación industrial, la sociedad ha de ser conceptuada como mercantil, no obstante la forma irregular de su

de 26-VI-1959 y, sobre todo de 26-I-1967, haciendo expresa formalmente la corriente jurisprudencial precedente, han vuelto al criterio de las formalidades de constitución, declarando que las Sociedades mercantiles irregulares se convierten en civiles. Según antes se ha dicho, el criterio del objeto no juega satisfactoriamente porque resulta conceptualmente incompleto: falta determinar qué tipo societario de entre los mercantiles y ahí juega la función de Sociedad general de la Colectiva, sencillamente introduciendo en su concepto la mercantilidad de su objeto. El criterio de las formalidades atenta a la política jurídica doblemente: permite la actividad mercantil del tipo civil, eliminando el rigor mercantil y deja a la voluntad de los intervinientes la mercantilidad y la calificación, ya que les basta con no inscribirse».

En nuestra opinión, la irregularidad societaria no puede implicar la transformación de la sociedad en civil de aquella sociedad que por su objeto sea mercantil, tanto por el criterio de mercantilidad, objetivo adoptado por la doctrina, como porque el concepto de irregularidad sólo hace referencia a la falta de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, sin que pueda llevar aparejado tal cambio trascendental que suponga la elusión de la aplicación de los criterios mercantiles más rigoristas que son precisos para la regulación de la actividad industrial o comercial.

Más recientemente al respecto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido que las sociedades irregulares mercantiles se rigen por las normas de la sociedad colectiva, por los pactos de las partes y, en su defecto, por las normas de la copropiedad (sentencias de 16 de marzo de 1989 [RJ 1989/2154] y 6 de octubre de 1990 [RJ 1990/7475], entre otras).

En el ámbito de la denominada jurisprudencia menor y a título de ejemplo, puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 26 de enero de 2006 (JUR 2006/164104) al tratar la liquidación de una sociedad civil irregular dispuso que: «Es claro que entre ambos hermanos existió un acuerdo de voluntades para obtener un fin común de carácter lucrativo, aportando su trabajo en relación con industria propia de la actividad de transportes y movimiento de tierras, e incluso explotación agrícola de las fincas adquiridas con fondos de la sociedad (beneficios repartidos) por cada uno de ellos, y realizando adquisiciones de los bienes necesarios para la obtención de dicho fin común. Ello conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 19-4-2005 y las citadas en ella), incardina dicha asociación en los preceptos del Código Civil (LEG 1889, 27) (art. 1.665 y sigs.), que regulan el contrato de sociedad, en este caso irregular al no haberse dado publicidad a sus pactos (art. 1.669), ni adoptarse una forma mercantil concreta, que la dotara de personalidad jurídica propia e independiente de la de cada uno de los socios. Pero, como decimos, ningún dato objetivo nos indica que se constituyera la sociedad de ganancias, presentes y futuras regulada en los artículos 1.672 y siguientes del Código Civil, en la que hubiera pacto alguno que permita

constitución, ya que —según entiende la doctrina— la adopción de algunas de las formas reconocidas en el Código de Comercio y el cumplimiento de las formalidades de constitución que se corresponden son problemas distintos, de calificación uno, de personalidad jurídica en las relaciones de sociedad y terceros el otro, orientación también seguida por la Jurisprudencia más reciente, pues la sentencia de 14 de febrero de 1945, superando la improcedente dirección iniciada por la de 31 de mayo de 1912 y continuada por las de 25 de mayo de 1917 y 5 de julio de 1940, vuelve a la tesis correcta, ya mantenida por las de 4 de abril de 1921, 19 de enero de 1925 y 15 de octubre de 1940, conforme a la cual será la actividad de la Compañía la que determine su naturaleza y, por tanto, si consiste en la realización de actos de comercio, habrá de ser tenida como mercantil».

considerar como sociales los bienes inmuebles adquiridos particularmente por cada uno de los socios, como insisten los recurrentes».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 27 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/177374), al fallar sobre la adecuada extinción y liquidación de una sociedad civil, dispuso lo siguiente: «*Si a ello añadimos que el aquí actor sólo aportó su trabajo a la actividad social durante seis meses; que el aquí actor no efectuó desembolso inicial alguno, sin perjuicio de que se fuera compensando su aportación de forma sucesiva con los beneficios empresariales; que además se le hizo un préstamo de ocho millones de pesetas, cuyo pago de cuotas y devolución del capital también se efectuaba a cuenta de los ingresos de la explotación; y que en modo alguno queda justificada esa inactividad del actor por la titularidad formal del camión y de la tarjeta de transporte correspondiente al mismo, pues se puede conducir un camión y colaborar en la actividad de transporte sin necesidad de figurar como propietario de aquél ni titular de la tarjeta, haciéndolo por cuenta de dicho titular o de la sociedad civil constituida entre los hermanos, no cabe sino rechazar la improbadada alegación de mala fe del demandado al poner fin la actividad social que sólo él llevaba a cabo, por devenir no operativo y antieconómico el elemento patrimonial (camión) esencial para desarrollarla; y ello con independencia de si ambos socios tenían actividades o trabajos paralelos, pues en todo caso quien podía realizarlas era el actor, porque el demandado era quien efectuaba de forma exclusiva el transporte por cuenta de la sociedad, ante la inoperancia injustificada (pese a las subjetivas e inaceptables alegaciones) del demandante y en principio su actividad laboral venía absorbida por la dedicación a la actividad de la sociedad.*

En consecuencia, coincide plenamente este Tribunal con el Magistrado a quo, en la inexistencia de mala fe en el demandado al instar la disolución de la sociedad».

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 7 de febrero de 2000 (*JUR* 2001/142910), sobre la extinción de una sociedad civil por imposibilidad de realizar el objeto social, trató el tema del siguiente modo:

«...Se ha desestimado la demanda inicial porque se ha entendido que las causas de disolución de la sociedad civil existente entre las partes negada sorprendentemente por el demandado señor P. P., en confesión judicial, aunque, no obstante, en otras fases del proceso haya reconocido su indudable realidad, invocadas por los actores, no se hallan comprendidas entre las establecidas, con carácter único, en el artículo 12 de la escritura de constitución de dicha sociedad, de 3 mayo de 1985, pero ha de tenerse en cuenta que ha puntualizado nuestro más Alto Tribunal que, aunque se hayan pactado en el contrato originario de una sociedad una o varias causas de disolución de la misma, no ha de considerarse ese pacto excluyente en absoluto, a menos de una expresa declaración en tal sentido, de la aplicación de las normas establecidas en la Ley para el mismo supuesto, por ser estas supletorias en todo caso de lo no previsto por las partes en el otorgamiento de sus convenios (así, sentencia de 10 de junio de 1955).

(...)

El señor P. P. renunció, o pretendió hacerlo, al transporte escolar que efectuaba la sociedad, alegando distintas razones, aunque con posterioridad diese marcha atrás, sin éxito, por lo que parece, sin tanto que los actores no tuvieron demasiado interés, por lo que se colige, en proseguir esa actividad con la denominación y componente personal de origen, creando una nueva sociedad. Se presentan, entonces, actuaciones cuestionables, que pudieran poner en tela de juicio la buena fe de unos y otros, pero no han de valorarse ahora, a los efectos

que nos ocupan, porque, como se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 1995, no siendo exigido por el artículo 1.700 del Código Civil, como requisito sine qua non para la extinción de la sociedad, que concurra buena fe, no puede dejar de decretarse su disolución porque no sea así...»

Aunque el verdadero objeto del proceso en las sentencias apuntadas no haya sido la calificación de la naturaleza jurídica civil o mercantil de las sociedades analizadas, no puede pasarse por alto como existen múltiples casos en que diversos problemas relativos a sociedades con objeto social consistente en actividades de transporte —y que, por lo tanto, deberían haber sido tratadas como sociedades mercantiles— han sido enjuiciados bajo las normas de la sociedad civil, lo que evidencia, una vez más, el gran confusionismo que existe —a nuestro juicio— en la jurisprudencia acerca de la distinción entre sociedades civiles y sociedades mercantiles y en cuanto al régimen jurídico de las sociedades irregulares. Por esta confusión, los siguientes temas a tratar los abordaremos desde la perspectiva tanto de la sociedad colectiva como de la sociedad civil, aunque reiteramos que la sociedad analizada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007, es claramente mercantil por la actividad de transporte que constituía su objeto social.

III. LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS CUOTAS DE SOCIO

La segunda cuestión que pudiera haber afectado al fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007, es la admisibilidad o no de la cláusula estatutaria que establecía la libre transmisibilidad de las participaciones sociales de la sociedad en cuestión, cuya validez fue admitida, sin mayores dudas, tanto en la sentencia de instancia como en la de casación, cuando consideramos que sí es un tema que ha suscitado debate en la doctrina y que no está libre de interpretaciones contrapuestas.

Recordamos que dicha cláusula establecía que: *«será libre la transmisión por actos inter vivos que por cualquier título otorgue uno de los socios a favor de otro socio, o a favor de su propio cónyuge o descendientes legítimos».*

En el ámbito de la sociedad colectiva, el principio general es el contrario a la transmisibilidad de la condición de socio, salvo consentimiento del resto de los socios, de conformidad con lo previsto en el artículo 143 del Código de Comercio que prevé lo siguiente: *«Ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la Compañía, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe los oficios que a él le tocaren en la administración social, sin que preceda el consentimiento de los socios».*

Así, la tradicional sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1968, dispuso que: *«Para que los derechos adquiridos a virtud de una obligación, sean transmisibles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.112 del Código Civil, es menester no sólo que pertenezcan privativamente a su titular, sino también que la modificación subjetiva, que esta figura jurídica supone, no esté prohibida por ningún precepto legal, como los artículos 151, 525, 1.458 y 1.459 del expresado Código, o por una estipulación expresamente pactada por los contratantes, o se oponga a la propia naturaleza del derecho discutido, cual sucede, por ejemplo, con los derivados de la patria potestad, filiación, derecho al nombre y, en general, con los de índole meramente personal, entre los que deben incluirse los relativos a la cualidad de socio de las entidades comprendidas en el título VIII del libro IV del texto legal citado, dado que en ellas, a diferencia de lo que ocurre*

con las de tipo capitalista, juega el principio intuitus personae respecto a sus componentes, de tal suerte que sus condiciones morales, psicológicas y patrimoniales, constituyen un requisito diferencial y característico de estas sociedades, al extremo de no poder ingresarse en ellas ni subrogarse en los derechos que de las mismas dimanar sin el consentimiento de los otros contratantes como se infiere de los artículos 1.680, 1.696 y 1.700, número 3 de la repetida Ley sustantiva y declaran las sentencias de esta Sala, de 5 de noviembre de 1915 y 18 de noviembre de 1927...».

Con cautelas sobre la admisión de la referida cláusula, GIRÓN (11) abordó el problema del siguiente modo: «...La dificultad se había venido reduciendo a la validez de una cláusula de transmisibilidad libre. Y el problema se ha planteado en un doble aspecto: como de incompatibilidad con la configuración legal del tipo —aspecto político-jurídico— y como —aspecto dogmático— de necesidad de una oportunidad de examen de las condiciones personales del que adquiere, que permita dar por existente un convenio de ingreso de nuevo socio, que forma parte de la compleja figura que es la transmisión. Ha habido una corta y reciente evolución doctrinal —susceptible, por lo general de su argumentación—, de recepción en nuestro país, en el sentido de superación de las objeciones, sobre la base de que lo único que escapa a la libertad contractual es la protección de terceros y, por tanto, respetándose la responsabilidad frente a éstos, en lo demás, no hay por qué restringir la libertad negocial de los socios, ya que, en ese marco el intuitus personae viene dado en el interés de los mismos. Ahora bien, conviene dar toda su importancia aquí, como en el caso de ingreso de nuevo socio, al deber de fidelidad del eventual transmitente, que debe obligar a ceñir la transmisión a persona adecuada a la Sociedad».

Por el contrario, con absoluta flexibilidad para la sociedad colectiva, se pronuncia PAZ-ARES (12) al respecto, diciendo que: «El requisito del consentimiento unánime, por otra parte, está a disposición de las partes. En efecto, el contrato social puede regular a su antojo esta materia, estableciendo cláusulas mayoritarias, cláusulas de aprobación por los administradores, cláusulas de libre transmisibilidad entre determinado círculo de personas (por ejemplo, entre descendientes y ascendientes) e incluso, abiertamente, consagrando la más absoluta libertad de transmisión, aunque sobre esta última posibilidad la doctrina manifiesta ciertas dudas (vid. STS de 8 de octubre de 1968). Las dudas suelen fundarse en la incompatibilidad de la libre transmisibilidad con la estructura personalista del tipo. Pero el intuitus personae, en la medida en que opera para la protección de las partes, no puede elevarse a la categoría de derecho necesario. Mientras se garantice la debida protección de los terceros, el principio de autonomía privada no tiene por qué sufrir limitaciones».

A idéntica conclusión llega también PAZ-ARES para la sociedad civil, admitiendo, pues, la validez de la cláusula de libre transmisibilidad, aunque añadiendo —de forma muy interesante— como límite a la misma el deber de fidelidad del socio, al expresar que: «...Otra cosa es que no pueda abusarse de la posibilidad de la libre transmisibilidad reconocida contractualmente para perjudicar a la sociedad. El deber de fidelidad lo impide. De ahí no puede deducirse, sin embargo, que el deber de fidelidad obliga a “ceñir la transmisión a la persona adecuada a la sociedad”» (GIRÓN, *Der. Soc.*, I, pág. 602) (13).

(11) Vid., *op. cit.*, págs. 601 y 602.

(12) PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Civitas, 1999, pág. 648.

(13) Vid., *op. cit. com.*, pág. 1472.

Por otra parte y en el campo de la sociedad civil, destaca la opinión de CAPILLA RONCERO (14) cuando dice que: «...Desde mi punto de vista, la respuesta adecuada a la admisibilidad de pactos de libre transmisibilidad de las participaciones sociales precisa distinguir dos órdenes de cuestiones. De una parte, procede analizar la admisibilidad de semejantes pactos desde el punto de vista de su legalidad o ilegalidad en sentido estricto. De otra, conviene analizarlos desde la óptica de su adecuación a la estructura legal de la relación social, recogida en el Código Civil.

Así, a la pregunta de si sería ilegal un pacto semejante, la respuesta, con bastante seguridad, ha de ser negativa. En primer lugar, porque ninguna norma prohíbe la validez de esos pactos de manera expresa. En segundo lugar, porque el *intuitus personae*, carácter de la relación social, protege en realidad el interés de los consocios, permitiéndoles liberarse de los vínculos sociales cuando se produce una alteración personal; pero al tratarse de la protección de intereses privados, no parece que pueda aducirse nada en contra de la renuncia anticipada de los propios interesados o, mejor, a que esa situación, prevista como normal en la relación social, no se corresponda, sin embargo, en algún caso concreto, con los intereses de las partes, pudiendo éstas, en consecuencia, alterar el diseño legislativo. Finalmente, el propio legislador contempla la posibilidad de excepciones a la rigidez del juego de las consecuencias del *intuitus personae*, en la medida en que consiente pactos de continuación de la sociedad, con los herederos del difunto en el artículo 1.704. Por ello, la opinión dominante se inclina por afirmar la validez de los pactos tendentes a autorizar a cada socio para transmitir su participación social a extraños, sin necesidad del consentimiento de los consocios.

Diferente es, sin embargo, el enfoque del tema, si se analiza desde la perspectiva de la acomodación de un pacto semejante a la estructura de la sociedad civil, tal y como se encuentra legalmente configurada. En efecto, la presencia de un pacto de libre transmisibilidad de la participación social presupone la total relajación del *intuitus personae*, siendo harto problemático que pueda afirmarse la coexistencia de semejante relajación puntual con el conjunto de preceptos que presuponen dicho *intuitus personae* entre los socios. Por ello, en presencia de un pacto semejante, ha de partirse de la base del carácter general de la regla contraria a los mismos en las sociedades civiles y habrá de armonizarse con la vigencia de los preceptos que tienen por supuesto la preexistencia de esa particular relevancia de las condiciones personales de los socios.

En la duda, como consecuencia del choque con la configuración legal de la relación social, parece, en consecuencia, preferible restringir la admisibilidad de semejantes pactos de libre transmisibilidad de las participaciones sociales, recabando, si es posible, algún medio de control de la idoneidad del nuevo socio. Ahora, si se pacta claramente, tampoco parece haber argumento basado en normas imperativas que impida la validez de semejante pacto. Pacto que, por otra parte, en la práctica es difícilmente imaginable, cuando una sociedad civil se trata, puesto que el ordenamiento jurídico ofrece figuras sociales que incorporan esa libre transmisibilidad, junto a otras ventajas más adecuadas para el desempeño de actividades de cierta envergadura».

Tanto para sociedades capitalistas como para sociedades personalistas, admitiendo la regulación convencional del supuesto por parte de los socios, se

(14) CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1.º, artículos 1.665 a 1.708. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, págs. 494 y 495.

pronuncia PERDICES HUETOS (15) al mantener lo siguiente: «... c) *El extremo más superior, que deroga absolutamente la noción de intuitus es la libre transmisibilidad de los derechos de participación social. De algún modo, cabría decir que en ciertos tipos sociales, la Ley presume la irrelevancia de los sujetos y determina que, salvo que otra cosa se diga, ni la sociedad ni los socios ni ningún otro sujeto tiene interés alguno en impedir la libre sustitución de socios. Presunción típica en las sociedades de capital, es igualmente posible su establecimiento convencional en las sociedades de personas (art. 1.255 del Código Civil).*

Como se puede apreciar, la diversidad de las reglas típicas de transmisión entre las sociedades de personas y las de capital sólo presentan la ya repetida inversión de la relación regla excepción, que no pasa de ser una mera anticipación legal de la razonable voluntad de las partes. En consecuencia, como ya se indicó, éstas podrán, de acuerdo con su conveniencia, modificar en mayor o menor medida esa relación, acercando a moldes capitalistas las sociedades de personas y viceversa, verificando una regresión de las sociedades corporativas hacia moldes basados en la gestión estrecha y el intuitus personae».

En nuestra opinión y en términos genéricos, también aceptamos la validez de la cláusula estatutaria de libre transmisibilidad de las cuotas sociales en la sociedad colectiva y en la sociedad civil, con la cautela no de tener una obligatoria consideración de las circunstancias subjetivas del adquirente, sino de ponderar que, pese a dicha autorización estatutaria, la transmisión no suponga un perjuicio para la sociedad y, por tanto, una infracción del deber de fidelidad por parte del socio transmitente.

Como premisa general, entendemos válida la referida cláusula estatutaria atendiendo a la naturaleza jurídica de la posición de socio y del cambio de la posición de socio en las sociedades de personas, no debiendo suponer el *intuitus personae* una merma de dicho pacto contractual.

En este sentido y prescindiendo de realizar una vasta exposición de los debates doctrinales al respecto, coincidimos con GIRÓN (16) en caracterizar la relación socio-sociedad en las sociedades de personas, no como un simple derecho subjetivo, sino como una relación jurídica «de cooperación», según la terminología de Federico DE CASTRO, ya que las sociedades están configuradas como organizaciones destinadas a la consecución de un fin común, por lo que

(15) Antonio B. PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, 1997, pág. 45.

De gran interés resulta la nota número 53 de la página 45 de la citada obra realizada por PERDICES HUETOS al respecto: «(53) *Se admite entre nosotros la cláusula de libre transmisibilidad de las participaciones en sociedades de personas por PAZ-ARES, Com. Cod. Civ., t. II, artículo 1.669, pág. 1472; A. OLAVARIA TÉLLEZ, «Singularidad negocial de las propiedades especiales y de los derechos de crédito y de participación social no representados documentalmente», en Negocios sobre derechos no incorporados a títulos valores y sobre relaciones jurídicas especiales [G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.)], Madrid, 1992, pág. 19 y sigs., págs. 40-42; con dudas sobre la admisibilidad de un consentimiento previo e incondicionado a alteraciones subjetivas de la sociedad, vid., GIRÓN, en Estudios Garrigues, t. I, págs. 152-153; íd. Derecho de Sociedades, págs. 601 y 602; por su lado, CAPILLA, Comentarios al Código Civil, t. XXI, págs. 494-495, no lo considera ilegal pero sí incompatible con el tipo de la sociedad civil. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Atipicidad, págs. 365-366, indica cómo este pacto resulta desde los planteamientos tradicionales contrario a la estructura jurídica del tipo de las sociedades de personas, si bien en pág. 381 y sigs., afirma que es razonable no fundamentar la invalidez de la cláusula de libre transmisibilidad en atención al juego del intuitus...».*

(16) Vid., *op. cit.*, pág. 283 y sigs.

el contenido de dicha relación jurídica de cooperación no sólo viene conformado por un derecho subjetivo, sino por un conjunto de derechos, obligaciones, facultades y poderes de muy variada naturaleza, consistiendo la transmisión de la condición de socio una verdadera transmisión de una relación jurídica, tanto en su lado activo, como en su lado pasivo, más que la transmisión de un singular derecho subjetivado y autónomo (17).

Así, y en cuanto a la naturaleza jurídica de la transmisión de la condición de socio en las sociedades personalistas entendemos, pese a las controversias existentes al efecto, que la misma se encuentra más dentro del concepto de la cesión de una relación jurídica compleja, que ante una cesión del derecho de participación, por lo que la disciplina de la misma no ha de encontrarse sólo en las reglas de la cesión de créditos (arts. 1.112 y 1.526 y sigs. del Código Civil), sino también en las reglas de la asunción de deudas, configuradas por las relativas a las de la novación de las obligaciones (arts. 1.203 y sigs. del Código Civil) (18), por ello y de acuerdo con GIRÓN (19) consideramos que

(17) En contra, PAZ-ARES, vid., *op. cit. com.*, pág. 1471.

(18) A favor de la consideración como cesión de derecho de participación, PAZ-ARES, vid., *op. cit. com.*, pág. 1471. A favor de la calificación de la transmisión como cesión de contrato, GIRÓN, vid., *op. cit.*, págs. 602 y 603, y CAPILLA RONCERO, vid., *op. cit.*, págs. 495 y 496, quien afirma que: «...En mi opinión, no hay inconveniente en aplicar las reglas de la cesión de contratos a la transmisión de la participación social, teniendo en cuenta que el concepto de cesión del contrato se ha formulado sobre la base de la cesión de contratos de cambio. Por ello, la no exacta acomodación de la condición de socio debe producir la corrección de la teoría de la cesión del contrato, para acomodarla a las exigencias de este supuesto particular. Lo cual es posible en un ordenamiento, como el español, en el cual la cesión del contrato no es categoría legislativamente limitada a esos supuestos, sino de elaboración doctrinal y jurisprudencial y, por ende, que admite mayor flexibilidad».

PERDICES HUETOS, vid., *op. cit.*, págs. 34 y 35, admite las dos fórmulas: la de cesión de contrato y transmisión del derecho tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales, exponiendo al respecto que: «Los cambios de socios pueden verificarse, bien a través de la novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (arts. 1.203 y sigs. del Código Civil), o bien por medio de transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1.112 y 1.526 y sigs. del Código Civil). La primera supone la extinción y posterior recreación en la persona del socio entrante de la participación del socio saliente; la segunda, por el contrario, implica lógicamente la permanencia y tráfico de la participación socio-transmitente al adquirente, que sucede al primero. Estos mecanismos se han venido compartimentando en el orden societario: el primero, la cesión de contrato, se reserva para las sociedades de personas, y el segundo, la transmisión, para las de capital. En efecto, en las sociedades de personas, como correlato de sostener la exclusiva naturaleza de relación jurídica de la participación, se entiende que los cambios de socios se verificarían a través de una modificación o cesión de contrato. El consentimiento del resto de socios (art. 1.696 del Código Civil, art. 143 del Código de Comercio) sería negociado y novatorio del contrato fundacional. Por el contrario, en las sociedades de capital, la indudable naturaleza del derecho subjetivo de la participación social en las mismas han hecho de la transmisión, como en el resto de derechos subjetivos, el único recurso considerado por práctica y doctrina. Ciertamente, la diversidad de consecuencias entre una y otra vía es de escaso relieve, y de hecho, se desconocen en la práctica; sin embargo, tomar conciencia de su diversidad presenta una gran relevancia dogmática. A continuación se verá la necesidad de rechazar esa compartimentación, dado que, por un lado, en las sociedades de personas, la naturaleza de derecho patrimonial de sus participaciones permite una auténtica transmisión en sentido técnico, y que, por otro lado, en ocasiones, también es necesario el mecanismo de la recontractación para el relevo de socios en las sociedades de capital, caso de los estadios donde la condición de socio es intransmisible (arts. 62 LSA y 28 LSRL)».

(19) Vid., *op. cit.*, pág. 599.

la «...naturaleza jurídica de esta transmisión es más bien compleja. Sin duda que se trata de una transmisión de la relación jurídica, y, por consiguiente, de sus lados activo y pasivo...»; esta transmisión «de sus lados activo y pasivo», que como no puede ser de otra forma se manifiestan en la condición de socio en las sociedades personalistas, suponen pues —en nuestra opinión— la observación de las meritadas reglas de la cesión de créditos y novación de las obligaciones.

Por ello, entendemos que en el marco de los requisitos establecidos para la transmisión del «lado pasivo» ha de traerse a colación la tradicional admisibilidad del consentimiento anticipado del acreedor —exigido por el art. 1.205 del Código Civil— para los supuestos de novación subjetiva de deudor.

En este sentido, Díez-PICAZO (20) al analizar las posibilidades de manifestación de dicho consentimiento liberatorio del acreedor en el referido ámbito de la novación subjetiva de deudor, expone lo siguiente: «...El consentimiento liberatorio puede coincidir temporalmente con el convenio de los deudores. Por ejemplo, en el mismo acto o negocio comparecen el antiguo deudor, el nuevo y el acreedor y todos ellos manifiestan su voluntad de modificar la relación obligatoria. El consentimiento liberatorio puede ser anterior. Por ejemplo: el acreedor ha autorizado previamente al deudor para trasladar su deuda a un tercero, bien de una manera libre o bien si reúne unas determinadas condiciones o requisitos. Por último, el consentimiento liberatorio puede ser posterior cuando, con conocimiento del convenio de los deudores, el acreedor lo acepta. En el primero de los casos antes esbozados, el consentimiento del acreedor se integra en un negocio jurídico plurilateral. En los otros dos casos, en cambio, el consentimiento liberatorio es un simple negocio jurídico unilateral que forma un negocio independiente del constituido por el convenio de los acreedores. No es, sin embargo, un negocio estricto de liberación del antiguo deudor. El effectum iuris liberatorio trae su causa de la constitución del nuevo deudor en obligado. Cuando el consentimiento liberatorio es anterior, constituye un negocio autorizativo (*Ermächtigung*). Si es posterior, reviste el carácter de una ratificación o confirmación...».

Por todo ello, y con atención a la referida cautela del deber de fidelidad de los socios, entendemos válida la cláusula de autorización estatutaria de libre transmisibilidad de las cuotas de socio en una sociedad personalista, constituyendo el requisito del consentimiento de los socios (*ex arts. 1.696 del Código Civil y 143 del Código de Comercio*), un auténtico negocio autorizativo, sin que pueda ser un «Rubicón», que no puede vadearse con cautela, el carácter *intuitus personae* existente en las sociedades personalistas.

En el análisis de la sentencia de 19 de diciembre de 2007, no debe olvidarse, por otra parte, que la transmisión de las cuotas sociales realizada lo fue a una persona que ya era socio de la sociedad cuyas cuotas sociales fueron objeto de transmisión, lo que refuerza la imposibilidad de alegación en forma genérica del *intuitus personae* como causa impeditiva para la eficacia y validez de la transmisión citada, máxime si se había cumplido con las características del comprador de las mismas fijadas en la cláusula de libre transmisibilidad, esto es, otro socio.

Finalmente, tanto la sentencia de apelación como la sentencia de casación no nos ofrecen una exposición lo suficientemente detallada de los hechos como para poder analizar si pese a la anterior admisibilidad de la transmisión

(20) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, pág. 1025, 2008.

de las cuotas sociales, ésta pudo suponer un perjuicio a la sociedad en términos de explotación y productividad tendentes a la ejecución de su objeto social, esto es, en relación con un incumplimiento del deber de fidelidad de los socios transmitentes en estos términos; aunque el tan debatido binomio «participación social-tarjeta de transporte» en esta litis (está claro de conformidad con los hechos probados y ante la inexistencia de una previsión estatutaria al efecto) no existía en las participaciones adquiridas, por lo que sólo debería restar para ponderar el perjuicio de la sociedad en esta línea, si los socios transmitentes habían estado obligados por pacto a la aportación de la tarjeta de transporte y del vehículo correspondiente, o bien, sin que tuvieran dicha obligación convencional así lo habían verificado, lo que podría haber constituido un elemento para valorar la existencia del referido perjuicio social, así como, el correlativo incumplimiento del deber de fidelidad por los socios involucrados en esta transacción.

IV. LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE NO CONCURRENCIA

El correcto planteamiento de esta cuestión, o si se quiere, si la misma hubiera sido objeto de debate en la instancia y en la casación, introducida convenientemente en el mismo por la parte recurrente, hubiera supuesto, a nuestro juicio, que el fallo de la sentencia de casación debiera haber sido contrario a la validez de la transmisión de las cuotas sociales, puesto que, aunque se deduce de las referidas sentencias que los socios transmitentes habían incurrido en la prohibición de competencia no queda claro si la sociedad afectada obró en consecuencia para lograr la efectividad de las consecuencias que para la infracción de dicho deber se extraen en la disciplina de las sociedades personalistas, realizándose tan sólo por la parte recurrente un uso de la teoría general del ejercicio abusivo y antisocial del derecho *ex articulo 7 del Código Civil, nemine laedit qui suo iure utitur*, para tratar de invalidar los efectos de dicha transmisión, sin que fuera estimada la misma por las sentencias de apelación y casación.

Pues bien, calificada la sociedad litigiosa como sociedad mercantil irregular o sociedad con objeto mercantil y forma civil sin estar inscrita en el Registro Mercantil, resulta de aplicación —como hemos mantenido— la disciplina del tipo societario mercantil general, es decir, la de la sociedad colectiva.

En esta materia, resulta trascendental la prohibición de no concurrencia del artículo 137 del Código de Comercio, que para el socio colectivo establece literalmente lo siguiente: «*Si la Compañía hubiere determinado en su contrato de constitución el género de comercio en que haya de ocuparse, los socios podrán hacer lícitamente por su cuenta toda operación mercantil que les acomode, con tal que no pertenezca a la especie de negocios a que se dedique la Compañía de que fueren socios, a no existir pacto especial en contrario*». Asimismo, para el socio industrial, el artículo 138 del Código de Comercio prevé que: «*El socio industrial no podrá ocuparse en negociaciones de especie alguna, salvo si la Compañía se lo permitiere expresamente; y en caso de verificarlo, quedará al arbitrio de los socios capitalistas excluirlo de la Compañía, privándole de los beneficios que le correspondan en ella, o aprovecharse de los que hubiere obtenido contraviniendo a esta disposición*».

Esta infracción del deber de no concurrencia lleva aparejada la rescisión parcial de la compañía mercantil y por lo tanto, la exclusión del socio infractor,

al amparo de lo dispuesto en el artículo 218.5.º del Código de Comercio, que prevé, al efecto, lo siguiente: *Habrá lugar a la rescisión parcial del contrato de Compañía mercantil colectiva o en comandita por cualquiera de los motivos siguientes: (...) 5.º Por ejecutar un socio por su cuenta operaciones de comercio que no le sean lícitas con arreglo a las disposiciones de los artículos 136, 137 y 138*».

En nuestra opinión, la exclusión de un socio es un procedimiento extrajudicial que debe acordarse por unanimidad al ser una modificación del contrato social (salvo que se trate de la exclusión del administrador privativo por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia, por mandato del artículo 132 del Código de Comercio). Así, las sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 1902 y 28 de febrero de 1968, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, de 29 de diciembre de 1914, 25 de enero de 1936, 30 de marzo de 1951, 7 de febrero de 1953 y 24 de enero de 1964.

Evidentemente, la exclusión del socio supone, entre otros efectos, la correspondiente amortización de la cuota social, con lo que no se podría haber llevado a cabo la transmisión de cuotas efectuadas si la sociedad hubiera cumplimentado el referido procedimiento de exclusión, o si pese haberse llevado a cabo éste correctamente, esta cuestión hubiera sido objeto de la presente litis.

En este orden de cosas, la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 1986 (*RJ* 1986/5230), aplica la rescisión parcial del contrato de compañía mercantil irregular por infracción del deber de no concurrencia de los socios, en función de lo dispuesto en los artículos 137 y 218.5 del Código de Comercio, no aplicando el artículo 1.124 del Código Civil, puesto que éste no resulta de aplicación al contrato de sociedad —añadimos nosotros— ante la falta de la existencia de obligaciones sinalagmáticas en el mismo.

Sin embargo, en el ámbito de las sociedades civiles, la cuestión del derecho de exclusión por infracción del deber de no concurrencia no aparece tratada expresamente como para las sociedades colectivas.

El artículo 1.683 del Código Civil prevé en este campo que: «*El socio industrial debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma*».

El ámbito de aplicación del artículo 1.683 del Código Civil también ha sido objeto de discusión doctrinal. Así, por ejemplo, CAPILLA RONCERO (21) mantiene la reducción del ámbito de aplicación del precepto al socio de industria civil al afirmar que: «*En líneas generales, entonces, puede afirmarse que el Código de Comercio distingue, por una parte, el régimen general de abstención de concurrencia de todos los socios colectivos [art. 137 del Código de Comercio] frente a, por otra parte, un especial rigor y disfavor en el tratamiento de la situación del socio industrial. Y, aparentemente, el Código Civil sigue un esquema semejante: la prohibición de concurrencia que se desprende del artículo 1.683 solamente parece imponerse al socio industrial. De donde, podría pensarse, también se genera un tratamiento discriminatorio del socio de industria en la sociedad civil, ya que es el único sobre el cual pesa deber de abstenerse de realizar operaciones concurrentes. Se trataría, entonces, de una cuestión de escalonamiento en el rigor a que se ven sometidos los socios, según que sean de industria o capital, y según que la sociedad sea civil o colectiva. El socio capitalista de una sociedad civil no se ve sometido a prohibición de concurrencia; el socio de industria y el capitalista colectivo*

(21) Vid., *op. cit.*, págs. 271 y 272.

no pueden realizar actividades concurrentes con la actividad social; finalmente, el socio colectivo de industria se somete a un régimen más severo».

Por su parte, PAZ-ARES (22) entiende aplicable la prohibición de concurrencia, no sólo al socio industrial, sino también al socio capitalista, al mantener lo siguiente: «Las reflexiones del profesor Capilla parten, no obstante, de un reconocimiento exacto de la situación —el trato discriminatorio de que es objeto el socio industrial en relación con el socio capitalista, cuando ambos están obligados a respetar el deber de fidelidad—, y por ello no deben echarse en saco roto. La contradicción de valoración que encierra el precepto es patente. Pero la solución no se halla —como propone el citado autor— en la reducción del supuesto de hecho objetivo de la norma (incumplimiento del deber de aportar del socio industrial) sino en la ampliación de su supuesto de hecho subjetivo (infracción del deber de no competencia del socio industrial y capitalista). El precepto debe extenderse analógicamente al socio no industrial en las condiciones que se alude a continuación».

A nuestro juicio, el deber de no concurrencia en la sociedad civil es extensible no sólo al socio industrial, sino también al socio capitalista. El fundamento de dicha extensión no puede ser otro que el deber de actuar de buena fe, que recogen los artículos 7 y 1.258 del Código Civil, que en el tema que nos ocupa suponen la prohibición de concurrencia de los socios con el interés social. En nuestra opinión, resulta significativo, al respecto, el siguiente texto del Digesto 17.2.64: «Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur» (23), o sea, ya las fuentes clásicas y dentro del análisis de la *actio pro socio*, nos revelan, a nuestro juicio, cómo la disolución de la sociedad era la sanción aplicable en el *Corpus Iuris Civilis* cuando los socios separadamente negociasen para sí.

En cuanto a la sanción por la infracción del deber de competencia del socio en la sociedad civil, aunque no específicamente para este cuestión, sino con carácter general, CAPILLA RONCERO (24) parece exigir una previsión convencional del supuesto de exclusión del socio o disolución parcial de la sociedad al afirmar que: «Si cabe, sin embargo, arbitrar un mecanismo de exclusión de la sociedad cuando media justo motivo. Justo motivo que ha de consistir en el incumplimiento por parte del socio excluido de sus obligaciones. En este caso, si bien se mira, se trata de sustituir la renuncia causal del artículo 1.707 por la exclusión del socio incumplidor. Cuando un socio incumple sus obligaciones, el Código Civil arbitra un medio de defensa de los consocios: la renuncia causal del artículo mencionado. Luego si el interés a defender es el de los consocios que instan la resolución del vínculo social ante el incumplimiento de uno de ellos, parece lógico consentirles evitar el efecto más perjudicial que para ellos supondría la disolución total, escogiendo una vía que frente al socio incumplidor es indiferente, pues en todo caso ha de quedar fuera del vínculo social a causa de su incumplimiento, pero que favorece el interés de los consocios protegidos por esa facultad de renuncia. En este caso, entonces, y siempre que medie justo motivo, parece admisible sustituir la renuncia causal por la exclusión del socio

(22) Vid., *op. cit. com.*, pág. 1422.

(23) «Así pues, cuando los socios hubieren actuado separadamente y cada uno de ellos negocie para sí, se disuelve sin duda la relación de sociedad». El Digesto de Justiniano. Versión castellana por Álvaro D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972.

(24) Vid., *op. cit.*, págs. 607 y 680.

incumplidor. Además, si se compara el sistema del Código de Comercio con el del Código Civil, se observa que propiamente lo que ocurre es precisamente lo indicado: en el Código de Comercio la exclusión del artículo 218 cumple función análoga a la renuncia causal del artículo 1.707 del Código Civil».

Sin embargo, PAZ-ARES (25), con fundamento en la analogía, entiende aplicable el supuesto de hecho de la exclusión regulado en el artículo 1.706 del Código Civil a otros casos de incumplimiento del socio, pronunciándose al respecto como sigue: «...La importancia de la norma es por ello de primer orden, puesto que permite su aplicación analógica a los demás supuestos de incumplimiento culpable por parte de los socios de sus deberes fundamentales. La no extensión analógica abriría una insoportable contradicción valorativa dentro del sistema. En efecto, no hay razón para permitir que se excluya a un socio cuando infringe el deber de denunciar la sociedad de buena fe (que, al fin y al cabo, es una hipótesis de menor trascendencia) y para no permitir lo propio cuando se infringe el deber de aportar o el deber de competencia, etc. La contradicción sería escandalosa. Esta interpretación se coordina perfectamente con lo dispuesto por el artículo 1.707, puesto que exclusión y denuncia extraordinaria son instituciones que pueden convivir perfectamente. La exclusión se configura en el Código Civil como un derecho colectivo: la facultad corresponde conjuntamente al resto de los socios que han de operar de común acuerdo. La denuncia extraordinaria es un derecho individual que compete a cada socio. Por tanto, ante un incumplimiento de las obligaciones sociales, cada socio puede optar entre instar la disolución de la sociedad o solicitar a los demás la exclusión. Este planteamiento es, además, el más consonante con la personificación de la sociedad (que supone la opción legislativa por un tipo de mayor estabilidad)».

Desde nuestro punto de vista, por el principio de mantenimiento y conservación del contrato, así porque, igualmente consideramos que no tendría sentido permitir la exclusión de un socio de una sociedad civil por infringir el deber de denunciar de buena fe y no por el incumplimiento de una obligación contractual de mayor importancia, como puede ser el deber de no concurrencia, también creemos que la sanción ante dicha infracción puede ser la exclusión del socio. Es cierto que en el Derecho Romano y por relación a la referencia antes citada, la *actio pro socio* tenía un carácter eminentemente liquidatorio de la sociedad, sin duda, por la concepción de la antigua *societas*, basada fuertemente en el componente subjetivo de los socios, aunque también es cierto que en algunas ocasiones se recurrió a la dicha *actio pro socio* sin que el resultado de la misma fuera la liquidación (26), por lo que en nuestra sociedad civil actual —al igual que hemos comentado anteriormente— entendemos que el referido carácter *intuitus personae*, no puede suponer tampoco un límite para la extensión del derecho de exclusión para supuestos diferentes a los recogidos en el artículo 1.706 del Código Civil, o sea, la renuncia realizada de mala fe.

Como conclusión, el hecho de haberse arbitrado un verdadero procedimiento de exclusión de los socios infractores de los deberes de no competen-

(25) Vid., *op. cit. com.*, pág. 1511.

(26) Pablo FUENTESECA, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, pág. 282, dice que: «...El socio condenado sufre la declaración de infame. La opinión más generalizada entre los autores afirma que la *actio pro socio*, hasta la época clásica, tuvo una finalidad liquidadora y, por tanto, no podía ser entablada mientras los socios quisieran permanecer en la sociedad. En todo caso, las posibles aplicaciones de la *actio pro socio*, subsistiendo la sociedad (manente societate) debieron constituir casos excepcionales...».

cia, debiera haber supuesto la exclusión de los mismos al haberse calificado correctamente la sociedad como una sociedad mercantil, lo que hubiera conllevado, la amortización de las correspondientes cuotas sociales y por tanto la invalidez transmisiva de una posterior enajenación de las mismas.

RESUMEN

TRANSMISIÓN DE CUOTAS SOCIALES

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007, se abordan temas tan interesantes para el Derecho de Sociedades como los de la calificación civil o mercantil de una empresa destinada principalmente a la prestación de servicios de transporte y la validez de las cláusulas de libre transmisibilidad de las cuotas sociales en las sociedades de personas, y por poder haber tenido incidencia en el fallo de la misma, por nuestra parte, analizamos en el presente trabajo no sólo lo anterior sino también la infracción del deber de no concurrencia por los socios de una sociedad personalista y la exclusión de los infractores.

ABSTRACT

TRANSFER OF INTERESTS IN PARTNERSHIPS

The Supreme Court's ruling of 19 December 2007 addresses such topics of interest in corporate law as the civil or commercial classification of an enterprise intended primarily for the rendering of transport services and the validity of clauses on the free transferability of interests in partnerships. This paper analyses not only the above but also the violation of the duty of non-competition by the partners in a partnership and the ejection of partners who violate that duty, as the sentence may have been influenced by this additional facet.