

2. MERCANTIL

LAS SOCIEDADES INMOBILIARIAS. OBJETO SOCIAL MERCANTIL O CIVIL.

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

«Una mercantia non facit mercatorem».

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, uno de los supuestos más dudosos existentes en el tráfico jurídico y económico en cuanto a su posible configuración bajo la aplicación de la normativa de la sociedad civil, ha sido el de las sociedades inmobiliarias, entendidas éstas, de forma generalizada, como aquéllas que se dedican a la adquisición o construcción de bienes inmuebles para luego comercializarlos en el mercado, en régimen de venta, alquiler, etc.

Posiblemente dicha actitud dubitativa ha venido propiciada por el diferente tratamiento que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han venido ofreciendo a la problemática apuntada, entendiéndose en unas ocasiones como sociedades civiles a este tipo de sociedades y en otras como sociedades mercantiles, con el diferente régimen normativo aplicable que ello conlleva y con los consabidos problemas de calificación registral, sobre todo surgidos en el ámbito de los Registros de la Propiedad que han venido negando la inscripción del inmueble adquirido por una sociedad inmobiliaria configurada como civil, al considerarse que la misma ha de ser mercantil en cuanto al objeto social convenido y desarrollado.

No existe pues, a nuestro entender, un criterio unánime al respecto, lo que nos lleva a exponer el estado de la cuestión desde una perspectiva con carácter relativo, puesto que deberían ser las circunstancias concretas de cada caso las que rigieran a la hora de exponer el criterio calificativo sobre la naturaleza civil o mercantil de las sociedades inmobiliarias.

II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante «TS») de 11 de mayo de 1971 (*RJ* 1971/2780), no estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de una Audiencia Provincial que confirmó la sentencia de instancia que declaró: «...1.º *Que entre los litigantes existe un contrato verbal de sociedad civil destinada a la compra de solares, edificación de los mismos y venta de los pisos construidos, así como a la realización de reformas y obras...*».

Así pues, esta sentencia del TS confirma la existencia de una sociedad civil cuyo objeto se considera civil y consistente en que varias personas adquieren un solar para construir sobre él y luego enajenarlo. Es decir, confirma la po-

sibilidad de que una sociedad inmobiliaria tenga objeto civil y por lo tanto pueda ser configurada como sociedad civil.

La sentencia del TS de 3 de abril de 1982 (*RJ* 1982/1938) enjuició un supuesto consistente en que si un préstamo concedido nominalmente a un socio de una sociedad civil, podía ser valorado o no como aportación social, con la consiguiente trascendencia a la hora de proceder a la distribución de las ganancias de la misma. En este sentido, esta sentencia falló del siguiente modo: «...la cantidad facilitada en mutuo lo fue para servir el destino legalmente previsto de la construcción de viviendas protegidas oficialmente, acometida por la sociedad civil de que se trata como verdadera promotora, con la garantía real de las edificaciones levantadas a sus expensas y la devolución asumida por los subrogados adquirentes, con total desplazamiento de quien prestó su nombre a los solos fines de lograr la financiación...».

Por ello, el TS en esta sentencia admite que las sociedades inmobiliarias que hayan adquirido un solar y promuevan viviendas para luego enajenarlas sean configuradas como sociedades civiles.

La sentencia del TS de 29 de enero de 1983 (*RJ* 1983/397) aborda la disolución de una sociedad civil particular que tenía por objeto la realización por los intervinientes en el mismo de una obra de construcción de viviendas, a la cual le aplica la normativa de la sociedad civil, al expresar lo siguiente: «...Que el inciso del párrafo 1.º del artículo 1.689 del Código Civil establece que en la sociedad las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado y siendo así que en el contrato de sociedad civil objeto de la presente controversia...».

Es decir, se vuelve a considerar por el Tribunal Supremo en esta última sentencia la posibilidad de que las sociedades inmobiliarias puedan ser constituidas como sociedades civiles, puesto que está aplicando en el caso enjuiciado la normativa de la sociedad civil (1).

La sentencia del TS de 30 de junio de 1987 (*RJ* 1987/4830) aplica las normas de liquidación de las sociedades civiles, considerándola pues civil, a una sociedad dimanante de un contrato plasmado en documento privado, «...basado en las aportaciones de los demandados actuales recurridos consistentes en un solar, y por parte de la demandante, y ahora recurrente de distintas sumas de dinero... en el que se fijaba como plazo de duración del contrato en tanto se construyan las obras iniciadas (cláusula novena), se faculta a cada socio para retirarse avisando con un año de antelación y esperando a que finalicen las obras en construcción y una vez hecho balance y entregarse la parte correspondiente (cláusula decimoquinta), pudiendo la sociedad continuar hasta tanto los dos restantes socios decidan retirarse...».

La sentencia del TS de 26 de abril de 1988 (*RJ* 1988/3279) afirma en sede de disolución de una sociedad que «...deviene lógica, racional y ajustada a las reglas de la sana crítica, la interpretación contractual de la Sala de instancia, cuyo resultado ha de prevalecer en casación...», siendo la interpretación de la Sala de instancia la siguiente: «El considerando tercero del juzgador dice literalmente: La verdad es que si los contratantes pusieron un terreno y otro industria

(1) La sentencia del TS, de 24 de marzo de 1984 (*RJ* 1884/1759), al no clarificar el objeto social de la sociedad civil destinataria de la aportación social consistente en un inmueble (sociedad civil calificada como tal desde el momento de constitución de la misma hasta la inscripción en el Registro Mercantil como sociedad anónima) no la consideramos a los efectos del presente trabajo.

de construcción para vender lo que se construyese y repartir entre sí el precio, convinieron lo que el artículo 1.665 del Código Civil llama contrato de sociedad...». En esta sentencia, el TS aplica las normas de disolución de la sociedad civil al referido contrato, manteniendo que las aportaciones sociales implican una forzosa finalidad traslativa, con pérdida de la titularidad exclusiva de lo que cada uno ha aportado, inaplicando pues la normativa de la comunidad de bienes.

La sentencia del TS de 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479), al calificar las relaciones jurídicas que convinieron el debatido contrato de sociedad, lo hizo del siguiente tenor literal: «...Los litigantes efectivamente se asociaron con la finalidad de llevar a cabo actividades constructivas para su explotación comercial, es decir, venta de viviendas y locales edificadas, así lo tienen reconocido y resulta bien precisado en las cláusulas primera, cuarta y, sobre todo, la sexta del convenio de 15-2-1977, donde literalmente se dice: Regirá el sistema de mayoría para la venta de viviendas o locales separados...», para afirmar a continuación lo siguiente: «...En cambio, las sociedades civiles, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, éste se aporta al tráfico comercial, ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo de obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas... precisando la sentencia de 4-12-1973, RJ 1973/4614, que encaja en la calificación de sociedad civil irregular o de hecho, la puesta en común para la explotación de negocio constructivo, como sucede en el caso de autos».

Con claridad, la referida sentencia del TS, de 24 de julio de 1993, califica como sociedad civil la puesta en común para la explotación de negocio constructivo, aunque lo haga como irregular o de hecho.

En este sentido, hemos de hacer notar que tal calificativo de irregularidad o de hecho, no incide en cuanto a la mercantilidad o no de la sociedad, puesto que aunque en buena medida las sociedades civiles no pueden calificarse como irregulares, ya que el concepto de irregularidad societaria se refiere principalmente a la falta de inscripción de la correspondiente sociedad en el Registro Mercantil, inscripción que no es posible para las sociedades civiles (de acuerdo con la normativa vigente y según se apunta posteriormente).

Por lo tanto, entendemos que dicha irregularidad se refiere propiamente a la falta de forma pública del contrato social cuando así se requiere en virtud del artículo 1.667 del Código Civil, requisito formal en todo caso *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

Además, la llamada irregularidad tendría sus efectos en el ámbito del artículo 1.669 del Código Civil, lo que se traduce en la existencia o no de personalidad jurídica, pero no en la calificación del contrato como de sociedad civil.

La sentencia del TS de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995/7026) vuelve a calificar como sociedad un contrato cuyo objeto es la aportación de terrenos, dinero e industria con pacto de repartir entre los aportantes los beneficios de la construcción proyectada, al pronunciarse del siguiente modo: «...lo celebrado entre las partes fue el contrato atípico, complejo y mixto de aportación (en forma de venta) y asociación o sociedad...», confirmando, por otro lado, la anterior opinión que sobre el artículo 1.667 del Código Civil hemos expuesto. Esto es, al enjuiciar el requisito de la forma pública del contrato de sociedad, lo hace desde la normativa de las sociedades civiles.

La sentencia del TS de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/1490) entiende como sociedad civil un negocio entre hermanos que se dedicaban a la construcción de viviendas y locales con ánimo de partir las ganancias, al pronunciarse del

siguiente tenor literal: «...En el segundo y cuarto motivo que estudiamos conjuntamente en cuanto a ambos se refieren al mismo concepto doctrinal, pues en el motivo segundo se denuncia la violación del artículo 1.665, ya que no se admite la estimación como infringidos de preceptos legales sin especificar, en orden a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.707 de la LECiv, que prescribe que se citen las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas, en este caso es indudable que el precepto que ha de entenderse violado es el expresamente citado cuyo tenor es que hay sociedad cuando dos o más contratantes se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con el ánimo de partir las ganancias, circunstancias que se han dado en las relaciones mantenidas entre los dos hermanos litigantes que vienen poniendo en común el trabajo de los mismos aplicándolo a la construcción de edificios, siendo José Luis el que se ha encargado de las operaciones del trabajo material de la edificación o de la construcción de viviendas y locales en su condición de albañil, y Manuel dedicado a las labores de dirección y gestión de la sociedad, comercialización y promoción de lo construido, para lo cual ha recibido poderes de su hermano José Luis, que es el encargado de la realización material de las obras de edificación, por lo que es indudable que se ha producido la subsunción de los hechos probados en la norma señalada...».

La sentencia del TS de 6 de julio de 2000 (RJ 2000/6012), también termina aplicando la normativa de la sociedad civil a un negocio consistente en la construcción y venta de viviendas, de cuyo tráfico se obtienen las ganancias al afirmar que «...pero teniendo que adoptar una postura al respecto, se decanta la Sala por esta forma de sociedad, que está prevista en el párrafo último del citado artículo 1.669, dado que la renta toda ella se computa en la participación de los beneficios, que no es ni más ni menos que un reparto entre los socios de las ganancias a que se refiere el artículo 1.665 del texto legal citado, habiendo puesto en común bienes e industria, aunque en este caso uno de los socios sea exclusivamente industrial, por no haber aportado dinero ni capital alguno en cualquiera de las formas, sin que como socio industrial esté sujeto a las pérdidas (párrafo segundo del art. 1.691 del Código Civil)».

De conformidad con lo anterior, puede observarse cómo existen numerosas sentencias del TS que califican como sociedades civiles a sociedades de las denominadas inmobiliarias.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Aunque con un criterio expositivo en cuanto a la argumentación jurídica menos claro, también existen sentencias de Audiencias Provinciales que siguen la línea jurisprudencial del TS antes expuesta. A título de ejemplo cabe citar a las siguientes, como modelos de aquéllas, puesto que permiten atisbar sin la menor duda la opinión en dicho sentido de la correspondiente Audiencia Provincial.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 8 de septiembre de 1998 (AC 1998/6347), enjuicia un supuesto de pérdidas y ganancias de una sociedad civil, aceptando como tal a aquélla cuyo objeto es «...la construcción de un edificio y la adjudicación de las viviendas y elementos independientes a los socios...».

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 15 de mayo de 2001 (JUR 2001/235084), afirma que «...los actores junto con su her-

mano, los padres de los demandados, constituyen una sociedad civil irregular para la promoción, urbanización, construcción y parcelación de la finca número 939. Nos encontramos entonces ante una sociedad civil de las denominadas irregulares, que se caracterizan por la falta de formalidades en su constitución, habiendo declarado la jurisprudencia que aunque no esté constituida en escritura pública, hay que entender que el precepto del artículo 1.667 está subordinado al 1.278, y que el documento privado obliga a los contratantes, aun cuando haya inmuebles (STS de 5 de mayo de 1986)».

IV. EL CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La última Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante «DGRN»), que conocemos y que ha tenido la oportunidad de abordar esta cuestión, ha sido la reciente Resolución de fecha 25 de mayo de 2006 (BOE de 10 de julio de 2006), que se pronuncia al respecto con el siguiente tenor literal:

«...1. En el presente recurso se plantea si puede o no inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad que, en la escritura mediante la cual se constituye, otorgada el mismo día, se califica como sociedad civil, si bien su objeto es la promoción de apartamentos turísticos.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 13 de diciembre de 1985, 20 de marzo de 1986, 1 y 30 de abril y 11 de diciembre de 1997), la actividad que constituye un objeto social como el de este caso presenta las características que determinan su calificación como mercantil, y ello no sólo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo de genuinos actos de comercio.

Por otra parte, como ya se expresó en las citadas Resoluciones de este Centro Directivo, todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actos de comercio, tiene la consideración de actos de comercio, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de los actos de comercio, etc.).

De cuanto antecede resulta que la sociedad adquirente es una sociedad mercantil por su objeto. Por ello, al conceptuarla como sociedad civil, el título presentado introduce un elemento de confusión sobre el titular registral que es suficiente para denegar la inscripción (cfr. arts. 9.4.^a de la Ley Hipotecaria y 51.9.^a del Reglamento Hipotecario)...».

Por tanto, de acuerdo con la decisión de la DGRN, se califica como mercantil el objeto de una sociedad consistente en: «...la promoción de apartamentos turísticos».

De las Resoluciones de la DGRN citadas en la Resolución de 25 de mayo de 2006 en apoyo de su tesis, tanto la Resolución de 28 de junio de 1985 (*RJ* 1985/3501), como la de 20 de marzo de 1986 (*RJ* 1986/1562) no tratan la cuestión debatida por dicha Resolución, ni la que se analiza en el presente trabajo, a saber, si el objeto de las sociedades inmobiliarias puede ser civil o ha de ser mercantil ineludiblemente en todas las ocasiones.

Esto es, la Resolución de la DGRN, de 28 de junio de 1985, aborda como cuestión planteada: «(...) la de si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil porque, aunque tiene objeto mercantil (la comercialización de congelados y otros cometidos de carácter mercantil) es, según pretende el recurrente, de carácter civil por su constitución».

Asimismo, en la Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 1986, se «(...) plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de venta de una cuota indivisa, en la que una parte tiene carácter consorcial, sin haber prestado la esposa su consentimiento a esta enajenación, así como tampoco renunciando a la totalidad de su derecho expectante de viudedad».

Es más, y aunque el análisis de la mercantilidad de la compraventa de inmuebles haya sido admitida a nivel doctrinal (2), así como por diversas resoluciones judiciales (como por ejemplo: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de junio de 1990 —*RJ* 1992/2576—; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de noviembre de 1995 —*RJ* 1995/9977—; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de julio de 2004 —*JUR* 2004/218228— y sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 23 de marzo de 2005 —*JUR* 2005/269869—), la citada Resolución de 20 de marzo de 1986, lejos de aportar claridad a la cuestión debatida, afirma literalmente lo siguiente:

«...la compraventa de inmuebles que pueden pertenecer a una explotación, aunque pueda calificarse de acto comercial superando el obstáculo que supone el artículo 325 del Código de Comercio, su mercantilidad —como declaró la Resolución de 13 de diciembre de 1985— sería puramente teórica, dada su absoluta falta de regulación legal en el Código de Comercio, y la propia exposición de motivos así lo reconoce al indicar que se sujetará a las formalidades establecidas en las leyes especiales sobre adquisición y transmisión de la propiedad».

La Resolución de la DGRN, de 25 de abril de 1991 (*RJ* 1991/3168), resuelve un recurso donde «...no se trata ahora de enjuiciar si es o no inscribible una sociedad civil por su objeto, que adopta una forma mercantil, sino si es inscribible una sociedad que es mercantil por su objeto —carácter que invoca en su recurso el mismo recurrente— y que el título presentado conceptúa, no obstante, como sociedad civil. Evidentemente esta conceptualización está equivocada y por sí la denominación —civil— introduce un elemento de confusión que es suficiente para denegar la inscripción. Con la denominación de —civil— sin duda se pretende eludir la aplicación de las reglas mercantiles sobre las sociedades ... No es oportuno ahora decidir si corregida la equivocada denominación...».

(2) Ver, por todos, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Mercedes VÉRGEZ, en *Curso de Derecho Mercantil*, II, 2, págs. 98 y 99. Editorial Civitas, Madrid, 2001.

Esto es, la antedicha Resolución lo que analiza es la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil (3) una sociedad denominada «civil», pero con objeto claramente mercantil, incluso alegado así por el recurrente. En el texto de dicha Resolución se recoge el objeto social de dicha entidad, de una forma tan amplia y por otro lado tan claramente mercantil en relación con determinadas actividades, que es imposible deducir si el componente inmobiliario de las mismas fue tomado en cuenta o no para la consideración mercantil de dicho objeto social, máxime cuando la Resolución no se pronuncia sobre dicho extremo (4).

La Resolución de la DGRN, de 31 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/2049) (5) tampoco nos aporta una solución clarificadora a la cuestión propuesta, pues que según la misma: «*En el presente recurso se debate sobre si determinada sociedad, cuyo objeto civil no cuestiona el Registrador en la nota, tiene personalidad jurídica independiente de la de sus socios y si puede, en consecuencia, adquirir como sujeto de derechos un inmueble y figurar en la inscripción de la adquisición como titular registral...*».

Esto es, en la anterior Resolución el objeto civil de la sociedad que adquirir el inmueble y pretende inscribirlo en el Registro de la Propiedad ni siquiera se cuestiona por el Registrador.

La Resolución de la DGRN, de 11 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/8822), tampoco se pronuncia al efecto, ya que «*...toda vez que no se ha aportado el título constitutivo de la sociedad adquirente y no ha podido por ende, valorarse*

(3) Evidentemente, tampoco es el momento de analizar el acceso de las sociedades civiles al Registro Mercantil, ya que dicha posibilidad que se preveía en los artículos 81.3 y 269.bis, introducidos por la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, ha sido anulada por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 24 de febrero de 2000.

(4) El objeto social analizado en la Resolución de la DGRN, de 25 de abril de 1991, era el siguiente: «*Artículo 21: Operativa externa. Para el cumplimiento de sus fines, la Sociedad podrá: a) Promover estudios económicos recabando información de dicha índole, que pondrá sistemáticamente a la disposición de sus socios; b) Realizar directamente operaciones por cuenta propia; c) Crear empresas para posterior cesión a terceros; d) Interesarse en empresas ajenas y en actividades económicas, asociativas o colectivas, con carácter transitorio o permanente; e) Instrumentar, para negocios específicos, cuentas participativas actuando de socio gestor con admisión de partícipes, fueren éstos o no socios de la sociedad; f) Mediar e intervenir entre terceros; g) Actuar de árbitro en los conflictos que se le sometan; h) Detentar representaciones, ejecutar mandatos y comisiones; i) Desempeñar fiducias y otros encargos de confianza; j) Gestionar y administrar patrimonios, propios y ajenos; k) Garantizar obligaciones de terceros; l) Intervenir en la cesión de activos y pasivos; m) Intervenir de forma permanente o transitoria en terrenos y edificios, urbanos o rústicos, e intervenir en cualquier otra forma de operación inmobiliaria; n) Comprar y vender acciones, obligaciones y cualesquiera otros títulos mobiliarios, coticen o no en el mercado de valores; o) Y en general practicar cualesquiera otros actos de la vida económica o mercantil que sean lícitos y libremente permitidos por las leyes y que por éstas no estuvieren especialmente reservados; dicha enunciación debe entenderse con carácter ilustrativo y no limitativo.*».

(5) Como resulta bien conocido, la tesis consistente en la negación de la personalidad jurídica de las sociedades civiles que realiza esta Resolución de la DGRN, al igual que otra, como la Resolución de 11 de diciembre de 1997, fue duramente criticada a nivel doctrinal (véase, por todos, y la doctrina allí citada, GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, «La sociedad civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, enero de 2000, pág. 1071), siendo abandonado dicho criterio por la propia DGRN; véase, en este sentido, la Resolución de 14 de febrero de 2001.

debidamente la naturaleza de su objeto social...». Es decir, no se valoró el objeto social de la sociedad civil.

Igualmente, tanto las Resoluciones de la DGRN, de 23 de febrero de 1998 (RJ 1998/1119), de 22 de abril de 2000 (RJ 2000/5821) y (RJ 2000/5835) tratan de problemas derivados de la inscripción de sociedades de responsabilidad limitada en el Registro Mercantil, y la de 14 de febrero de 2001 (RJ 2002/2154) tampoco se pronuncia sobre la cuestión propuesta.

Por otro lado, la Resolución de la DGRN, de 1 de abril de 1997 (RJ 1997/3586), sí se pronuncia acerca del objeto de este trabajo del siguiente modo: «...La cuestión planteada en el presente recurso es la de si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil que, según pretende el recurrente, es de carácter civil por su constitución, pero cuyo objeto es la compra-venta de inmuebles, promoción, construcción de edificaciones y viviendas y cualquier otro relacionado con los señalados anteriormente... La actividad así definida presenta las características que determinan su calificación como mercantil, y ello no sólo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo de genuinos actos de comercio».

Asimismo, la Resolución de la DGRN, de 30 de abril de 1997 (RJ 1997/3599), resuelve en el mismo sentido que la anterior y de la siguiente forma: «...La cuestión planteada en el presente recurso es la de si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil que, según pretende el recurrente, es de carácter civil, pero cuyo objeto es la promoción de edificaciones y, por tanto, según el epígrafe número 832.2 del IAE, comprende la compra o venta de edificaciones totales o parciales en nombre y por cuenta propia, construidas directamente o por medio de terceros todo ello, con el fin de venderlas o alquilarlas... La actividad así definida presenta las características que determinan su calificación como mercantil, y ello no sólo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo de genuinos actos de comercio».

En resumen, las Resoluciones de la DGRN, que verdaderamente han calificado el objeto de las sociedades inmobiliarias como objeto mercantil, son las de 25 de mayo de 2006, 1 de abril y 30 de abril de 1997, anteriormente citadas.

V. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA

AZURZA Y OSOZ (6) se decanta por la calificación de sociedad mercantil en relación con aquella sociedad que compren terrenos para revenderlos parcelados o después de construir edificios para viviendas. Entendimiento que este autor lo fundamenta en la Exposición de Motivos del Código de Comercio dada el 18 de marzo de 1882 cuando establece lo siguiente: «...las empresas

(6) AZURZA Y OSOZ, «Problemas de la sociedad civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, págs. 155 y 156.

acometidas por particulares o por grandes sociedades mercantiles para la compra de terrenos, con el objeto de revenderlos en pequeños lotes, o después de construir en ellos edificios destinados a habitaciones, o para el laboreo de minas, o para la construcción y explotación de ferrocarriles y demás obras públicas. Todas estas empresas ejecutan verdaderos actos de comercio, porque la compra de bienes inmuebles no es su fin principal, sino sólo una de sus operaciones sociales. Por eso, si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporeales».

Sin embargo, el propio autor antes citado deslinda de la actividad mercantil a «...aquellas sociedades inmobiliarias que compran casas de habitación o construyen otras de nueva planta o sobre otras de menos importancia derribadas para dedicarlas a su explotación mediante arriendo o alquiler. No parece que haya aquí ninguna razón científica y menos aún apoyo legal positivo que obligue a su calificación mercantil. Tal operación constituye una explotación normal, adecuada a su naturaleza, de algo, como los bienes raíces, sustraído, en principio, a la materia mercantil» (7) (8).

CAPILLA RONCERO (9) aborda esta problemática manifestando (aunque a nuestro juicio, con ciertas dudas) la posibilidad de que las sociedades civiles operen en el tráfico inmobiliario, al pronunciarse del siguiente modo: «Ciertamente, salvo que se consideren las operaciones de tráfico inmobiliario como mercantiles, sí cabe la constitución de sociedades civiles para la construcción de un edificio o conjunto de ellos por parte de varios constructores, quienes se unen ocasionalmente a tal fin, procediéndose a la adquisición de los terrenos, edificación y enajenación de lo edificado a terceros... Idénticas consideraciones pueden extenderse al caso en que varias personas se asocian para adquirir terrenos, parcelarlos y enajenarlos a terceros, lucrándose en la operación... Por último, cabe plantear si es posible subsumir bajo la consideración de las sociedades civiles particulares los casos, o alguno de ellos, de las llamadas en la práctica construcciones en régimen de comunidad. A grandes rasgos, pues las modalidades posibles son numerosas, este supuesto implica que varias personas, normalmente con la finalidad de hacerse con viviendas para uso propio, adquieren un solar en común, encomendando la edificación a un tercero. Concluida la edificación, se adjudican los pisos construidos a los diferentes propietarios. Con ello se persigue el abaratamiento del coste de la vivienda. Razón por la cual esta fórmula coexiste con la de construcción de sociedades cooperativas».

(7) En el mismo sentido, VALDÉS VILLABELA, *Sociedades inmobiliarias urbanas. Estudio económico, jurídico y fiscal*, Madrid, 1947, págs. 31-32, cuando afirma lo siguiente: «La sociedad - inmobiliaria tipo, que construye y adquiere edificios para cederlos en régimen de arrendamiento o similar... no realiza actos de comercio; tiene un objeto indudablemente civil. Arrendar edificios, sea para vivienda, sea para negocios o industria, es siempre un acto esencialmente civil... sin que sea escollo a esta consecuencia, que de vez en vez la sociedad que nos ocupa venda alguno de sus inmuebles. Otra cosa sería si se dedicara habitualmente a construir o comprar edificios para venderlos luego y en todo caso».

(8) De igual forma, PONSÁ GIL, *Sociedades civiles y mercantiles*, I, pág. 107, al decir que: «...Si la sociedad se ha formado para adquirir fincas... urbanas y explotadas, con el alquiler tendrá la consideración de sociedad civil, pues va a explotar lo que constituirá su propiedad».

(9) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo XXI, Vol. 1.º, Artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil, Madrid, 1986, pág. 151.

PAZ-ARES (10) se muestra rotundo al incluir a las sociedades inmobiliarias como sociedades mercantiles y no civiles, no sólo las que se dedican a la adquisición de terrenos para explotarlos en régimen de venta, sino también a aquéllas que adquieren dichos terrenos para su explotación en régimen de alquiler. En este sentido asevera que «...las llamadas sociedades inmobiliarias —es decir, las sociedades que se dedican a la adquisición o construcción de inmuebles con el fin de comercializarlos en el mercado (mediante venta, alquiler, etc.) son, propiamente hablando, sociedades mercantiles—».

Para el supuesto de la construcción en comunidad, este autor mantiene la posibilidad de su configuración como sociedad civil al afirmar lo siguiente: «...b) El supuesto que aquí nos interesa más es la llamada construcción en comunidad. El caso más característico tiene lugar cuando varias personas se asocian para comprar un terreno, edificarlo y hacerse con una vivienda para uso propio. De suyo, si las personas son muchas y requieren una organización y cierta complejidad, lo propio es constituir una sociedad cooperativa. Pero cuando no es así, no hay duda, a nuestro juicio, de que hay sociedad y, en concreto, sociedad civil».

En el caso de la llamada aportación de solar, cuando la misma se configura a cambio de una participación en los beneficios resultantes de la venta de la construcción, para PAZ-ARES, «la calificación como sociedad es indiscutible... (vid. STS de 2-5-74)».

En relación con la fórmula de permuta de solar a cambio de un piso o local, este autor la califica de la siguiente forma: «...la calificación como sociedad o como permuta (atípica) es una cuestión de interpretación del contrato y, básicamente, de distribución de riesgos. Naturalmente estaremos ante una permuta cuando el contrato se estructure sinalagmáticamente (do ut des) y consiguientemente se pongan a cargo del constructor los riesgos de la construcción; pero estaremos ante una sociedad cuando el acuerdo se encamine a la realización en común de una obra y se pacte a tal efecto la aportación del solar por parte de una persona y de la construcción por parte de otra, previéndose que el primero participará en el resultado accediendo a un piso o local, y el otro realizando el resto de los beneficios (sobre la posibilidad de este tipo de cláusulas de distribución del resultado, vid. infla com. art. 1.669 IV)».

GARCÍA MÁZ (11) también se decanta por considerar a las sociedades inmobiliarias como sociedades mercantiles y no civiles, al decir que: «...En nuestra opinión, la actividad la consideramos, no de carácter civil, sino mercantil».

Para la llamada construcción en comunidad, esto es, cuando varias personas compran un solar o terreno para hacerse un edificio, y luego repartirse cada uno su vivienda para uso propio, GARCÍA MÁZ entiende que: «...sería posible el realizarlo a través de una fórmula de Sociedad Civil aunque, claro está, siempre hay que buscar el medio práctico más adecuado, menos costoso y más problemático para llevarlo a la práctica. Por ello creemos que quizá la cooperativa de viviendas puede ser la figura jurídica que mejor se adopte a este tema, con las repercusiones importantes del régimen fiscal de cooperativas en lo relativo a las cooperativas de viviendas».

(10) *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1395.

(11) Vid., *op. cit.*, págs. 1101 y sigs. En idéntico sentido se pronuncia GARCÍA MÁZ en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo VI, Mercantil, Vol. 1.º Derecho de Sociedades. Parte General, págs. 275- 277, Thomson-Civitas, 2003.

En cuanto a las fórmulas de aportación de un solar por un sujeto a cambio de un piso o local, GARCÍA MÁS recoge la discusión doctrinal al respecto del siguiente modo: *«En un primer momento, la tesis de la permuta de cosa presente por cosa futura fue defendida por Cámara y José Luis Merino, siendo contrario a la misma Camy, y con matizaciones a esta figura por Muñoz de Dios, sólo aplicables en algunos supuestos. El propio Muñoz de Dios llega a indicar que la fórmula más adecuada sería la del contrato de empresa junto con Lucas Fernández, desechando en todo momento la configuración como sociedad, y por ello también como sociedad civil»*.

Por último, GARCÍA MÁS se pronuncia respecto de otra fórmula posible de construcción y venta bajo sociedad civil de la siguiente forma: *«Otra posibilidad es la de aportación del solar a cambio de una participación en los beneficios, resultantes de la venta, en la que podría articularse la fórmula de la Sociedad Civil, teniendo detractores y partidarios»*.

VII. ¿OBJETO CIVIL O MERCANTIL?

Coincidimos con PAZ-ARES (12) que el criterio básico de distinción entre sociedad civil y mercantil es la dedicación al comercio, siendo este criterio delimitador el adoptado por la DGRN, aunque no con rigor absoluto —en nuestra opinión— a la hora de deslindar ambos tipos societarios.

Resultando que la mercantilidad de la materia no viene dada por la valoración jurídica de una actividad (es mercantil la actividad que consista en actos de comercio), sino de una valoración económica (es mercantil la actividad que consiste en la realización de operaciones comerciales o industriales) (13). De lo contrario, afirma PAZ-ARES (14), *«...apenas habría sociedades mercantiles, pues la venta al detalle —venta al consumidor final—, aunque indiscutiblemente es una operación comercial, no es un acto de comercio»*.

Por lo tanto, es la ejecución de actividades comerciales y no la realización de actos de comercio (15) el criterio para atribuir el carácter mercantil o civil a una sociedad.

AZURZA (16) comentó que *«la actividad comercial ha sufrido una evolución extensiva. Comenzó por ser exclusivamente una pura mediación —compra para vender in natura lucrándose con la diferencia del precio—, y acaba por comprender dentro de sí la industria y la manufactura»*. De la interpretación de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio, este autor continúa exponiéndonos lo siguiente que: *«...Entre estas dos nociones de la patente la idea mercantil, como expresiva de la actividad mediadora, por el comercio simplemente o por la industria transformadora; mientras queda al margen toda actividad productora, a la que*

(12) *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1379.

(13) PAZ-ARES, «Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, pág. 943 y sigs.

(14) *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1396.

(15) GARRIGUES, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1953, pág. 7 y sigs., ya nos enseñó como lo esencialmente mercantil son los actos en masa y no los actos aislados.

(16) Vid., *op. cit.*, págs. 148 y 149.

se asimila, para la exclusión, la consumidora. Pero esa mediación característica de lo mercantil no es la aislada u ocasional, sino la reiterada, habitual o de profesión. Como dice Vicente y Gella: "el tráfico mercantil nunca se realiza en la práctica mediante una operación aislada. Lo que caracteriza esta clase de actividades es precisamente esto, el ser un tráfico, una serie de negocios aislados sucesivamente. Un conjunto de actos que adquieren su relevante utilidad económica, que pueden exigir una disciplina jurídica especial, por el hecho de verificarse los unos con relación a los otros, formando todos ellos una cadena"...».

Sin embargo, la actividad comercial como simple actividad mediadora, ya ha sido superada en el moderno Derecho Mercantil, como ya pusiera de manifiesto GARRIGUES (17).

Realmente, como característica propia de la operación comercial reside su calificación como acto en masa.

Ejemplarmente, GARRIGUES (18) nos enseñó que la realización del acto en masa y su diferencia del acto aislado es la 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 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»*.

Admitiendo *a priori* la calificación mercantil de la compraventa de terrenos para lucrarse con su reventa, incluso mediando inicialmente una construcción de viviendas en dichos terrenos, no toda actividad de esta naturaleza ha de ser calificada como mercantil, según la propia Exposición de Motivos del Código de Comercio.

Es decir, aquellas sociedades que compren terrenos como fin principal de su actividad no deberían ser reputadas como mercantiles, tal y como se deduce de la Exposición de Motivos del Código de Comercio. Así las sociedades que se dediquen a la tenencia de bienes inmuebles podrían ser configuradas como sociedades civiles.

Pero es más, y de acuerdo con lo anterior, entendemos que las sociedades inmobiliarias, para ser genuinamente sociedades mercantiles, han de realizar operaciones comerciales en masa.

Esto es, no toda sociedad inmobiliaria que se dedique a la adquisición de terrenos para su posterior explotación en régimen de venta habría de reputarse mercantil, sino aquella que realice estas operaciones comerciales en masa, esto es, con el requisito de habitualidad (vid. art. 1 del Código de Comercio) que dicho elemento definidor requiere. Así, las sociedades que adquieran terrenos y exploten los mismos, mediando la construcción de viviendas para su

(17) GARRIGUES, vid., *op. cit.*, pág. 13 y sigs.

(18) GARRIGUES, vid., *op. cit.*, págs. 11 y 13.

reventa, si no ejercitan esta actividad de forma continuada tampoco deben reputarse mercantiles. En nuestra opinión, es lo que ocurriría para aquellas sociedades que se constituyen para un fin inmobiliario específico con el ánimo de repartirse las ganancias de dicha promoción y venta, y proceder posteriormente a su posterior disolución.

En suma, y según la Exposición de Motivos del Código de Comercio, las sociedades que adquieran terrenos para su tenencia no deberían reputarse mercantiles, lo mismo que las sociedades inmobiliarias constituidas para una promoción y venta *ad hoc*, pudiendo, pues, ser constituidas bajo la fórmula de sociedad civil. Igualmente, a nuestro juicio, las sociedades que junto a esa tenencia de bienes no realizasen habitualmente la explotación y reventa del terreno (mediando o no edificación del mismo) aunque lo efectuaran aisladamente, tampoco deberían reputarse mercantiles, sino que podrían constituirse perfectamente como sociedades civiles.

Uno de los problemas de dicha constitución bajo forma civil consistirá principalmente en el juicio de calificación que el Registrador de la Propiedad competente realice en el ámbito de sus funciones, según el criterio de la DGRN expuesto al efecto.

Probablemente, una adecuada redacción del objeto social de la sociedad civil en cuestión, configurándola *ad hoc* para una promoción y venta, o bien, como sociedad cuyo fin principal sea la tenencia de bienes inmuebles aunque esporádicamente realizase explotaciones de los mismos para la obtención de lucro con su reventa, deberían ayudar a que dicha función calificadora no fuera negativa a la forma civil de la sociedad, lo que permitiría afirmar que la misma tiene también objeto civil.

Por lo tanto, no debería propugnarse un criterio general y absoluto en esta materia, afirmándose que toda operación de compra de terrenos para su promoción y construcción es una operación comercial, sino que debe analizarse con sumo esmero caso por caso esta cuestión. No debiéndose —a nuestro juicio— apartar del ámbito de la sociedad inmobiliaria a la sociedad civil por este mero hecho, puesto que con la redacción de la Exposición de Motivos del Código de Comercio, no podemos compartir tal juicio de carácter absoluto.

Por otro lado, en cuanto a la construcción en comunidad y el régimen de aportación de solar por obra futura, estamos plenamente conformes en considerar que la primera fórmula puede arbitrase como sociedad civil, al igual que la segunda, si las prestaciones del contrato en este caso no se convienen como un *do ut des*, sino cuando la misma se configura a cambio de una participación en los beneficios resultantes de la venta de la construcción.

Por último, también las sociedades que adquieran terrenos para explotarlos en régimen de alquiler podrían ser configuradas como auténticas sociedades civiles, según la doctrina anteriormente expuesta, al calificarse como actos civiles dichas actividades, lo cual y a su vez consideramos que se encuentra en consonancia con la reiterada Exposición de Motivos del Código de Comercio (la cual ha proporcionado el principal argumento a la compraventa mercantil de bienes inmuebles, y que como criterio interpretativo para enjuiciar el problema propuesto, también ha de estimarse), ya que la misma no se refiere al régimen de alquiler, sino al de compraventa, para dotar a esa actividad de naturaleza mercantil.

VIII. CONCLUSIÓN

Al amparo del análisis realizado, creemos que la sociedad civil no puede desterrarse del ámbito inmobiliario, ya que existe Jurisprudencia del TS que avala dicha posibilidad y posiciones doctrinales que al menos y con claridad para las variables de sociedad inmobiliaria cuyo objeto sea la construcción en comunidad y de aportación de solar por obra futura (con los matices expuestos en cuanto a esta última) permiten la adopción de la sociedad civil para la ejecución de tales actividades. Idéntica posibilidad debe propugnarse, a nuestro juicio, para aquellas sociedades que adquieran terrenos para explotarlos en régimen de alquiler.

En el supuesto más controvertido doctrinalmente (que no así a nivel de Jurisprudencia del TS) consistente en la pura adquisición de terrenos para su explotación en régimen de venta —mediando, generalmente, edificación de dicho terreno—, debería coexistir a nuestro juicio el régimen de la sociedad mercantil y de la sociedad civil para estas sociedades inmobiliarias, según el objeto social de las mismas.

En este sentido, podrían ser mercantiles las que realizasen esta actividad tipificada como fin principal de su objeto social y con carácter habitual o en masa. Pudiendo ser por otro lado, sociedades civiles, aquéllas que ejecuten la actividad inmobiliaria para una operación determinada, o bien, las que teniendo un objeto más amplio, la realicen esporádicamente y no con la habitualidad que la mercantilidad requiere.

No obstante lo anterior y como decía GARRIGUES, entendemos la dificultad que supone determinar *a priori* la naturaleza de un acto o negocio concreto por un dato que como el de la intención final del actor sólo puede ser comprobado *a posteriori*. En este sentido, consideramos que dicha finalidad puede presumirse lógicamente cuando el acto en cuestión pertenezca a la serie orgánica de las operaciones propias de una sociedad.

Por ello, debe ser la esmerada redacción del objeto social de la correspondiente sociedad la que deba ofrecer *a priori* la finalidad de la voluntad de los socios consistente o no en realizar operaciones comerciales o civiles.

RESUMEN

SOCIEDADES INMOBILIARIAS

En este trabajo se analiza la problemática consistente en si las sociedades inmobiliarias han de configurarse necesariamente como sociedades mercantiles, o bien, pueden adoptar la tipología de la sociedad civil. Todo ello, a la luz del diferente tratamiento que puede apreciarse en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como en la doctrina que ha abordado el tema propuesto.

ABSTRACT

REAL-ESTATE COMPANIES

This paper analyses the problem of whether real-estate companies must necessarily be set up as commercial partnerships or whether they may be organised as civil partnerships. The examination is conducted in the light of the different treatment that may be observed in Supreme Court case law, in the decisions of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs and in the doctrine addressing the proposed topic.