

Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1.670 del Código Civil

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CLASIFICACIONES GENERALES DE LA SOCIEDAD.—III. SOCIEDADES CIVILES Y SOCIEDADES MERCANTILES. IV. SOCIEDADES CIVILES CON FORMA MERCANTIL: EL ARTICULO 1.670 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE DISTINCIÓN DE SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad no solamente tiene una versión como fenómeno muy general, relacionada con la consecución de las finalidades de los grupos humanos, sino que también en su sentido específico de institución jurídica, de contrato de sociedad, tiene la amplitud derivada de los diferentes ámbitos en que puede emplearse ese instrumento. Si al tiempo se considera que las distintas clases de sociedad pueden tener un régimen jurídico que determina igualmente consecuencias diversas, resulta justificado el interés por calificar una sociedad ya como civil, ya como mercantil.

Por la misma razón, el examen de las sentencias del Tribunal Supremo carece de sentido si se hace con abstracción de a qué tipo de sociedad, civil o mercantil, se refiere la solución a que se llega en el caso concreto; especialmente cuando se trata de la jurisprudencia recaída sobre la irregularidad societaria, se percibe con mucha frecuencia la sensación, el temor del intérprete, de que la justicia del problema concreto se hace con descuido de una calificación jurídica minuciosa, que sea útil para que, buscando la identidad con otros supuestos de hecho, se pueda generalizar la *ratio decidendi*. Si se me permite, en ocasiones parece —y es una sensación que poco a poco reduciré a sus justos términos— que la solución que da el Tribunal está pensada para

una sociedad, un tipo societario, que no coincide con el que resulta de aplicar la teoría de las clases de sociedades a los hechos enjuiciados; se percibe en algún momento la sensación de que el lenguaje, tanto con el que se expresan los tribunales como el que emplean a distintos niveles otros técnicos del Derecho, ha llegado a asimilar un cierto margen de licencia en el empleo de la expresión «sociedad civil», por lo que no siempre se designa correctamente con él lo que se pretende. No digo que los tribunales empleen arbitrariamente la terminología jurídica, sino que en ocasiones se hace difícil concretar estrictamente el sentido de lo que dicen (1).

Aun siendo otra versión del mismo tema, el de si la referencia a sociedad civil equivale a designar una sociedad sometida exclusivamente a las reglas del Código Civil, hay algo más que me preocupa, la posibilidad teórica de que en la práctica se articulen verdaderas sociedades de naturaleza civil, aunque pudiera irregularizarse —dentro de lo posible— alguno de los elementos que las caracterizan; si hoy en día la sociedad civil es una creación viva del Derecho, o si por el contrario es un mero residuo histórico del que no vale la pena hablar más que como prolegómeno de las sociedades mercantiles, las únicas existentes en la realidad de lo cotidiano.

En definitiva creo que tratar de las clases de sociedades, y sobre todo de la distinción entre las civiles y las mercantiles, es verdaderamente importante. Por tal motivo sorprende mucho más la constatación de que los tratadistas —con la notable excepción de CASTÁN TOBEÑAS— tan apenas se han ocupado de la cuestión. El reproche es igualmente válido para civilistas como para mercantilistas; pero tanto más tiene de llamativo respecto de los que debieran estar interesados —dentro de lo razonable— en definir la autonomía de un contrato civil, que como sabemos aparece en el Código de manera bastante más completa que otros con mayor presencia en el tráfico negocial. O, al menos, son los civilistas los que deberían interesarse en averiguar si se mantiene la paridad entre el relieve que el Código concede a la sociedad civil y su importancia real en la actualidad, abogando por una adecuación de esa equivalencia, aunque tal cosa hubiera de suponer que se cediera campo de trabajo a los estudiosos del Derecho mercantil. En cualquier caso el hecho es que efectivamente las clasificaciones de la sociedad suelen ser parcas, tal vez por propia influencia del Derecho romano, se suelen limitar al empleo del criterio de la extensión de los bienes puestos en sociedad, y además los ensayos clasificatorios que se han hecho inciden casi exclusivamente en el

(1) En otro orden de cosas quiero advertir que, para no hacer demasiado prolija la relación de sentencias, me fijaré en el período jurisprudencial que va desde los años sesenta a la actualidad; además, para designar las sentencias concretas, recurro a los marginales de los repertorios de jurisprudencia de Aranzadi (Ar.) y de la Colección Legislativa del Ministerio de Justicia (CL).

ámbito del Derecho mercantil (2). Cuando digo que es llamativa la escasa atención que suele prestarse en la doctrina al establecimiento de clasificaciones completas de la sociedad, y a la elaboración de criterios distintivos entre esas especies, estoy pensando concretamente en que los tratadistas del Derecho civil suelen coincidir en la considerable relevancia, si a número de páginas nos atenemos, que merece el contrato de sociedad; pero el que sea efectivamente el de sociedad un contrato importante y de cierta complejidad, se concilia mal con la escasa ayuda que el estudioso, y por qué no el profano que trata de aproximarse a la materia, encuentra en esas páginas para poder discernir cuándo una sociedad tiene naturaleza civil, y por tanto han de entrar en juego las normas que le son propias. Incluso existe un cierto prejuicio inducido por la realidad en que vivimos, que con frecuencia produce la sugestión de que las sociedades que se utilizan con normalidad son las mercantiles, y que por tanto las normas de la sociedad civil y los estudios sobre ese contrato casi tienen una consideración más histórica, por la importancia que otrora tuvo la sociedad, que actual. Aunque algo de cierto hay en todo ello (y no sólo para quienes contemplan el fenómeno societario sin estar predispuestos por una formación jurídica, también es una aprensión de algunos juristas), tiene de cierto lo que comúnmente permite toda idea que se enuncia de forma muy genérica. Pienso, al contrario, que la sociedad civil es algo vivo, cada vez más vivo diría yo, una institución que aunque haya languidecido de manera progresiva a partir de una época todavía no muy lejana, a consecuencia de la pujanza de las sociedades mercantiles, está experimentando una gradual reviviscencia que es concorde con las dificultades que el excesivo formalismo de las sociedades mercantiles crea para que los particulares encuentren cauces jurídicos para la expresión de sus necesidades en el tráfico. Tampoco es fácil detectar esta constatación, precisamente por la perenne dificultad en diferenciar las sociedades constituidas con una naturaleza distinta a la mercantil, a menos que se examinen y se haga estadística de los pronunciamientos jurisprudenciales; de cualquier modo una regla de comprobación puede utilizarse, aunque sólo sea meramente aproximativa, dando cuenta de la mayor presencia que —tanto por ventajas de diversa índole, como por las dificultades que plantean otras soluciones— han ido adquiriendo las comunidades de bienes. Precisamente, la comunidad de bienes en buen número de casos puede ser un síntoma de que existe de manera solapada algo sustancialmente distinto, un contrato de sociedad, una sociedad que al irregularizarse ha perdido alguno de sus perfiles típicos, y en este campo de la irregularidad societaria el Derecho civil tiene un dominio propio y específico que no ha podido ser absorbido por el Derecho mercantil.

(2) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., «Del contrato de sociedad», en *Q. M. Scaevola, Código Civil*, Tomo XXV, parte 1.^a, Madrid, 1933, págs. 550-551.

Creo que, como ha sido mi intención sugerir en este breve esbozo previo a desarrollar el tema, es un poco precipitada la opinión de quienes han venido avisando de que la distinción entre sociedades civiles y mercantiles ha perdido interés (3). O cuando menos, al contrario, opino que esa distinción ha recobrado parte de un interés que nunca se ha podido perder del todo. El Derecho moderno ha traído muchas veces, con el afán de dar respuestas efectivas a las necesidades prácticas, un retroceso del conceptualismo entendido como remora y complicación artificiosa; y en ese sentido no es infrecuente considerar que más importante que las denominaciones y categorías que deben emplearse, es determinar las normas que en cada caso deben disciplinar una determinada realidad societaria. Y son los Tribunales, con independencia de la voluntad de las partes o su declaración, los que deben fijar en último término la naturaleza de la entidad jurídica aplicando el Derecho hoy por hoy existente, que todavía sigue planteando el problema de hacer precisa una distinción entre las sociedades civiles y las que son mercantiles.

Para esa tarea no puedo dejar de considerar que, como ya he dicho, es singularmente CASTÁN TOBEÑAS quien de modo más extenso suministra criterios para clasificar las diferentes especies de sociedad; y ésa ha de ser la razón, forzosa, de que por mi parte tenga que ser reiterativo en la cita del autor y de su obra. En concreto, utiliza hasta quince argumentos o criterios básicos, que a su vez admiten con frecuencia otras subclasificaciones. Tales criterios, que luego desarrollaré limitadamente, son en general válidos, pese a que fueron escritos hace más de medio siglo. Se refieren a la nacionalidad (4), a

(3) Vgr., DORAL, J. A. y MARTÍN, D., «La persona jurídica hoy», *RGLJ*, marzo 1984, núm. 3, pág. 285 y sigs., recogiendo con gran claridad la correspondiente jurisprudencia sobre los medios o criterios diferenciadores, advierten que «la tendencia actual unificadora del Derecho civil y mercantil permite dudar del interés actual de esos criterios».

(4) Por el ámbito territorial o por la nacionalidad de las sociedades, puede hablarse de «sociedades nacionales» (en nuestro caso, españolas) y de «sociedades extranjeras», «sociedades multinacionales», «internacionales», sociedades de países que pertenecen o que no pertenecen a la CEE, etc.

Ténganse en cuenta el artículo 28 del Código Civil (que aplica, para determinar la nacionalidad de las sociedades, el criterio del domicilio) y, en particular para las sociedades mercantiles, el artículo 15 del Código de Comercio (que atiende al lugar de constitución), y el artículo 5 LSA (que sigue el criterio del domicilio, independientemente del lugar de constitución de las sociedades; del mismo modo el artículo 6 LSRL), y 81 RRM.

Cfr. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 21.ª ed., Madrid, 1994, pág. 181 y sigs.

Cfr. EGEA IBÁÑEZ, R., «Nacionalidad de las sociedades», *RCDI*, 1984-11, LX, págs. 1155-1182.

Cfr. GARRIGUES, J., «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1976, pág. 543 y sigs.; cita como posibles criterios distintivos el del domicilio social, el lugar de explotación, el del control de la sociedad, y el del lugar de constitución y de incorporación.

la duración de la sociedad (5), a su denominación (6), a la personalidad jurídica, a la «visibilidad» de la sociedad y sus relaciones con terceras personas, a las condiciones de constitución y validez, a la forma de constitución y prueba de la sociedad, a la base del crédito de la sociedad y la extensión de la responsabilidad de los socios (7), al objeto de la sociedad y las normas por las que se rige, a la representación del capital social (8), a la estabilidad de ese capital

(5) Atendiendo al criterio de la vigencia en el tiempo, a la duración, se pueden clasificar las sociedades distinguiendo entre las que tienen una duración limitada, o «sociedades temporales», y las que la tienen ilimitada o «sociedades perpetuas», «sociedades indefinidas».

(6) Por la denominación o nombre que designa a la sociedad, se habla de «sociedades de nombre personal», aquéllas en que la firma o razón social se compone a partir del nombre de los socios que forman la sociedad (ya se tomen esos nombres literalmente, o abreviados), y «sociedades de nombre real», «sociedades de simple designación» que son aquéllas que carecen propiamente de razón o firma social, su nombre es fruto de la inventiva y normalmente guarda relación con el objeto social. Advierte CASTÁN, vid. «Del contrato de sociedad», cit., pág. 587, que en la generalidad de las legislaciones, incluida la nuestra, son las sociedades de responsabilidad ilimitada (colectivas y comanditarias) las que tienen razón social, mientras que carecen de ella las sociedades de responsabilidad limitada (sociedades anónimas).

(7) Por la responsabilidad que, a resultados del tipo de relación societaria, vincula a los socios frente a terceras personas ajenas a la sociedad, CASTÁN (cfr. *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 583) ofrece una casuística muy precisa. Pueden distinguirse tres clases de sociedad: las de responsabilidad limitada de los socios, las de responsabilidad ilimitada de una parte solamente de los socios (categoría a que pertenecen las sociedades comanditarias, las civiles con forma de mercantil comanditaria, y las sociedades mercantiles colectivas —no regulares— en que hay socios capitalistas y socios industriales), y las de responsabilidad única de la sociedad, siendo ésta además, limitada (las sociedades mercantiles anónimas y de responsabilidad limitada; CASTÁN, cfr. *ibidem*, pág. 583, incluye en este grupo a las sociedades «civiles constituidas bajo forma mercantil de responsabilidad limitada», pero el supuesto no cabe en la actualidad en vista del artículo 3 LSRL, que atribuye a ese tipo naturaleza mercantil cualquiera sea su objeto). En el grupo de las primeras puede distinguirse además, según que la responsabilidad de los socios sea solidaria (como en las sociedades mercantiles colectivas y las civiles en forma mercantil colectiva), o bien se trate de una responsabilidad no solidaria (como es el caso de la sociedad civil ordinaria, aunque este extremo haya llegado a discutirse).

Por tanto, en esta misma clasificación, las distinciones también pueden establecerse paralelamente y en el mismo orden por los sujetos responsables y la extensión de su garantía entre sociedades que tienen una base de crédito personal, las que la tienen tanto personal como real, y las que tienen una base de crédito simplemente real.

(8) Por la manera de estar representado el capital social, es decir, por la participación en él de cada socio, se distinguen las «sociedades por cuotas» o «sociedades de interés», y las «sociedades por acciones», distinción que puede entenderse como correlativa a la que se establece entre las «sociedades de personas» y las «sociedades de capitales». Estas expresiones, pese a su parecido, no hacen referencia a la personalidad o a la falta de personalidad de una sociedad. Porque, dejando al margen los requisitos por los que se adquiere, el artículo 116-2 del Código de Comercio reconoce dicha personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles que se hayan inscrito en el Registro Mercantil. Aunque el criterio clasificatorio entre sociedades de personas y sociedades de capitales influye en la clase de personalidad jurídica, ya que en las sociedades de personas, al

social (9), a la extensión de la comunidad entre los socios, a la naturaleza de los medios puestos en común (10), a la composición personal de la sociedad (11), y a la calidad de las personas que constituyen la sociedad (12).

tenerse más en cuenta las características personales de los socios, la separación entre la personalidad de éstos y la que corresponde a la sociedad es menor que en el caso de la sociedades de capitales que disfrutan de una consideración independiente de la influencia del elemento personal. Cfr. Res. DGRN de 21-6-90 (Ar. 5366). Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, págs. 231-232. El autor precitado dice que, en las sociedades de capitales, «se llega a un hermetismo o separación patrimonial entre el patrimonio social y el de los socios más acusado, con el resultado de que su personalidad jurídica es más completa». Y concluye señalando que en el fondo el criterio de distinción es relativo, «en cuanto existen sociedades de capitales en las que la personalidad de sus socios es determinante». La diferencia entre las «sociedades de personas» y las «sociedades de capitales» se cifra en que mientras las cuotas sólo son transferibles con carácter excepcional (al primar el carácter del *intuitu personae* contractual, el rasgo de ser un contrato de confianza), requiriéndose el consentimiento de los socios, en cambio las acciones son esencialmente transferibles. A la primera categoría, ya se defina como sociedad por cuotas o sociedad personalista, pertenecen tanto la sociedad civil como las mercantiles colectiva y comanditaria simple. A la segunda clasificación, sociedades por acciones o capitalistas, se adscriben las sociedades mercantiles anónima y comanditaria por acciones.

De todos modos, a la hora de asignar los términos por los que estas especies de sociedad se designan, ténganse en cuenta algunas críticas; así la que hacen autores como SÁNCHEZ CALERO, en el sentido de que pese a que la distinción entre sociedades de personas y de capitales a veces suele equipararse a la de sociedades personalistas y capitalistas, en realidad esta última distinción, como señalaba la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, es un tanto arbitraria (cfr. *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, pág. 231). Otros, en cambio, no hacen reparos a esa terminología habitual, cfr. vgr. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 5.^a ed., Valencia, 1992, pág. 124.

(9) Por la estabilidad del capital social hay «sociedades de capital fijo» y «sociedades de capital variable», según que dicho capital pueda ser alterado sin que ello suponga modificación del contrato de sociedad, pues en las primeras tal cambio precisa de especiales requisitos de forma y publicidad, y supone una verdadera modificación de la entidad social.

(10) Por la naturaleza de los medios puestos en común, es decir, según la especie de las aportaciones sociales, se aprecian tres clases de sociedad, las «sociedades industriales», cuando los socios aportan simplemente su actividad o trabajo; las «sociedades capitalistas», cuando las aportaciones consisten en capital, y «sociedades mixtas», cuando son ambas cosas, tanto capital como trabajo, lo aportado.

CASTÁN, cfr. *Del contrato de sociedad*, cit., págs. 558 y 559, cita previamente otra clasificación de que deriva la que yo recojo. Se trata de una versión o consecuencia del criterio clasificador utilizado, pero que en realidad resulta de utilización menos frecuente. Consiste en distinguir las «sociedades de medios materiales» (*o societates rerum*), cuando lo que aportan los socios son cosas; las «sociedades de medios personales» *fo societates operarum*), cuando la aportación consiste en actividad o servicios, y las «sociedades mixtas» (*o societates mixtae*), cuando son objeto de la sociedad tanto las cosas como los servicios.

(11) Por la composición personal, fija o variable de la sociedad, CASTÁN refiere la diferencia entre las «sociedades de personal fijo», en que la cualidad de sus sujetos componentes es esencial, y las «sociedades de personal variable», en que la composición

II. CLASIFICACIONES GENERALES DE LA SOCIEDAD

La sociedad, como en realidad suele suceder con la mayoría de los fenómenos jurídicos, admite diversas clasificaciones formuladas desde puntos de vista distintos, de los cuales ninguno es incontestable o, cuando menos, ninguno ha de formularse necesariamente de una manera predeterminada. Lo que ya invita a pensar que, salvo casos aislados, la enunciación de clases que resulta de los criterios apuntados no suele realizarse por la ley, sino que más bien la formula la doctrina como instrumento pedagógico o expositivo. Ya he anunciado que me propongo seguir en lo sustancial el esquema que proporciona CASTÁN (13), al ser el más completo que aparece en la doctrina científica nacional, pero sin que ello suponga una fidelidad estricta y exclusiva a su método y contenido. No en vano sería desproporcionado el entretenimiento de relatar con detalle todas y cada una de las categorías clasificatorias, tanto como el limitarme simplemente a transcribir al autor en que declaradamente

personal y su permanencia no es tan relevante. Aunque en realidad, en vez de ésta, añade que es más frecuente y en cierto modo equivalente la distinción entre «sociedades de personas», en donde prevalece el dato del *intuitu personae*, y «sociedades de capitales», que responden en cambio a un *intuitu rei*, porque lo realmente importante es la aportación del socio y no la cualidad de éste. En el primer grupo se encuentran la sociedad civil y las mercantiles colectivas y comanditarias simples; al segundo se adscribiría inmediatamente la sociedad anónima, pues, en cuanto a la sociedad comanditaria por acciones tanto se la ha considerado como un tipo mixto por reunir características de uno y de otro, como se la ha incluido directamente en las sociedades de capitales, al entender que prepondera el correspondiente rasgo característico (cfr. CASTÁN, *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 553 y sigs.; en realidad cita a MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, núm. 72 y sigs.). Por otra parte también se ha discutido, en la anterior tipología, dónde incluir la sociedad de responsabilidad limitada, si procede remitirla a las sociedades de personas o a las de capitales, aunque sin duda alguna la consideración o composición personal tiene mucha menor relevancia que en las colectivas, que son el prototipo de las sociedades personalistas.

(12) Por la calidad de las personas que constituyen la sociedad, según sean socios de la sociedad las personas físicas, o por el contrario lo sean personas jurídicas, otras sociedades, se habla respectivamente de «sociedades simples» (o «sociedades de primer grado») y de «sociedades compuestas» («sociedades de segundo grado», «sociedades de sociedades»). A su vez, por la cualidad pública o privada de los socios, podrían calificarse las sociedades de «públicas» y «privadas».

(13) Por tanto habrá de confrontarse en general las páginas 550 a 630 de sus comentarios en *Del contrato de sociedad*, cit. Los criterios clasificatorios que utilizan otros civilistas, que escriben después sobre la sociedad, coinciden generalmente con los que CASTÁN empleó, aunque en ningún caso lleguen a ofrecer clasificaciones tan completas como éste.

Además de la referencia a los autores que sucesivamente voy consignando al desarrollar el tema, pueden tenerse en cuenta otros tratadistas que, aunque concedan escasa atención a la clasificación de las sociedades, por su brevedad son muy clarificadores; vgr. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, 2.^a ed., Barcelona, 1982, pág. 497 y sigs.

me inspiro en este momento; considero más conveniente detenerme únicamente en las categorías de sociedad que guardan una mayor relación con el tema específico de que me ocupo, la distinción entre sociedades civiles y comerciales.

En relación con las clasificaciones de las sociedades, es especialmente relevante la que atiende a la personalidad de la sociedad. La personalidad jurídica es «la técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento por el Derecho de la titularidad de derechos subjetivos así como de obligaciones. Significa el reconocimiento del principio de separación entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios» (14). Según este dato o criterio de la personalidad jurídica, se distinguen las sociedades que la tienen, llamadas a veces «sociedades personificadas», y las que carecen de ella. Sociedades con personalidad son en nuestro Derecho las sociedades civil y mercantil en su manifestación típica, mientras que están privadas de ella las sociedades a que se refiere el artículo 1.669 del Código Civil y las mercantiles que carezcan de algunos requisitos formales constitutivos.

Otra clasificación interesante es la que puede establecerse por la «visibilidad» de la sociedad y sus relaciones con terceras personas, es decir, atendiendo al dato de si la sociedad se manifiesta o no como tal. Desde tal punto de vista pueden diferenciarse las sociedades propiamente dichas, exteriorizadas o manifestadas, frente a las «sociedades ocultas» o «sociedades internas» (15).

Por las condiciones de constitución y validez de las sociedades, pueden éstas calificarse de «válidas» o «regulares», o por el contrario de «nulas», «inválidas», «irregulares», o de «sociedades de hecho». El criterio distintivo es pues la fidelidad que guarda una sociedad concreta con las normas legales que definen el tipo o modelo contractual. Aclara CASTÁN en cuanto a la utilización del término de «sociedad irregular», que «la clasificación de sociedades en regulares e irregulares parece seguida por nuestro Código mercantil, aunque sólo en su aplicación a las sociedades colectivas y con un sentido impreciso y distinto del que le atribuye la doctrina científica. El artículo 122 define, en efecto, la sociedad regular colectiva, sin que ningún

(14) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 5.^a ed., Valencia, 1992, pág. 114.

(15) Aún podría desarrollarse más la nota distintiva, examinado cómo se manifiesta la titularidad que tienen los socios sobre las participaciones o derechos sociales. En tal sentido, esa relación se muestra perfecta o plenamente manifiesta en el caso de las sociedades civiles ordinarias (es decir, fuera del caso del art. 1.669 del Código Civil) y las sociedades colectivas; si por el contrario sólo se manifiesta la titularidad de una parte de los socios, se trata de sociedades comanditarias; y si sucede que ninguno de los socios exterioriza su condición ante terceros, estamos ante el supuesto dado en las sociedades anónimas. (Cfr. CASTÁN, *Del contrato de sociedad*, cit., págs. 585-586).

texto se ocupe de la *irregular colectiva*, al menos con su propia denominación» (16). Sin embargo, en la actualidad (y no se olvide que el trabajo de CASTÁN está fechado en 1933) el término «sociedad irregular» ha adquirido un mayor desarrollo. Qué duda cabe que la expresión, en sí misma, donde mayor carta de naturaleza ha alcanzado es a propósito de las sociedades mercantiles; principalmente porque ha sido positivado en las modernas Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada; además, también se utiliza la expresión de sociedad irregular en ciertos supuestos que afectan a las sociedades colectivas; y, desde luego, tampoco la noción de «sociedad irregular» es ajena a la sociedad civil, sobre todo en relación al supuesto de hecho del artículo 1.669, al margen de la frecuencia con que suele utilizarse literalmente el término.

Por la forma de constitución y prueba de la sociedad, según como se manifiesta la voluntad de quienes desean contraerla, se utilizan las referencias de «sociedades expresas», cuando aparecen explícitamente queridas en las correspondientes declaraciones de voluntad de los sujetos contratantes, y de «sociedades tácitas», cuando la relación societaria sólo aparece de manera concluyente a partir de ciertos actos de las partes (17).

Atendiendo al objeto de la sociedad, las hay con objeto (18) civil, «sociedades civiles», y con objeto mercantil, «sociedades mercantiles o comerciales». La sociedad mercantil, por diversas razones prácticas, incluso de política legislativa, y tal vez por tener una organización más completa históricamente, ha conseguido alcanzar un franco predominio sobre la sociedad civil (19). Dentro de las primeras, distingue nuestro Derecho entre las sociedades civiles constituidas en forma civil, y las civiles por su objeto que se acogen a las formas previstas para las sociedades mercantiles (las llamadas «sociedades mixtas», que son posibles al amparo del art. 1.670 del Código Civil) (20).

(16) Cfr. *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 584.

(17) Vgr., la llamada «compañía familiar gallega».

(18) Algunos autores prefieren que la distinción sociedad civil-mercantil sea resultado de un criterio que atiende a la naturaleza de la sociedad, vgr. CLEMENTE DE DIEGO, F., cfr. *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1959, pág. 166; aunque, evidentemente, la naturaleza no puede servir como criterio resolutorio del conflicto que se plantea, precisamente, *sobre la naturaleza civil o mercantil de una sociedad*, es simplemente un método clasificatorio de las sociedades, que tiene sobre todo en la determinación de un régimen jurídico su capital importancia.

(19) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 5.^a ed., Valencia, 1992, pág. 123.

(20) En realidad CASTÁN, cfr. *Del contrato de sociedad*, cit., págs. 575-576, completa la clasificación expuesta con un ulterior desarrollo de los criterios por los que se obtiene, separando (especialmente en el ámbito mercantil) las llamadas «sociedades ordinarias» de las «sociedades especiales» (vgr., las sociedades mineras, las de seguros, las crediticias y bancarias, las ferroviarias y de obras públicas, etc.). «Las primeras se rigen por las reglas generales de la sociedad, según la forma (colectiva, comanditaria o anóni-

Dentro de esos tipos, o incluso como criterio clasificatorio que hace abstracción de la naturaleza civil o mercantil de las sociedades, algunos autores utilizan el dato de la finalidad social concretamente perseguida. Así lo hace CLEMENTE DE DIEGO (21) quien escribe, refiriéndose específicamente a las clases de sociedad civil, que «por razón del fin a que se dedican los capitales y la actividad de los socios, pueden ser tan varias como varios pueden ser aquellos fines; y así, hay sociedad agrícola, pecuaria, industrial, minera, etcétera, con respecto a las cuales habrá que tener en cuenta, además del Código, las leyes especiales que les sean aplicables». Me parece que la utilidad de ese modo de clasificar las sociedades es bastante relativa, fundamentalmente por varias razones: la primera, que precisamente esa amplitud de actividades o fines no ha de ser tal, habida cuenta de las posibilidades —lo que luego se expondrá— de que una sociedad sea civil por su objeto; en segundo lugar, porque si se pretendiera clasificar las sociedades por los fines que persigue, independientemente de su naturaleza civil o mercantil, entonces la lista sería demasiado extensa como para que tuviera utilidad; en tercer lugar, porque no puede olvidarse que la jurisprudencia ha sido constante en advertir que las denominaciones que empleen los particulares no son determinantes ni constitutivas de la naturaleza de los contratos que originen. Luego la clasificación de las sociedades por su fin, sólo podría hacerse una vez se haya entrado a calificar jurídicamente cada sociedad, examinado su verdadero objeto, y atribuyéndole la naturaleza que jurídicamente le corresponda. Por eso, en definitiva, parece más prudente contentarse con utilizar como criterio estructurador el más general que atiende a la naturaleza civil o comercial de las sociedades, desde el punto de vista de su objeto o finalidad. La última objeción que creo contribuye a relativizar los intentos clasificatorios de la sociedades (en particular de las mercantiles) por el objeto específico de la actividad social, es que el artículo 123 del Código de Comercio que precisamente hacía una relación de compañías atendiendo a su distinta finalidad fue derogado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades (22).

Por la extensión de la comunidad que se forma entre los socios, según los bienes que se comunican al ponerlos en sociedad, pueden distinguirse dos

ma) que revistan. Las segundas están sometidas a un régimen particular por razón de la naturaleza de sus operaciones; el Estado suele adoptar con respecto a ellas un sistema más restrictivo e intervencionista que con respecto a las ordinarias».

(21) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*. Tomo II, Madrid, 1959, pág. 167.

(22) El desaparecido artículo 123 del Código de Comercio disponía que: «Por la índole de sus operaciones podrán ser las compañías mercantiles: Sociedad de crédito. Bancos de emisión y descuento. Compañías de crédito territorial. Compañías de minas. Bancos agrícolas. Concesionarias de ferrocarriles, tranvías, y obras públicas».

grandes categorías: la «sociedad universal» y la «sociedad particular» (23). La primera admite tres modalidades o subespecies, según el alcance de la comunidad y a qué bienes afecta, la «sociedad universal de todos los bienes presentes», «la sociedad universal de todas las ganancias», y la «sociedad universal de todos los bienes presentes y de todas las ganancias». La sociedad particular también admite tres modalidades: «la sociedad particular que tiene por objeto cosas determinadas, o el uso o los frutos de las mismas» (24), la «sociedad particular que tiene por objeto una determinada empresa» (25), y la «sociedad particular constituida para el ejercicio de una profesión o arte» (26).

III. SOCIEDADES CIVILES Y SOCIEDADES MERCANTILES

Al tratar de la clasificación general de las sociedades ya he aludido a la que se establece entre sociedades civiles y mercantiles o comerciales, que puede elaborarse atendiendo fundamentalmente al objeto y a la legislación por la que se rige la sociedad (27). Tales categorías admiten diversas subespecies o modalidades que habremos de ver con más detalle en otros epígrafes de este mismo trabajo. La contraposición entre sociedad civil y mercantil la considero en sí misma fundamental, sin perder no obstante de vista que es otro episodio de la separación entre el Derecho civil y el Derecho mercantil en general, por lo que no deja de tener la cuestión algunas aristas críticas (28). En cualquier caso, la distinción entre una y otra clase de sociedades

(23) HEINECIO, vid., *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, § 944, distinguía entre «sociedades universales», «sociedad general» y «sociedad singular». En la primera (*societas universorum bonorum*) se produce una comunicación de todos los bienes que los socios adquieran por cualquier título; en la sociedad general (*societas universorum quae ex quaestu veniunt*), la comunicación alcanza solamente a los bienes que adquieren por ganancias los socios, con exclusión de las ganancias de fortuna; en la sociedad particular (*societas alicuius negotiationis, societas alicuius rei*), la comunicación de bienes es más limitada, al tener por objeto algún negocio o alguna cosa.

En el Código Civil español ha sido absorbido el concepto de sociedad general por el de sociedad universal, categoría esta última que se acoge junto a la de sociedad particular.

(24) Equivalente a la *societas unius rei* romana.

(25) Equivalente a la *societas alicuius negotiationis* romana.

(26) Equivalente a las sociedades profesionales.

(27) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 576 y sigs. Incluso esa distinción, en cuanto pueda basarse en la realización de operaciones de naturaleza civil, puede servir para delimitar el concepto del contrato de sociedad, en tal sentido, cfr. PURO PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, cit., pág. 367.

(28) Desde luego no puedo entrar ahora en lo que es un tema, como digo, discutido críticamente, problemático, porque comprende en ocasiones la subsistencia —al menos en algunos sectores o ámbitos— de una autonomía normativa. Me parece interesante, simplemente como planteamiento del tema y en donde mayor relación tiene con el que yo a

es sin duda la más interesante, junto con las categorías de sociedades con o sin personalidad jurídica.

Si se recuerda que la expresión «sociedad» designa aspectos bien diferentes de una misma realidad (tiene una evidente polisemia, incluso dentro del marco de lo estrictamente jurídico), se comprende que esas mismas facetas sean también diferentes en ámbitos tan distintos como lo son el del Derecho civil y el mercantil. Así se pueden estudiar paralelamente, en ambas ramas del Derecho, el elemento negocial o contrato que origina el fenómeno societario, y la realidad o ente social, civil o mercantil, que con aquél se crea; todo lo cual, esa diversidad de posibilidades, ya constituye de por sí todo un problema pues, aunque se haya discutido la utilidad práctica de diferenciar las

mi vez trato, la opinión de SANTOS BRIZ, J., cfr. *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966, pág. 259 y sigs., que, con brevedad y precisión, señalaba que «cuestión vital para el Derecho mercantil, dado el signo de aparente insuficiencia temática bajo el que siempre ha vivido... es la de su sustantividad y autonomía frente al Derecho civil. Cuando se investiga para tratar de hallar la distinción entre ambas ramas del Derecho privado sólo se encuentra precisamente en las normas mercantiles de carácter público (regulación de instituciones auxiliares del tráfico negocial, normas administrativas o fiscales reguladoras de ese mismo tráfico). El intento resulta infructuoso cuando buscamos en el Derecho de la contratación una base firme de distinguir el Derecho civil del mercantil; a lo más que se llega es a hallar ciertas especialidades, no exclusivas, por otra parte, de las llamadas relaciones mercantiles que en ningún caso sirven para caracterizar las relaciones contractuales». Más adelante el mismo autor, cfr. *ibidem*, pág. 281, concluye tras el examen de la utilidad de la idea de los actos de comercio como nota distintiva de lo mercantil, que «dada la ambigüedad de los denominados actos de comercio, y como los contratos mercantiles son, claro es, actos de comercio, aquella imprecisión ha acarreado la de los contratos regulados en el Código de Comercio. El germen de la confusión se formó ya en las ideas de los legisladores... No se intuyó que habría sido menos perturbador en la práctica (*en vez de establecerse la supletoriedad del Código Civil respecto de los contratos mercantiles*) incluir en el Código Civil las particularidades propias de los contratos derivadas de las actividades mercantiles. El criterio legal, recogido en los artículos 50 y siguientes del vigente Código de Comercio, ha obligado a la doctrina mercantilista a buscar notas y datos que sirvan para distinguir los contratos mercantiles de los civiles. En esta operación la conclusión siempre es la misma: que aquellas notas distintivas se hallan en criterios de economía ajenos a la esencia de los conceptos jurídicos, y que las verdaderas notas distintivas no pueden hallarse en las leyes del Derecho privado, sino en las de Derecho público (fiscales, administrativas, planificaciones económicas, etc.)».

También pueden encontrarse referencias al tema de la autonomía entre el Derecho civil y el mercantil en la mayoría de los autores de manuales generales, tanto civilistas como mercantilistas. Desde la perspectiva de un diagnóstico específico del Derecho civil, vid., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C, *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, 1991, págs. 17 a 20.

En muchas ocasiones, y singularmente en el terreno de las sociedades, la relación entre el Derecho civil y el mercantil supone que el primero acaba por sufrir una cierta «comercialización», y una pérdida de dominios anteriormente propios. BROSETA PONT, M., cfr. *Manual de Derecho mercantil*, 8.^a ed., Madrid, 1990, pág. 161, habla de un «...proceso de generalización del Derecho mercantil o de comercialización del Derecho civil».

sociedades civiles de las mercantiles, es innegable que existe una dualidad de regímenes jurídicos que hace preciso saber, cuando menos, cuál de ellos es aplicable en cada caso (29). En realidad parte del problema de la distinción entre las sociedades civiles y mercantiles arranca de que sus respectivos conceptos legales (art. 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio) coinciden sustancialmente, o no establecen diferencias inmediatas entre ellas como no sea, además de la referencia mercantil a «compañía», el matiz de que para la sociedad civil se habla de «poner en común», mientras en la mercantil de «poner en fondo común» (30). El artículo 1.665 del Código Civil dispone que «*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*». Y el artículo 116 del Código de Comercio que «*El contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener un lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la Compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*». En relación al apuntado matiz, comenta PUIG BRUTAU (31) que «si el propósito de lucro o ganancia es común a las dos clases de sociedad, la diferencia estará en la clase de actos que realicen, según que sean o no actos de comercio, pues no hay duda de que también pueden obtenerse beneficios sin ejercer el comercio». Lo malo es que tampoco el propio concepto de actos de comercio es ajeno al fin lucrativo, sino que tradicionalmente se han caracterizado precisamente por ese dato (32).

(29) AZURZA, citando a SÁNCHEZ ROMÁN, dice que puede ser verdad que la distinción entre sociedades civiles y mercantiles carezca de interés científico, pero lo cierto es que existe en Derecho español una legislación diferente para unas y otras. Cfr. AZURZA Y Osoz, P. J. DE, «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, pág. 126.

(30) Como señalaba LANGLE Y RUBIO, E., cfr. *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, Barcelona, 1950, pág. 350, las sociedades civiles y mercantiles «...tienen puntos básicos comunes que hacen pensar en una identidad de fondo (son elementos esenciales de una y otra las aportaciones y el fin de lucro)...»

(31) Cfr. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, 2.^a ed., Barcelona, 1982, pág. 499. Vid., *ibidem*, la doctrina en que se inspira.

(32) GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP*, 1954, pág. 400. Puede verse, desde una perspectiva más amplia, el problema de la separación entre sociedad civil y mercantil en GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pág. 61 y sigs.

En relación a la falibilidad del criterio de los actos de comercio, debe plantearse la hipótesis especial de que sean poco significativos, que se trate simplemente de actos aislados. Ya había puesto de manifiesto GIRÓN TENA (cfr. *Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho*, cit., pág. 399) la insuficiencia de los actos de comercio aislados para obtener una calificación de la sociedad: «...resulta en materia de sociedades que la *sociedad ocasional* provocaría una calificación que da mala base para aplicar las normas del *status* de comerciante —porque en su noción va su transitoriedad— y no encontraría

Mucho ha reflexionado la doctrina, y abundantes son las soluciones que ha elaborado la jurisprudencia, a propósito de cuáles deben ser los criterios distintivos de una y otra categoría de sociedad, sociedades civiles y comerciales, pues básicamente esa separación entraña una cuestión de régimen jurídico: la consecuencia práctica más importante es, dicho en síntesis, la aplicación a una clase de sociedades del estatuto del empresario (33). En tal sentido GARRIGUES cifra la diferencia entre sociedades civiles y comerciales en que estas últimas comportan la atribución de un *status*, que a su vez supone un especial régimen de publicidad, de documentación, y de insolvencia (34).

LANGLE hace una síntesis de las notas diferenciadoras que ensaya la doctrina, que atienden a la intención de las partes, a la cualidad de comerciantes de los socios, a la naturaleza de su actividad, a la forma de la sociedad, o a la inscripción registral. Pero aunque todos ellos comportan dificultades, destaca en particular la inutilidad de los dos primeros (35). También GARRIGUES hace una relación de posibilidades para separar las clases de sociedades, y aclara que no sirve atender al dato de la personalidad jurídica, pues pueden gozar de ella tanto las sociedades civiles como las comerciales (cfr. arts. 116 del Código de Comercio y 1.669 del Código Civil), ni a la forma adoptada, pues las civiles pueden revestirse de formas que corresponden a las sociedades mercantiles (cfr. art. 1.670 del Código Civil); en definitiva, «Hay que buscar, pues, el criterio distintivo de la sociedad mercantil fuera de la esencia del contrato de sociedad» (36).

Aun con la dificultad cierta de encontrar criterios que sean absolutamente seguros, entre todos los medios diferenciadores de la sociedad civil y la compañía mercantil destacan por su utilidad dos, que se califican respectiva-

enmarque adecuado en los tipos del Código de Comercio que no están pensados para esta hipótesis». Añade líneas más abajo, que «...la materia ha preocupado largamente a la doctrina desde el pasado siglo que intentó identificarlas con las "cuentas en participación", centrando el análisis en una nota que no era adecuada porque la ocasionalidad lo mismo podía darse en la sociedad civil que en el tráfico comercial». Y a las dificultades teóricas que podrían plantear escrúpulos para atribuir una calificación jurídica a partir, tal vez, de un único acto de actuación por cuenta de la sociedad, habrían de agregarse las de tipo práctico, para encontrar un régimen jurídico, pues el mismo autor concluye que «...por otra parte los tipos contenidos en el Código de Comercio —en cuanto a la estructura jurídica de los mismos— no están configurados para servir a la sociedad ocasional, resulta que, incluso calificada de mercantil, no podría encontrarse en el Código de Comercio un régimen adecuado» (cfr. *ibidem*).

(33) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, págs. 229-230.

(34) Cfr. GARRIGUES, J., «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, págs. 8-10.

(35) Cfr. LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, Barcelona, 1950, págs. 350-352.

(36) Cfr. GARRIGUES, J., *loc. cit.*, pág. 11.

mente de «criterio formal o formalista» y «criterio objetivo, material, real» o «criterio finalista» (37). La conjugación de estos datos resolvía el problema de atribuir una determinada calificación jurídica, civil o mercantil (38); sin embargo el esquema fue alterado con la aparición de las leyes de sociedades de capitales, que establecían la naturaleza mercantil únicamente a partir del criterio de la forma: la constitución de una sociedad como anónima o de responsabilidad limitada comportaba automáticamente su consideración mercantil (cfr. los respectivos arts. 3 LSA de 1951, y LSRL de 1953) (39).

El primero está previsto en el Código de Comercio de 1885 (fundamentalmente en los arts. 116 y 119 del Código de Comercio) (40), atiende a la

(37) Evidentemente no son los únicos intentos para separar una de otra clase de sociedades, pero sí los más característicos e importantes, y en todo caso los más eficaces. Ejemplo de otros criterios puede ser para algunos el de la inscripción de las sociedades; es decir, se podría considerar sociedades mercantiles a las inscritas en el Registro Mercantil, pero lo malo es que no puede decirse correlativamente lo mismo en cuanto a las sociedades de naturaleza civil, pues por regla general no tienen por qué acceder al Registro de la Propiedad. En definitiva, el criterio de la inscripción sólo puede tener una utilidad relativa y parcial, porque de un lado es posible que sociedades dedicadas al ejercicio del comercio no se hayan inscrito (aunque se trataría con todo de sociedades mercantiles que se desenvolverían en términos de irregularidad), y por otro, sí resulta cierto que la sociedad inscrita como mercantil (en el Registro correspondiente) debe tener tal naturaleza, sobre todo teniendo en cuenta que la DGRN veda el acceso al Registro Mercantil de las sociedades que pretenden inscribirse como civiles (cfr. DGRN de 25-4-91, Ar. 3168).

Sobre los criterios para la distinción entre lo civil y lo mercantil, en general, vid., LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, Barcelona, 1950, pág. 25 y sigs.; puede verse además la aplicación y crítica de tales criterios en el caso específico del Derecho español, en pág. 38 y sigs.

En cuanto a cómo se plantea la distinción entre sociedades civiles y comerciales en el vigente Código de Comercio, vid., en general GIRÓN TENA, J., cfr. «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol. IV, núm. 10, julio-agosto 1947, pág. 29 y sigs.

(38) Parece que lo más conveniente es aplicar dichos criterios de forma conjunta, no contentándonos en particular con el cumplimiento de los requisitos formales propios de las sociedades mercantiles para atribuir esta naturaleza. De este modo GARRIGUES deduce *a contrario* del artículo 119 del Código de Comercio que «...por el solo hecho de haberse formalizado una sociedad en escritura pública y haberse inscrito luego en el Registro Mercantil no adquiere sin más la cualidad de comerciante, sino que necesita dedicarse al comercio, según el criterio real de la actividad que hemos destacado ya como decisivo para la separación entre sociedades civiles y sociedades mercantiles. Este criterio resuelve el problema de las sociedades civiles por su objeto que se constituyen adoptando una forma mercantil... y no cumplen el doble requisito del artículo 119... En tal caso no habrá sociedad mercantil, ni regular, ni tampoco irregular». Cfr. «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, págs. 226-227.

(39) Cfr. GARRIGUES, J., «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, pág. 13.

(40) El panorama con el Código de Comercio de 1829 era distinto, pues entre otras razones que recoge GIRÓN TENA, cfr. «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol. IV, núm. 10, julio-agosto de 1947,

forma de constitución, es decir, al tipo societario escogido, y permite considerar como mercantiles a aquellas sociedades que se constituyan ajustándose a alguno de los tipos previstos en las leyes mercantiles; lo que supone al tiempo exigir que esa constitución societaria se recoja en el soporte formal de una escritura pública y que la sociedad se inscriba en el Registro Mercantil. Así, para GARRIGUES «el concepto legal de la sociedad mercantil se compone de un doble elemento: material o real, representado por la naturaleza de su actividad, y formal, encarnado en una constitución especial (escritura e inscripción en el Registro)» (41). Y para evitar que pudiera entenderse que, por exclusión, al no resultar aplicable el criterio formal, las sociedades mercantiles carentes de escritura e inscripción pudieran considerarse como sociedades civiles, el autor citado aclara que la constitución de una compañía mercantil «...parece ser un hecho anterior a la inscripción y a la escritura. Supone este precepto (*se refiere al art. 119 del Código de Comercio*) que la compañía existe, al menos en el aspecto interno como contrato si reúne los requisitos esenciales del derecho (v. art. 117), pero antes de dar principio a sus operaciones (aspecto externo), le impone que haga constar su *constitución*, pactos y condiciones en escritura pública, etc. Hasta entonces tendremos una compañía sin personalidad para el tráfico jurídico (v. art. 118, a *contrario sensu*), pero será sin duda una compañía mercantil que, en sus relaciones internas, es decir, como contrato, habrá de regirse por el Código de Comercio...» (42).

De todos modos la contemplación del elemento formal no carece de inconvenientes (además de los que pueden resultar de la virtualidad del art. 1.670 del Código Civil) pues, como afirma LANGLE, la simple forma externa no debe actuar en todo caso determinando la naturaleza esencial de una entidad, y por otra parte tampoco puede rechazarse la posibilidad de que sociedades de naturaleza civil adopten las estructuras de las sociedades mercantiles (43). GONZÁLEZ ORDÓÑEZ quiere ver que de la Exposición de Motivos del Código de Comercio no solamente resulta sancionado el criterio diferenciador formalista, sino que a éste se añade el criterio del objeto social determinado por la índole

págs. 23-24, las sociedades se rigen por el Derecho civil tanto si realizan operaciones de comercio como si no, aunque en este último caso el Derecho civil sufre ciertas modificaciones que impone el Derecho mercantil; así puede concluirse que «no hay un concepto de sociedad civil y un concepto de sociedad mercantil... se piensa por el legislador que el Derecho mercantil de sociedades contiene únicamente desviaciones...»

(41) Cfr. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1936, pág. 163. En otro lugar, cfr. «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 191 A, pág. 12, opina el mismo autor que «...la jurisprudencia del TS posterior al Código Civil, ha entendido el requisito de la constitución con arreglo al Código de Comercio como equivalente a otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro Mercantil, unificando, además, en esta doble formalidad la calificación de compañía mercantil».

(42) Cfr. «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, pág. 12.

(43) Cfr. *Op. cit.*, pág. 351.

de las operaciones realizadas por la sociedad. Aunque cualquiera de ellos conduce en realidad al mismo resultado (a la atribución de una misma naturaleza), pues afirma el autor que no se exige la concurrencia de ambos criterios sino que funcionan separadamente (44). Sin embargo parece desprenderse de esa opinión que los datos del objeto y de la forma (que como se ha dicho no es necesario que concurren simultáneamente en el caso de la calificación de una naturaleza mercantil), en cambio deben exigirse con más rigor en cuanto se intente atribuir a una sociedad naturaleza civil, debiendo concurrir simultáneamente. «El pensamiento del legislador —explica el mismo autor— que discutimos en la E. de M. del Código de Comercio, lleva a una consecuencia conveniente: la de reputar civiles tan sólo a las sociedades en que concurra la doble circunstancia de no dedicarse a operaciones de comercio ni adoptar ninguna de las formas genuinamente mercantiles. Esta solución es la más acertada mientras que la sociedad civil sea un molde rudimentario, que, además, en 1885 ni siquiera tenía en el Derecho español, la personalidad jurídica que después vino a concederle, generosamente, el Código Civil. No es satisfactorio el criterio exclusivo de la forma que reputaría civiles a sociedades que ejercen el comercio. Tampoco es preferible el criterio exclusivo de la dedicación que traería la consecuencia de someter sociedades colectivas, comanditarias o anónimas a la legislación civil. Menos acertado aún sería exigir la concurrencia de forma y objeto comerciales para calificar como mercantiles a las sociedades, porque tal criterio daría lugar a los inconvenientes de los otros dos sistemas poco razonables» (45). Y yo me pregunto, ¿cómo justificar este tratamiento dispar para resolver un mismo problema, según que el resultado sea una naturaleza civil o mercantil? Además, de admitirse se renunciaría de antemano a tratar de afirmar la naturaleza civil de las sociedades mixtas, como luego se verá. Al tiempo que en realidad lo que ocasiona es una extrema dificultad para conseguir encontrar sociedades que puedan ser llamadas civiles; porque en cuanto no se consiga comprobar que ni realizan actos de comercio, ni su forma se corresponde con un tipo mercantil, tales sociedades caerían en el ámbito de absorción de lo mercantil, en el cual es suficiente el defecto de uno de los datos indicados para poder sostener que la sociedad de que se trate ostenta esa naturaleza.

* * *

El otro criterio distintivo se califica como objetivo o finalista, pues atiende al objeto o fin perseguido por la sociedad, y por él se considerarán como

(44) Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M. \ «LOS criterios del derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y civiles y sus consecuencias prácticas», *RDM*, 1956, núm. 59, pág. 71 y sigs., y en particular la conclusión que establece en la pág. 75.

(45) *Ibidem*, págs. 76-77.

sociedades comerciales aquéllas que realizan operaciones mercantiles (46). Tal modo de proceder ha sido predominante tanto entre civilistas como mercantilistas (47), aunque su conveniencia no está exenta de algunas dificultades de tipo práctico como las referentes a aquellos supuestos de actividad que

(46) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 607 y sigs. ídem, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo IV, 15.^a ed., Madrid, 1993, pág. 599 y sigs.

Cfr. LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, Barcelona, 1950, pág. 351. Dicho autor califica este criterio como el más lógico, y el que es predominante en la doctrina, «...es la posición más realista y la mejor fundada, partiendo de la concepción dualista de nuestro Derecho privado».

Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *loc. cit.*, pág. 51 y sigs.

Cfr. AZURZA, «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, pág. 132 y sigs.

GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP*, 1954, pág. 402, al tratar de «Los elementos de tipificación de las Sociedades mercantiles», y refiriéndose específicamente a las sociedades personalistas, señala que estas últimas «venían en la tradición doctrinal y legislativa ligadas a la Sociedad civil actual. La separación de Códigos tuvo que proponerse en el sistema objetivo, y como problema de técnica el tema de la fórmula para reflejar el enlace: siendo sociedades y repitiendo expresamente el Código la noción genérica (art. 116), está claro para el Derecho positivo que los tipos del Código de Comercio se presentaban como especiales, y, por tanto, habían de marcarse las diferencias específicas. Al marcarlas había que combinar distintos elementos: 1.º) Las notas jurídico-estructurales que hacían de estas sociedades subtipos en el campo de la pura organización jurídica. Esto lo hizo mal el Código, y la doctrina adicionó la nota de responsabilidad... 2.º) Atribuida la personalidad jurídica... se presentan las sociedades como «comerciantes colectivos»... De no hacerse tal cosa resultaría que podría darse una figura de sociedad con las características, por ejemplo, de la colectiva, cuya actividad no fuera mercantil; igualmente el caso inverso: Sociedad con objeto mercantil que no hubiera adoptado un tipo mercantil. Para el primer supuesto dictó normas —muy censuradas y censurables— el artículo 1.670 del Código civil...»

(47) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, 7.^a ed., Barcelona, 1982, pág. 293, da una regla general y una excepción al criterio finalista (referida a las modernas leyes mercantiles). «Como regla, la distinción se basa en el fin que persigan ("objeto a que se consagren", según la terminología del art. 1.670). Mercantiles las que se encaminan a realizar actos de comercio; civiles, las que no». Cfr. *ibidem*, pág. 294.

Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 6.^a ed., Madrid, 1983, pág. 670.

De cualquier modo, no hace falta advertir que ni este criterio distintivo ni ninguno otro son inexorables, pues, como toda regla general, tienen supuestos excepcionales. Vgr., es frecuente considerar que las SAT tienen naturaleza civil, lo que se concilia mal con la constatación de que muchas veces esas sociedades persiguen su objeto mediante auténticas explotaciones mercantiles —cfr. el criterio finalista, objetivo, o de la actividad—. En otros supuestos sucede de modo parecido, que independientemente del dato que resulte de la actividad social, la ley atribuye a una sociedad una naturaleza determinada: al margen de los supuestos más conocidos, la LSA y la LSRL, puede verse ese fenómeno en otras como en la Ley 1/94, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, cuyo artículo 4 dice que tendrán siempre carácter mercantil.

Planteando las cosas desde otra perspectiva, las sociedades se pueden calificar (entre otros criterios, mediante el del objeto o actividad) como civiles o mercantiles. Pero, tales notas ¿atribuyen imperativamente una determinada naturaleza? Es decir, si los particulares expresamente desean quedar sometidos al régimen de la sociedad civil pese a que sus

no es fácil calificar inmediatamente como civil o mercantil (48). El inconveniente principal que desvirtúa relativamente la utilidad de tal criterio es que sus resultados en buen número de ocasiones no se corresponden con la calificación que los tribunales dan a ciertas sociedades, cuya actividad debiera ser calificada como mercantil. Esto último es fácilmente constatable en la jurisprudencia del TS, en donde no es raro encontrar con la calificación de sociedades civiles (muy frecuentemente irregulares) a sociedades que tienen por objeto un negocio: de espectáculos, cafeterías, bares, explotaciones mineras, de construcción e inmobiliarios, etc. (49). La explicación que puede darse es que se trata de negocios de *pequeña entidad*, aun mercantiles, que resultaría desproporcionado someter íntegramente a la normativa que el régimen mercantil comporta. Lo que no deja de ser, en cualquier caso, una arbitrariedad (pues depende de que se considere o no que una sociedad tiene por objeto un negocio poco relevante, por más que tampoco pueda averiguarse cómo se concreta este dato); es poco conforme con la seguridad jurídica de lo previsible, si es que la regla general ha de seguir siendo que el carácter o naturaleza mercantil se determina por el objeto o actividad social.

Al margen de las anteriores remoras, el empleo del criterio de la actividad social debe relacionarse directamente con el fenómeno de la irregularidad societaria civil, concretamente con lo que prefigura el artículo 1.669 del Código Civil. Pues no resulta descabellado pensar, sobre todo si se considera la función que la normativa de la sociedad civil puede jugar en su papel de sociedad general de las personalistas, que cabe hablar propiamente de activi-

actividades pudieran ser calificables como mercantiles, ¿habría algún inconveniente? Claramente no lo habría en las relaciones internas, pero no resulta tan claro en las externas donde, por primar el interés de la protección de los terceros, los socios no son autónomos; así habremos de ver cómo la DGRN mantiene una postura firme, rechazando que se puedan inscribir en el Registro Mercantil sociedades que no respondan a la naturaleza mercantil.

Entre otras alternativas para comprobar hasta qué punto los socios son autónomos para atribuir una determinada naturaleza a la sociedad que constituyen, podríamos referirnos a la pregunta que se formulaba CASTÁN sobre si puede una sociedad civil, por su objeto, dividir su capital en acciones. El autor afirmaba, cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 571, que ello podía admitirse sin ninguna duda, pero evidentemente esa opinión, expresada en 1933, no sería hoy correcta —siempre que hablemos en términos de regularidad societaria—, dado que la LSA atribuye carácter mercantil a cualquier supuesto de sociedad que adopte la forma de la anónima.

(48) Cfr. LANGLE Y RUBIO, E., *Op. cit.*, pág. 351. Esas dificultades no tienen una solución general, sino que «La discriminación de tales actos será en cada caso una cuestión de hecho, que el Juez resolverá».

(49) Vid. FORMES BAIGORRI, A., «Sociedad civil-Sociedad mercantil. La determinación del carácter civil de la sociedad y normativa aplicable», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Valencia, 1995, pág. 1401 y sigs., que expone una interesante relación de actividades que puede desarrollar en la actualidad una sociedad civil.

dad social cuando ésta se desarrolla efectivamente en el tráfico por la sociedad. Lo que no tiene que ver, o es distinto, con los supuestos en que los socios mantienen oculto el pacto social y la actividad a desarrollar, contratando cada uno de ellos en su propio nombre con los terceros (cfr. art. 1.669-1 del Código Civil): cuando se trate de sociedades personalistas en que concurren tales circunstancias (sociedades irregulares, ocultas, internas...), es muy probable que se les aplique lo dispuesto en el artículo 1.669 del Código Civil (ha solido hacerlo con mucha frecuencia la jurisprudencia, tal como veremos), aunque la actividad a desarrollar fuera mercantil (50).

Lo que ciertamente no sirve como rasgo diferenciador de unas y otras sociedades es atender al régimen que se les aplica, considerando civiles aquellas que se someten al del Código Civil y mercantiles las que lo hacen al Código de Comercio. Este dato no tiene en sí mismo utilidad para establecer la naturaleza; puede parecer demasiado evidente aunque no lo es tanto ya que, de un lado, hay ciertas sociedades civiles (vgr. aquellas a que se refiere el art. 1.670 del Código Civil) en que la cuestión de su régimen es realmente álgida, y de otro porque a veces podría interesar que se pasase por alto la inconsistencia del argumento si es a cambio de cierta dosis de seguridad jurídica. Tal vez a eso se refiera GONZÁLEZ ORDÓÑEZ cuando dice que «...si partimos de un concepto genérico del contrato de sociedad valedero para las esferas civil y mercantil, y tenemos en cuenta que la legislación civil es Derecho común y la legislación mercantil Derecho especial, es claro que sociedad civil debe significar sociedad regida totalmente por la legislación civil, y sociedad mercantil debe querer decir sociedad regida total o al menos preferentemente

(50) Cfr. PAZ-ARES, C. *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1302-1303. «Si una sociedad se dedica al tráfico mercantil, pero por otras circunstancias (luego se refiere a las sociedades internas y a las ocasionales) no puede ser encuadrada en un tipo mercantil, es claro que habrá de subsumirse en la normativa de la sociedad general». Debe retenerse además que, en opinión de este autor, la actividad social es uno de los elementos que califica como «no esenciales para el concepto de sociedad general» contenido en el Código Civil (cfr. *ibidem*).

Si antes comentaba por mi parte que la circunstancia de la irregularidad actúa condicionando la efectiva atribución de una determinada naturaleza jurídica, por encima de lo que resulte del objeto o actividad sociales, es preciso explicar que esta regla no es absoluta; lo que no impide que responda a cierta frecuencia de cumplimiento por el TS. En último término podría concluirse que, haciendo abstracción de los elementos fácticos de cada caso, tanto los principios casacionales (de competencia del juzgador en la calificación de la naturaleza de las relaciones en litigio, de vinculación a los motivos alegados con los recursos, de limitación en cuanto al conocimiento por el Tribunal de cuestiones nuevas no discutidas en la instancia, etc.), como la propia influencia de la calificación de irregularidad, pueden provocar que cuestiones parecidas reciban tratamientos dispares. Citemos por ejemplo, como *materia decidendi*, algunas resoluciones referidas a sociedades que tienen por objeto la explotación de garajes: mientras las STS de 8-11-83, de 26-4-88, y la de 27-5-93 consideran la existencia de una sociedad civil irregular, en cambio la STS de 20-6-91 califica la sociedad como irregular mercantil.

por la legislación mercantil (arts. 2 y 50 del Código Civil)... Podemos afirmar que sociedades mercantiles son las que se rigen por el Derecho comercial. Pero esta afirmación que es, o debe ser, exacta, no nos vale como definición, porque es una tautología (son sociedades mercantiles las sociedades mercantiles)». Aunque aproveche precisamente esa tautología para justificar que la calificación de la naturaleza de una sociedad debe conllevar necesariamente la del régimen jurídico que se le aplica (51).

Tampoco podemos fiarnos para discriminar las clases de sociedades del criterio de las formalidades de constitución, es un dato inútil a esos fines (52). Sólo actúa *a posteriori*, porque solamente se podrán exigir esas formalidades una vez se haya averiguado que la sociedad tiene naturaleza mercantil.

* * *

Nuestro Código Civil, para distinguir las sociedades civiles de las mercantiles, acude efectivamente al criterio objetivo en el artículo 1.670: «*Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código*». También la jurisprudencia ha hecho con frecuencia uso del referido criterio objetivo como instrumento para calificar las sociedades, sin prescindir tampoco del criterio formal; a este último respecto, no puede pasarse por alto cierta línea jurisprudencial, generalmente criticada por la doctrina científica, que, supeditando el dato objetivo de la finalidad perseguida por la sociedad al formal de su constitución, ha atribuido naturaleza civil a las sociedades mercantiles defectuosamente constituidas. Así sucede, vgr., en la STS de 26-6-59 (Ar. 2936, CL. 445), en la paradigmática de 3-3-60 (Ar. 944, CL. 151), a la cual se refieren otras posteriores como las de 1-10-86 (Ar. 5230, CL. 554), 9-10-87 (Ar. 6929, CL. 608) y 9-2-94 (Ar. 838, CL. 75). Tal modo de proceder, al margen de los reproches de que haya de ser objeto, podría encontrar su justificación en el papel que se sigue reservando a la sociedad civil como tipo general de las personalistas (53).

* * *

(51) Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *loe. cit.*, págs. 67-68.

(52) Cfr. GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol. IV, núm. 10, julio-agosto 1947, pág. 36.

(53) Incluso en algunos casos, por las propias circunstancias concurrentes en una sociedad que pretende efectuar actividades mercantiles, puede resultar desaconsejable acudir a las reglas de la sociedad colectiva que a su vez es el tipo o modelo general de las sociedades mercantiles de base preponderantemente personal. En tal sentido, vid., PAZ-ARES, C, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1315; aunque se sitúa en la línea de los críticos a la referida corriente jurisprudencial, parece apuntar una

La existencia de criterios paralelos y distintos (formal el del Código de Comercio de 1855, y objetivo el del Código Civil de 1889) para establecer separación entre sociedades civiles y mercantiles, plantea el lógico problema de tener que determinar por cuál de ellos se opta, cuando su aplicación llevase a resultados contradictorios. Para establecer la jerarquía entre esos principios, lo que se ha hecho es aplicar las reglas generales sobre preferencia entre disposiciones, haciéndose prevalecer como *lex posterior* el criterio objetivo o finalista que el Código Civil refería en el artículo 1.670 (54). Por eso, ha sido durante bastante tiempo mayoritaria la preferencia de la doctrina por el criterio objetivo o finalista para establecer la naturaleza de una sociedad. Los datos formales no se consideran ya adecuados para distinguir las sociedades civiles de las mercantiles, «en realidad —señala BLASCO GASCO— ni siquiera es el criterio previsto en el Código de Comercio, pues la sociedad (mercantil) se inscribe en el Registro Mercantil precisamente porque se trata de una sociedad mercantil y no es tal porque se haya inscrito en dicho Registro público» (55).

PUIG PEÑA sintetizaba acertadamente el devenir histórico, cómo ha sido la sucesión de criterios distintivos que han encontrado acogida en los Códigos de Comercio y Civil: «El Código de 1829 —se refiere al Código de Comercio— adoptó el puro criterio objetivo (art. 264); pero el vigente se pronuncia decididamente por el sistema de la forma —en el art. 116— ... Este criterio *formalista* hubiera decididamente triunfado en nuestro Derecho si no hubiera sido por el precepto del artículo 1.670... Con arreglo a esta disposición, el criterio de la forma ya no sirve, pues que tanto las comerciales *propio sensu* como las civiles pueden adoptar forma mercantil. Pero como, por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no quiere desprenderse en algunos supuestos del criterio de la forma, resulta que en

idea similar a la que refiero, a propósito de las sociedades mercantiles internas y las ocasionales; añade otra reflexión que puede ilustrar de otra manera aquel punto de vista: «La aplicación de la colectiva (*se refiere a su régimen normativo*) exige que concurran los requisitos mínimos de configuración de esa forma social —carácter externo y permanencia en la actividad—, de suerte que si faltan, como ocurre con la sociedad interna y la sociedad ocasional que actúan en el tráfico mercantil, el supuesto deviene atípico y es reabsorbido por la sociedad civil».

(54) Cfr. entre otros autores, todos en el mismo sentido, GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol. IV, núm. 10, julio-agosto 1947, pág. 33. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1, Madrid, 1986, pág. 57. Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, 7.^a ed., Barcelona, 1982, pág. 293, nota 2.

En cambio, GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, cfr. *loe. cit.*, pág. 60, se esfuerza en combatir la incidencia que tuvo el Código Civil —su art. 1.670— para alterar el criterio tipificador que había empleado antes el Código de Comercio.

(55) Cfr. «Los contratos societarios», en *Derecho de obligaciones y contratos*, de VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R. (Coord.), Valencia, 1994, pág. 730.

nuestro Derecho se adopta un punto de vista conjunto..» (56). De tal modo que para las sociedades en que concuerda su naturaleza, civil o mercantil, con su forma, no se plantea ningún problema de calificación, ya se apliquen única o conjuntamente los criterios formal y objetivo. En cambio (afirmaba citando la STS de 5-7-40) si se trata de sociedades cuya naturaleza es mercantil, pero que no se han constituido con arreglo a las normas mercantiles correspondientes, se aplica exclusivamente el criterio de la forma, y se registrarán solamente por la legislación común (57). Por último, en cuanto a las sociedades de naturaleza civil pero que al amparo del artículo 1.670 del Código Civil se han ajustado a alguna de las formas, al tipo, de las sociedades mercantiles, su carácter civil o mercantil se determinará como resultado de aplicarse el criterio objetivo; de tal modo que «...la sociedad será civil siempre que *por su objeto* se dedique a operaciones no comerciales (industrias agrícola, pecuaria, minera, pesca, etcétera, por regla general)». En definitiva, concluye el autor que estoy siguiendo —y con quien lo que vengo diciendo me pone en desacuerdo—, que «...la distinción entre la sociedad civil y la mercantil apenas si tiene trascendencia en nuestro Derecho...», salvo en relación a ciertos aspectos concretos, como pueden ser los relativos a situaciones de insolvencia (pues a las sociedades civiles se aplican las normas del concurso, y las de la quiebra a las mercantiles), a la llevanza de libros de comercio (que se exige para las sociedades mercantiles), o a la existencia de personas, gestores, a quienes especialmente se haya encargado de la administración social (pues, en la sociedad civil, es posible que esa gestión no se haya encargado especialmente a ninguno de los socios, en cuyo caso todos actuarán como administradores) (58).

No puede dejar de tratarse lo que supuso la consagración legislativa del criterio objetivo por el Código Civil, sin alabar la utilidad que reporta la clarificación del problema antes existente. Pues basta pensar que, de alguna manera, en apariencia se trasciende la cuestión de distinguir sociedad civil y sociedad mercantil, ya que ambas no llegan a confundirse: se considera que son fenómenos que pertenecen a ámbitos tan distintos como diferente es la actividad, civil o comercial, que en el ejercicio de la sociedad desenvuelven los socios. Pero realmente parece que el provecho (reconocido e indudable)

(56) Cfr. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, cit., págs. 367-368.

(57) La referencia, hecha literalmente a «sociedades mercantiles por naturaleza, pero no constituidas con arreglo a todas las prescripciones del Código de Comercio», cfr. *ibidem*, pág. 368, creo que puede entenderse equivalente al fenómeno de la irregularidad mercantil tal como se ha desarrollado hasta la actualidad. En tal sentido, me limito ahora a recordarlo, tiene una necesaria relevancia cierta línea jurisprudencial —ya antigua— que ha considerado como sociedades civiles a las mercantiles defectuosamente constituidas.

(58) Cfr. *Ibidem*.

del empleo del criterio objetivo no es absoluto, y espero que así se concluya en la lectura de las páginas siguientes (59).

La claridad que ofrece el criterio objetivo (que con todo no es sino aparente) podría oscurecerse si se tuviera en cuenta que, para retornar a la confusión inicial, hay quienes han querido ver que el principio del artículo 1.670 del Código Civil (en cuanto permite la posibilidad de que las sociedades civiles por su objeto adopten forma mercantil) ya no se halla vigente. Me refiero en concreto a SÁNCHEZ CALERO (60) quien dice que «...tal principio ha perdido su eficacia, hasta el punto de que puede considerarse derogado después de la promulgación de las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, y de la modificación del Código de Comercio en lo relativo a la sociedad en comandita por acciones (arts. 151-157), ya que como sabemos declaran que esas sociedades serán mercantiles cualquiera que sea su objeto. Por otro lado, el Código de Comercio presupone como esencial para las sociedades colectivas y comanditarias simples el que tengan un "objeto mercantil" (ver los arts. 127, relativo a la gestión de los socios colectivos; el 137 sobre la prohibición de éstos de hacer la competencia a la sociedad; el 923 sobre el sometimiento en la quiebra de los socios colectivos, etc.)». Sin contar con que la adopción de las formas mercantiles obliga a los socios (cfr. art. 119 del Código de Comercio) a inscribir la sociedad en el Registro Mercantil, y que —al margen de que quepa la posibilidad de que la sociedad se desenvuelva irregularmente— algunos tipos de sociedades mercantiles precisan de la inscripción con eficacia constitutiva, de modo que no existen tales tipos de sociedades sin la inscripción (61).

* * *

Por todo lo anterior, en la actualidad parece que por su certeza ha de prevalecer un doble criterio para determinar la naturaleza mercantil o civil de una sociedad, que creo que, entre otras ventajas, comporta la de su sencillez, aunque sólo fuere porque divide el problema (ello no obstante, luego intentaré demostrar que su utilidad tampoco es absoluta). Ese modo diverso de

(59) Por el momento, sirva de confianza en lo que digo la opinión de CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1, Madrid, 1986, págs. 57-58, en el sentido de que al reducirse la cuestión de distinguir sociedades civiles y mercantiles, por aplicación del criterio objetivo, «se empobrece notablemente su alcance, sin tener en cuenta la existencia de otras posibilidades y sin subrayar suficientemente el modo en que la adopción del criterio objetivo derogaba al criterio del tipo social adoptado...»

(60) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, pág. 230.

(61) Cfr. *Ibidem*.

proceder consiste en examinar por una parte el objeto o materia de la sociedad, y por otro el tipo social, el modelo legal, al que intenta ajustarse. De tal manera que la solución es distinta según se trate de sociedades de personas o de sociedades de capitales. En las primeras, su carácter mercantil ha de resultar del dato objetivo de la actividad que constituya su fin: si persigue la realización de actos de comercio (cfr. art. 2 del Código de Comercio), la sociedad será mercantil (62).

En cambio las sociedades capitalistas tienen siempre carácter mercantil, en ellas podríamos decir que la forma determina de alguna manera la sustancia, su naturaleza, ya se trate de sociedades comanditarias por acciones, de sociedades anónimas, o de responsabilidad limitada (cfr. arts. 116 y sigs. del Código de Comercio, art. 3 LSA, art. 3 LSRL); en cuanto a ellas se aplica radicalmente el criterio de la forma, independientemente de su objeto o actividad (63). Con claridad lo expresa CAPILLA RONCERO (64), al decir que

(62) A propósito de los actos de comercio, conviene precisar que aunque han jugado en muchas ocasiones como elemento decisorio de mercantilidad, su valor tampoco puede ser desmedido. Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966, pág. 259 y sigs.

Nuestro TS ha declarado con frecuencia que la calificación de los actos de comercio es cuestión de hecho, y como tal está reservada a la apreciación de los jueces, con la consiguiente dificultad para articular recursos de casación que pretendieran fundarse en una calificación errónea (lo que a su vez puede explicar alguna vez la ausencia de jurisprudencia específicamente destinada a establecer reglas generales para determinar la naturaleza civil o mercantil de una sociedad por constituir su objeto la realización de actos de comercio; dado que la defectuosa apreciación de tales actos de comercio, en que pudiera basarse la consideración de una sociedad como civil o mercantil, no tendría acceso directo a la vía casacional).

En la jurisprudencia (incluso desde antiguo, cfr. vgr., STS de 8-10-29, 19-12-33, 13-3-36, 9-3-43, 9-5-44) los actos de comercio se caracterizan por estar destinados a la circulación de la riqueza, por predominar en ellos el espíritu de lucro, y por ser necesariamente onerosos, por ser realizados habitualmente por los comerciantes en ejercicio de su profesión o industria. Cfr. SANTOS BRIZ, *op. cit.*, pág. 280.

En cualquier caso, el recurso a los actos de comercio para calificar de mercantil la función de quien los realiza tropieza con un inconveniente de principio y es la semejanza en los términos que tanto el Código Civil (art. 1.665) como el Código de Comercio (art. 116) utilizan para establecer el concepto de sociedad a que respectivamente se refieren, pues ambos contienen una finalidad lucrativa, de tal modo que —en palabras de GIRÓN TENA, cfr. «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», en *RDP*, 1954, pág. 400— «la nota especulativa que se atribuía a los actos de comercio se difumina para las sociedades».

(63) Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., «Manual de Derecho civil español», vol. III, cit., pág. 670.

Cfr. BLASCO GASCO, F., «LOS contratos societarios», en *Derecho de obligaciones y contratos*, cit., pág. 730.

(64) Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil...*, cit., págs. 59-60. Coincide en su opinión con la que expone GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *LOS criterios del derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y civiles y sus consecuencias prácticas*, cit., pág. 67 y sigs.

«...no es de extrañar que, atendiendo a los antecedentes y al tenor de diversos preceptos del Código de Comercio, se pueda aventurar la opinión de que en él se recogen como criterios distintivos realmente los dos apuntados (*el formal y el objetivo*), alternativamente: serán mercantiles, esto es, se someterán a las disposiciones del Código de Comercio, las sociedades que se dediquen a actividades mercantiles, sea cual sea el tipo social escogido, y las sociedades que adopten algunos de los tipos mercantiles regulados, sea cual sea la índole de las operaciones que constituyen su objeto».

Para el caso de que una sociedad que se constituyera sin acogerse a un tipo mercantil se dedicara por su objeto social a una actividad comercial, hay que inclinarse por atribuirle naturaleza mercantil, reconociendo la primacía del criterio objetivo; ahora bien, en tal situación, puede plantearse el problema —siempre más importante que la atribución de calificaciones— de determinar por qué régimen jurídico debe regirse esa sociedad (65). Creo que ese régimen dependerá tanto de la naturaleza civil o comercial, aplicándose normas de una u otra naturaleza, como, si se trata de una sociedad calificable de irregular, del criterio que se sustente sobre ese fenómeno más amplio. Si se trata de sociedades mercantiles, no hay demasiados problemas en ver que el régimen idóneo es el previsto por el Código de Comercio para las sociedades colectivas (tal sentido puede verse con frecuencia inspirando la jurisprudencia, además de que goza del valor de la tradición histórica, y de que es una consecuencia que resulta legalmente de la *mens legislatoris*, en lo que deja traslucir aquel Código); aun sin olvidar que (por muchos reproches que puedan hacerse no deja de ser algo real) existe un buen número de sentencias que han sometido las sociedades mercantiles irregulares a las normas del Código Civil, que jugaría en tales —y otros— supuestos el papel de Derecho común, también en cuanto a las sociedades. Sin duda lo más justo —para los terceros, cuyos intereses no deben sufrir un perjuicio fraudulento— es tratar de encontrar la naturaleza de una sociedad en la manera de actuar de quienes la componen, pero no siempre los actos de los socios se corresponden con la esencia de la sociedad. Además de que en ciertos casos, ante el cúmulo de inconvenientes con que pueden tropezar otras posibles soluciones, no queda más remedio que optar por la que mejor propicie la seguridad jurídica.

Me parece oportuno llamar la atención sobre el hecho de que tal vez no se ha destacado suficientemente por la doctrina (66) que, el criterio que estoy

(65) Sociedad que CAPILLA califica de «atípica», y en cuanto a la cual dice que es compartible la opinión de quienes mantienen el papel que la sociedad colectiva desempeña como Derecho común de las sociedades mercantiles. Cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pág. 61.

(66) Aquí mismo podrá verse por las opiniones que seguidamente continuaré citando, tanto de civilistas como de mercantilistas.

examinando, pese a ofrecer un esquema tan lógico para distinguir sociedades civiles y mercantiles a partir de la separación de las sociedades capitalistas y personalistas, se basa en un presupuesto necesario que tal vez no se dé en algún caso concreto. Pretendo decir, ni más ni menos, que el criterio formal no siempre es aplicable, ni siquiera siempre ofrece resultados incuestionables, ni aunque se refiera a las sociedades capitalistas. Pues sólo tiene utilidad real en cuanto se trate de sociedades regulares, pues esa regularidad significará normalmente la conformidad de una sociedad con los elementos formales que las leyes le imponen. Si son sociedades regulares aquéllas que precisamente se han constituido acogiéndose a las exigencias formales que prescribe el Derecho, en casos distintos, en las situaciones de irregularidad provocadas precisamente por la omisión de los requisitos de forma, esos vacíos no pueden comportar la virtualidad de atribuir la naturaleza mercantil que las leyes reservan únicamente para las sociedades regulares (67).

Insistiendo en lo anterior, la regla de disociar dos grandes grupos de sociedades que tienen naturaleza mercantil, en cuanto al criterio de buscar el dato formal en las capitalistas, no nos sirve más que fuera del ámbito de la irregularidad societaria. Dado que en las sociedades capitalistas los requisitos de forma tienen carácter constitutivo, sólo en las sociedades capitalistas regularmente constituidas las formas o elementos formales podrán exteriorizar su naturaleza mercantil. Por el contrario, en las sociedades capitalistas irregulares, ya que en realidad no podrán considerarse como tales sociedades al carecer de algunas formalidades constitutivas, solamente a través del criterio de la actividad nos permitirán conocer su naturaleza mercantil (68).

A los autores antes citados, con las opiniones en pro del criterio calificador que aparece como más moderno, parecen agregarse otros como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que opinan que en nuestro Derecho positivo la solución del problema de distinguir sociedades civiles y mercantiles tiene que obtenerse conjugando el criterio objetivo y el formal: «por ello, si la sociedad se constituye regularmente y adopta alguno de los tipos reconocidos por la legislación mercantil, debe calificarse como sociedad mercantil. No obstante, a tenor del artículo 1.670, si la sociedad es civil por su objeto, sólo le son aplicables las disposiciones de la legislación mercantil en cuanto no se opon-

(67) Cfr. en este mismo trabajo, las STS de 6-2-64 y de 20-2-88, además del artículo 16-2 LSA.

(68) Distinto sería el caso de las sociedades en formación, cfr. artículo 15 LSA. En ellas su mercantilidad no resulta de una actividad que el intérprete deba calificar, sino de los propios actos de los sujetos contratantes que exteriorizan su voluntad mediante el empleo de ciertas formas correspondientes e indicativas de la sociedad mercantil; en definitiva, aquí el carácter mercantil todavía puede resultar de la aplicación de un criterio legal que atribuye la naturaleza mercantil por la forma de constitución escogida, aunque todavía no se haya ultimado.

gan a las del Código Civil, salvo si el tipo elegido es la sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Aquí la forma prejuzga totalmente el carácter mercantil y queda sometida a la legislación especial» (69).

Para el mercantilista URÍA «hoy, sin embargo, la vieja cuestión —*la de la distinción de las sociedades civiles y las mercantiles*— se ha simplificado notablemente, merced a que nuestro legislador ha vuelto a salir por los fueros de la forma, ratificando plenamente el primitivo criterio formal del Código de Comercio en las leyes reguladoras de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada... Ya no es posible, pues, plantear frente a esas formas sociales cuestión alguna acerca de su carácter o naturaleza, y el problema queda relegado, así, al campo de las sociedades colectivas y comanditarias. Pero aun en éstas, el criterio de la organización en empresa peculiar de la actividad mercantil en general permite simplificar notablemente la solución: las sociedades que desarrollen o exploten una empresa serán mercantiles; las que no se constituyan con esa finalidad u objeto tendrán índole civil, sin perjuicio de que en razón a su forma mercantil hayan de quedar sometidas —según quiere el art. 1.670 del Código Civil— a las disposiciones del Código de Comercio que no se opongan a las del Código Civil» (70).

VICENT CHULIÁ apunta que aunque «algunos interpretaron que el Código de Comercio establecía el principio de *mercantilidad por la forma*, es decir, que toda sociedad constituida en una de las cuatro formas o tipos mercantiles sería mercantil (tres, en la redacción del art. 122 del Código de Comercio de 1885, que las definía, hasta su modificación por la Ley 19/89)», sin embargo en la actualidad puede hacerse una interpretación conjunta del Código Civil y del Código de Comercio que lleva a la conclusión de que el sistema o criterio vigente es distinto. Efectivamente el sistema hoy existente resulta de distinguir según se trate de sociedades personalistas o de capitales. En las primeras, «es decir, colectiva y comanditaria simple, la sociedad es mercantil si lo es su actividad u objeto, es decir, si constituye "ejercicio del comercio". Por ello, si una sociedad tiene objeto mercantil ("operaciones de giro y otras actividades lucrativas...") es mercantil, por lo que no puede inscribirse en el Registro Mercantil con la autocalificación de "civil", dada la confusión que

(69) Cfr. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6.^a ed., Madrid, 1989, pág. 522. Resulta llamativo que esa solución se refiera en su primer extremo específicamente a la sociedad constituida «regularmente», ¿acaso piensan estos autores que la fórmula variaría si se tratara de una sociedad irregularmente constituida, al tener que disociarse el ámbito interno (regido por el pacto social) el externo (en que se prima la protección de los terceros)? O ¿tal vez la solución distinta para la sociedad irregular estaría en sintonía con aquel argumento jurisprudencial que considera sociedades civiles a las mercantiles defectuosamente constituidas?

(70) Cfr. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 21.^a ed., Madrid, 1994, págs. 180-181.

originaría...» (71). En cambio para las sociedades de capitales, es decir, la sociedad anónima, la comanditaria por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada (y también la sociedad de garantía recíproca y la agrupación de interés económico, en cuanto tienen como regímenes supletorios respectivos el de la SA y el de la sociedad colectiva), se sigue el criterio formal, el de mercantilidad por la forma. De tal modo que «*son siempre mercantiles* aunque su actividad sea agraria, artesana, profesional u otra calificada como civil» (72).

BROSETA (73) explica el problema con una meridiana precisión, partiendo como otros autores de la premisa de que la solución debe ser distinta según el tipo o clase de sociedad (ya se trate de sociedades capitalistas o personalistas; aunque califica el criterio formal que se aplica a las primeras como afortunado, mientras que para las sociedades personalistas habla de una «enajosa y complicada interpretación», que consiste en el criterio objetivo). Para las sociedades capitalistas ha prevalecido el criterio formal, lo que al mismo tiempo «ha hecho desaparecer de nuestro Derecho las sociedades civiles con forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada». Tratándose de sociedades personalistas, opina que «nuestro Derecho positivo no establece con suficiente claridad cuál es el criterio de cuya presencia o ausencia depende su naturaleza mercantil o civil. La cuestión ha sido además enturbiada por la contradictoria y vacilante jurisprudencia del Tribunal Supremo, en un problema de cuya resolución en uno y otro sentido depende que las sociedades personalistas sean sometidas al Código de Comercio o al Código Civil». Al permitir el artículo 1.670 del Código Civil que las sociedades de naturaleza civil, sin dejar de serlo, pudieran adoptar algunas formas de las sociedades mercantiles, quedó derogado el criterio formal vigente antes de la promulgación del Código Civil para determinar la naturaleza mercantil de las sociedades. «¿Cuál es actualmente —se pregunta BROSETA— el criterio del que depende la mercantilidad de las sociedades colectivas y comanditarias? Sin duda, *la naturaleza mercantil o industrial de la actividad para cuya explotación la sociedad se constituye*. Así se desprende no sólo del artículo 1.670 del Código Civil, sino también de los artículos 117-2.º, 123 (antes de su reciente derogación) y 1-2.º del Código de Comercio». En definitiva, para este autor el criterio objetivo o de la actividad es decisivo en forma tajante cuando se trata de sociedades del tipo de las personalistas; en el supuesto del artículo 1.670 del Código Civil, las sociedades serán mercantiles cuando su

(71) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 5.ª ed., Valencia, 1992, págs. 123-124.

(72) *Ibidem*.

(73) Cfr. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, pág. 159 y sigs.

objeto sea mercantil o industrial, y serán en cambio civiles cuando se realicen actividades de naturaleza civil. Incluso es determinante de la naturaleza civil, en su caso, que puede tener una sociedad que ha de atribuírsele tal carácter tanto cuando las correspondientes sociedades colectivas o comanditarias se constituyan regularmente, con escritura pública que se inscriba en el Registro Mercantil, como cuando la sociedad caiga dentro del fenómeno de la irregularización (74).

* * *

¿Cómo se traduce en lo concreto el juego de criterios distintivos? Sería oportuno que nos planteásemos la cuestión de otro modo, preguntándonos qué actividades podrán constituir el objeto de la sociedad civil, habida cuenta de su proximidad a la mercantil. La respuesta es que tal materia se obtendrá por exclusión o eliminación del ámbito que es peculiar de la sociedad mercantil, atendiendo en cuenta que la sociedad mercantil está caracterizada por una enumeración específica de actividades y por una referencia genérica a su dedicación a la industria o al comercio (cfr. arts. 117, 123, 124 del Código de Comercio). En efecto, las posibilidades de que ante una sociedad dada, ésta tenga naturaleza mercantil, son grandes. De cualquier modo, al margen de los casos en que por razones no siempre idénticas el TS ha dado la consideración de sociedades civiles a las que tienen por objeto actividades como las de espectáculos y discotecas, cafeterías y bares, pueden considerarse sociedades civiles las agrícolas o pecuarias y las artesanales (cfr. art. 326 del Código de Comercio), acaso las explotaciones mineras, las sociedades de profesionales, y tal vez otros supuestos más llamativos como ciertas comunidades de propietarios (75).

Ha de reconocerse que es exigua la posibilidad de que una sociedad alcance carácter civil, y por lo mismo no sorprende que se haya podido llegar a pensar —y a escribir— que la sociedad de esa naturaleza ha acabado por ser un contrato realmente en desuso, cuando no pueda decirse incluso que resulta extravagante. Nada más lejos de la realidad. Lo que ha perdido desde hace mucho tiempo la sociedad civil (en cuanto a campo de aplicación de los supuestos a que puede referirse, de los objetos o fines civiles que admite una sociedad) (76) lo ha recobrado como contrapartida al adquirir el régimen de la sociedad civil, el catálogo preceptivo del Código, una importancia si no

(74) Cfr. *ibidem*, pág. 159.

(75) Cfr. CÁMARA ALVAREZ, M. DE LA, *Estudios de Derecho mercantil*, Tomo I, 2.^a ed., Madrid, 1977, pág. 150.

(76) Capituladiminución de que tiene tanta responsabilidad el legislador, la *mens legislatoris*, como la realidad del tráfico y sus necesidades de agilización.

creciente desde luego constante. Y el mérito de esa conservación de la sociedad civil, que impide que se la considere como un cadáver jurídico, en buena medida se ha cosechado por la jurisprudencia (77) y, en lo que pueda faltar para que sea absoluto ese mérito, es también del sentido jurídico popular que tal vez haya visto en la sencillez (sobre todo de manera comparativa con la tipología societaria mercantil), y plenitud del régimen del Código Civil una respuesta idónea para sociedades con escasas pretensiones (78). Y aún cabe añadir, siempre desde mi punto de vista, otra coordenada para situar el plano de influencia que actualmente ocupa la sociedad civil: donde más se afirma el papel que el régimen societario civil está llamado a seguir desempeñando, es en el ámbito de la irregularidad (79). Ya lo intuía de alguna manera GIRÓN TENA, para evitar ciertas contradicciones que en otro caso se plantean, «...en el orden del juego de conceptos de libertad de configuración debería permitir la entrada como concepto formal en el Derecho mercantil de las sociedades civiles para resolver problemas de atipicidad y de régimen» (80).

* * *

En definitiva, en el presente epígrafe se ha venido diciendo lo evidente, que las sociedades civiles son distintas de las mercantiles. Pero, algo que es igualmente lógico pero cuya evidencia a veces se escapa, la distinción conceptual de una y otra debe comportar necesariamente una diferenciación de

(77) Ya lo ponía de manifiesto PUIG PEÑA, F., cfr. *Tratado de Derecho civil español*, cit., pág. 364, nota 1, cuando relata brevemente la evolución histórica del contrato de sociedad explica cómo al aparecer las sociedades comerciales con su concepción de la personalidad jurídica la sociedad civil quedó un tanto relegada, pero ha sido la jurisprudencia la que poco a poco ha ido «...desarrollando insensiblemente una labor de parificación con la sociedad comercial en estos respectos de la personalidad jurídica».

(78) Eso sucede muchas veces con sociedades para las que, aunque persigan fines de naturaleza mercantil, la complejidad y el costo económico del riguroso formalismo inherente a lo mercantil es suficientemente persuasivo, pues resulta más ventajosa la sencillez y el afomalismo característicos de las sociedades civiles.

(79) La actualidad de la sociedad civil (contra todo pronóstico) no sólo resulta positivamente de la propia importancia del régimen que el Código Civil previene para la sociedad que regula, sino que por exclusión también recoge lo que el Código de Comercio no puede resolver adecuadamente (como las sociedades internas), sin contar con las razones de orden tributario. En particular, si se considera que la sociedad mercantil se caracteriza no solamente por su objeto, sino porque está dotada de unas especiales garantías de publicidad, formas o formalismos constitutivos, y que las sociedades internas propician la omisión de tal publicación, no deja de resultar inconveniente encajar las sociedades internas dentro del Código de Comercio. Así lo afirma GIRÓN TENA, cfr. «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», en *RDP*, 1954, págs. 400 y 401.

(80) Cfr. GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP*, 1954, pág. 402.

régimen (81). Y, efectivamente, hemos visto que así sucede (con la salvedad de las sociedades *ex* 1.670 del Código Civil, como luego se entenderá), a las sociedades civiles se aplican especialmente las normas del Código Civil, y las del de Comercio a las mercantiles. Pero, ¿cómo encaja este sistema elemental las consecuencias que cabe extraer de la condición de Derecho común que tiene el Código Civil? Desde luego, esa relación entre uno y otro cuerpo normativo debe hacerse respetando el sistema de fuentes que en particular para el Código de Comercio establecen sus artículos 2 y 50. De tal modo que el Civil es supletorio del mercantil, el cual se aplicará en primer lugar —y por supuesto, no aquel otro Código— a las sociedades que tengan la correspondiente naturaleza comercial. Así se ha dicho por algún autor (82) que no es factible, no resulta justificable, pretender aplicar directamente el régimen de la sociedades civiles a las sociedades que sean mercantiles por su objeto o actividad; ni siquiera se admite la aplicación de normas civiles en caso de duda, que coincidirá muchas veces con las llamadas sociedades atípicas, pues con frecuencia se ha estimado preferible conservar el papel que la sociedad colectiva ha venido desempeñando tradicionalmente como sociedad mercantil general (83). Sin embargo yo entiendo que ni una ni otra afirmación tienen por qué ser inexorables. La primera, sobre que nunca se aplique directamente el Código Civil a sociedades mercantiles, tiene en la posibilidad de que se trate de sociedades irregulares la propia medida de su contingencia. Porque, en efecto, basta considerar, sin tener que aventurar una propuesta de régimen jurídico para las sociedades irregulares, que necesariamente han de escindirse dos ámbitos distintos, el interno y el externo, y en cuanto al relativo a las relaciones entre los socios siempre será el pacto el que se anteponga a normas tanto civiles como mercantiles; y además, en su defecto, si con frecuencia se considera la relación interna como de comunidad de bienes, esta consecuencia no se encuentra establecida en el Código de Comercio, sino por el Civil, en el artículo 1.669 del Código Civil, que remite al 392 y siguientes, el cual destaca precisamente la preeminencia de la voluntad de los contratantes para regir esa esfera interna (cfr. su segundo párrafo).

La otra afirmación que creo que también debe ser combatida, el sometimiento de los casos dudosos de sociedades mercantiles a las normas de las colectivas, aunque fundamentalmente es correcta y cada día con mayor fuerza la sustenta el Tribunal Supremo, ni siempre ha sido considerada así, ni tam-

(81) El tema de la irregularidad, si interesa por encima de las preocupaciones metodológicas, técnico-jurídicas, conceptuales, etc., es porque plantea toda una problemática referente a su régimen jurídico y los efectos que está llamada a producir.

(82) Vgr. CAPILLA RONCERO, F., cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., págs. 68-69.

(83) Sin duda ha sido GIRÓN TENA uno de los principales valedores de tal criterio.

poco siempre es así actualmente. Pues no faltan ocasiones de ahora y de épocas pasadas (más adelante haré una breve exposición de algunas) (84) en que, en caso de irregularidad societaria, se prefiere poner en marcha el juego de remisiones que hace el artículo 1.669 del Código Civil, aunque se trate de tutelar una entidad que tenga naturaleza mercantil. Realmente las dos posibilidades teóricas de asignar a las sociedades irregulares tanto el régimen civil como el mercantil, se han seguido en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo: a las sociedades, por su actividad mercantiles, se aplican normas de esa misma naturaleza, como algunas veces también se ha dicho que se someten a normas civiles; y a las sociedades de actividad civil se aplican normas civiles, aunque alguna vez suceda que por las circunstancias concurrentes se opte por normas mercantiles. Sin duda resulta verdaderamente llamativa esa falta de correlación de la naturaleza jurídica de las sociedades con la del régimen que se les aplica. La sorpresa es particularmente alarmante en los casos de sociedades irregulares, de hecho, etc., en que ocurra que se estén aplicando a una sociedad mercantil —por su objeto— las normas del Código Civil, lo que la doctrina científica no ha visto con agrado (85).

IV. SOCIEDADES CIVILES CON FORMA MERCANTIL: EL ARTICULO 1.670 DEL CÓDIGO CIVIL

Puede llamar la atención que yo independice, aparentemente, el tratamiento del artículo 1.670 del Código Civil dedicándole un epígrafe separado de la distinción de las sociedades civiles y mercantiles en general, especialmente cuando ha podido verse que ya fue preciso hacer referencia a aquel artículo. Esa extrañeza no tendría nada de sorprendente, pues sucede que algunos civilistas, cuando estudian (tan escuetamente como suele hacerse, en gene-

(84) De otras sentencias que no voy a transcribir conviene cuando menos citar su fecha, como sucede con aquéllas en que se procedió sometiendo la sociedad mercantil a las normas civiles en función de su irregularidad: vgr. STS 31-5-12, 25-5-27, 5-7-40, 26-6-59, 4-7-59.

(85) Vgr. CAPILLA RONCERO, cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., págs. 71-72, quien opina que la corriente jurisprudencial correcta, y además la relevante, es la que aplica a las sociedades mercantiles normas mercantiles, puesto que la otra, la integrada por sentencias que suponen la aplicación del Código Civil, «...en muchas ocasiones se ve forzada por el propio planteamiento del recurso; pero en la práctica totalidad de los casos, además resuelve cuestiones respecto de las que es en la práctica indiferente aplicar preceptos civiles o mercantiles, ya sea por la identidad sustancial de las soluciones dadas por ambos ordenamientos, ya sea porque son puntos carentes de regulación específica en el Código de Comercio, siendo entonces aplicable en última instancia el Código Civil. Así, incluso, parece advertirlo el Tribunal Supremo cuando, aplicando preceptos mercantiles, invoca en refuerzo de la solución facilitada normas del Código Civil de contenido sustancialmente idéntico o complementario».

ral) (86) la separación y diferencias de las sociedades civiles y de las sociedades mercantiles, reducen el ángulo de perspectiva, casi exclusivamente, al artículo 1.670 del Código Civil (87). Lo cierto es que (aunque nadie haya dicho lo contrario, tampoco se ha insistido en dejarlo claro) no todo lo que hay de interesante en escindir el ámbito societario civil del mercantil cabe dentro del estudio del artículo 1.670 (88). Más bien me parece que el tema de éste es un incidente o secuela de aquél otro más amplio y general. Incluso no puede reducirse el tratamiento de una cuestión a otra, porque en realidad lo que sucede con las sociedades a que se refiere el artículo 1.670 puede entenderse como un episodio tan importante que constituyó derogación del criterio formal que seguía el Código de Comercio (89). Y todavía las sociedades mixtas conllevan una temática referente a si deben entenderse como excepción o regla especial de los criterios distintivos más usuales, los que califican a una sociedad como civil o como mercantil según su objeto o actividad, aspecto éste último de que a continuación me ocupo.

El artículo 1.670 del Código Civil dispone: «*Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código*» (90). Este precepto

(86) Es notable la severidad con que se ha juzgado la manera en que la doctrina civil trata el presente tema; vgr. vid. AZURZA Y OSCOZ, P. J. DE, «Problemas de la sociedad civil», ADC, 1952, págs. 164-169.

(87) Vgr. ALBALADEJO, cfr. *Derecho Civil*, Tomo II, cit., pág. 293.

(88) Al margen de las que apunto, una última razón para que yo destaque en el presente epígrafe el artículo 1.670 separadamente del anterior, es la formal y anecdótica de que la extensión del precedente apartado puede acusar una sobretasa de ideas que las haga menos útiles.

(89) Como sabemos, la generalidad de la doctrina tanto civil como mercantil, se pronuncia hoy en día en favor de la primacía del criterio objetivo. Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo II, cit., pág. 293. Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, cit., pág. 670.

(90) Algunas páginas más adelante me ocupo de indagar en el contenido específico de este interesante artículo.

A propósito del artículo 1.670, si bien la conclusión puede generalizarse para ámbitos diferentes, ALBALADEJO hace una precisión oportuna que, aunque muchas veces se puede tomar por sobreentendida, permite aclarar el sentido de los términos que utiliza el Código. Se refiere a lo equivoco del empleo de la expresión «forma», pues, aunque en el contexto del artículo 1.670 del Código Civil deba remitirse a la de «tipo», en realidad significa normalmente —y en otros preceptos del mismo régimen de la sociedad— soporte formal, envoltura formal. «Para referirse al *tipo* que una sociedad adopta, se suele hablar (así, Código Civil, art. 1.670) de que se constituye o de que reviste tal o cual *forma*. Y, en ese sentido, las sociedades pueden constituirse en *forma* civil o en *forma* mercantil (tipos de sociedades regulados en leyes mercantiles). Hablar, en ese sentido, de *forma* de las sociedades, puede producir confusión con el que tiene el término «*forma*» referido a la manera (forma) en que se celebra el contrato de sociedad (así, verbalmente [*forma oral*], o por escrito [*forma escrita*], en escritura pública, etc.). En este segundo sentido se habla

tiene un origen tan peculiar como el que le antecede en orden numérico, el 1.669 del Código Civil, pues ambos supusieron cambios de última hora sobre lo que iba a ser el Código Civil. «El anteproyecto de 1888 —escribía DE CASTRO—, contiene en el título "de la sociedad" un artículo que, siguiendo las ideas dominantes en el momento, dice: "La sociedad civil no constituye una personalidad distinta de la de los asociados" (art. 5.º). La doctrina francesa, la que se estima entonces más autorizada, entendía que la sociedad civil por su objeto incurría en nulidad absoluta, si se le revestía de forma mercantil. Todo lo que resultaba era que una serie de sociedades de gran importancia económica (mineras, de construcción, agrarias) se veían privadas de gozar de personalidad jurídica. Advertido esto a última hora, el 18 de noviembre de 1888, cuando ya se había decretado la publicación en la Gaceta del Código Civil "adjunto" (6 de octubre de 1888), se interpolan los artículos 1.669 y 1.670» (91).

En efecto, el origen del artículo 1.670 es un tanto peculiar. Además, creo que, como podrá deducirse de lo que voy a exponer, no es extraño que se concluya que en realidad dicho precepto es algo sorprendente, difícil de entender cuando se busca extraer su significado más allá de la superficie de su literalidad. Puede venir a ser como una avanzadilla del Derecho civil en el Código mercantil, sin mayor trascendencia, o a la inversa como una cuña del Derecho mercantil en el Cuerpo del Derecho civil (lo que podría ser más significativo de la pujanza que aquel Derecho ha alcanzado a costa del civil), o por último también podría considerarse el exponente de una cierta comercialización del Derecho civil (92). Y la verdad es que, de cualquier forma, el aludido artículo no ha concitado demasiado entusiasmo en la doctrina científica, ni en la mercantil ni en la civil (93). Aunque se considere bueno o

de «forma» en el artículo 1.667 del Código Civil». Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M, *Derecho Civil*, Tomo II, cit., pág. 293.

Sobre las situaciones parecidas a la que se refiere en el artículo 1.670 del Código Civil español, en el Derecho comparado, cfr. GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol. IV, núm. 10, julio-agosto 1947, pág. 47 y sigs.

(91) Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 84.

(92) Cfr. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, pág. 161.

(93) Vgr., es BROSETA, cfr., *op. cit.*, pág. 161, quien comenta que «la permisión de sociedades civiles con forma mercantil es altamente criticable, porque da lugar a la aparición de figuras cuyo régimen jurídico es contradictorio y oscuro, creando sociedades híbridas cuya virtualidad práctica es escasa». Sin embargo, se me ocurre oponer a este punto de vista —por lo demás acertado— que habría de matizarse que, cuando se aventura la utilidad que puede reportar el artículo 1.670 del Código Civil, en primer lugar ha de hacerse siempre reserva de cómo quieren los particulares contratantes conseguir lo que se proponen; y en segundo lugar también es de notar que muchas veces se piensa en el artículo 1.670 con una lógica que podríamos denominar mecánica, que toma en cuenta

criticable, es inevitable acabar considerando (al margen de otras reflexiones, propiamente *de lege ferendá*) que el artículo 1.670 existe tal cual es en el Derecho positivo y por ende en la realidad, y fuerza a establecer distinción entre los diferentes ámbitos civil y mercantil que pueden resultar entremezclados.

Las *sociedades mixtas* que introduce en el Código el artículo 1.670, son sociedades civiles con objeto mercantil, suponen efectivamente que puede darse una especie de sociedades que, en cuanto se ajustasen a las formas previstas para las sociedades mercantiles, aplicando el criterio formal tendrían la consideración de mercantiles. Pero es que del mismo modo cabría pensar que las sociedades del artículo 1.670 se comportan como excepción a la regla general, cuando ésta se corresponde con el criterio distintivo del objeto o actividad: no siempre se aplicaría íntegramente ese principio, que supondría en los casos típicos que las sociedades de actividad civil apareciesen —en su forma, formalmente— como tales sociedades civiles. La cuestión resultaría ya más compleja, o ya más fácilmente resuelta, si se creyese que las sociedades civiles con objeto mercantil deben inscribirse en el Registro Mercantil para poder gozar de personalidad jurídica: aunque la inscripción no juega como criterio determinativo autónomo de una naturaleza jurídica mercantil, no es menos cierto que las sociedades civiles no tienen por qué inscribirse, lo que sí es en cambio necesario para las comerciales (94).

Lo que está haciendo en realidad el artículo 1.670 es establecer dos órdenes de cuestiones diferenciables: las referentes a la actividad y la forma. En relación a cómo deban permanecer inalterados ambos aspectos, el artículo admite una distinta interpretación, todo depende de cómo se entienda la precisión «...por el objeto a que se consagren...». Una versión supondría que las sociedades civiles, que lo sean por tener objeto civil, podrán revestir las formas previstas en el Código de Comercio; y otra bien distinta sería entender que hay unas sociedades a las que por disposición del artículo 1.670 se atribuye naturaleza civil, independientemente de que se corresponda o no con su objeto o actividad. Esta segunda interpretación es de todo punto inadmisibile, tanto desde el literal como del lógico, y no encontraría razón sistemática. Así

sólo lo que se deduce de la literalidad de sus términos —que no son del todo diáfanos—, olvidando lo que debajo de esa apariencia permite relacionar el concepto de sociedad civil y mercantil dentro de un ámbito más o menos común que es el de la irregularidad societaria.

(94) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 84. El autor lo que hace es extender al máximo la consecuencia de que la sociedad mixta pueda someterse a las formalidades previstas para las sociedades mercantiles. Pero puede comprenderse que ello tiene una mayor trascendencia si se observa el particular punto de vista crítico que sostiene a propósito de la personalidad jurídica de las sociedades civiles (cfr. *ibidem*, pág. 85) que no adopten las formas mercantiles y se hayan inscrito en el Registro Mercantil.

que el artículo debe referirse a que nada impide que algunas sociedades que tendrían naturaleza civil por perseguir actividades civiles, puedan revestirse de la forma que en situación distinta correspondería a sociedades mercantiles. Y *a contrario*, se deduce que no tiene sentido plantear la hipótesis de una sociedad que pretendiera emplear las formas mercantiles, que persiguiera objeto mercantil, y que pese a ello tuviera atribuida una naturaleza civil por el dictado del artículo 1.670 del Código Civil (95).

Por tanto la función que tuvo en su momento el artículo 1.670 del Código Civil, fue doble. De un lado dio entrada al criterio objetivo; de otro, por su virtualidad como ley posterior, derogó el criterio formal anteriormente consagrado (principalmente en el art. 116) por el Código de Comercio. No se puede extender a más el sentido del artículo, y en cualquier caso no se puede interpretar de modo que se quiera ver que la *sociedad mixta* suponga una importante modalización del criterio objetivo, en el sentido apuntado, que supusiera admitir sociedades civiles con objeto mercantil.

No podía ser de otra manera (lo supraescrito basta para ser fiel a esta razón de necesidad), pero a veces se puede insistir demasiado en una redundancia, que la sociedad *civil mixta* tiene naturaleza *civil* (96). Ya digo que buena parte de lo que opino, sobre el contenido del artículo 1.670, es fácilmente refutable con sólo negar esa naturaleza civil. En realidad no es tan fácil, si se tienen en cuenta, además de los argumentos lógicos y los de autoridad de la doctrina, lo que positivamente se establece en artículos como el 1.-2.º del Código de Comercio (que califica como mercantiles «*las compañías mercantiles o industriales que se constituyan con arreglo a este Códig-*

(95) Lo que estaría sucediendo en esa situación inimaginable es que se quería ver en el legislador civil, el del 1889, una emulación del modo de proceder que se ha adoptado en la legislación de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

(96) Cfr. CASTÁN TOBENAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo IV, 15.^a ed., Madrid, 1993, págs. 604-605. Expone su propia opinión, y la de otros destacados autores como GARRIGÜES, GIRÓN, etc., en el sentido de que las sociedades que no tienen objeto y finalidad mercantil y revisten las formas del Código de Comercio siguen siendo sustancialmente civiles, es decir, no adquieren el *status* de comerciante. Cfr. en el mismo sentido, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, cit., pág. 161. De esa opinión discrepa GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *loe. cit.*, pág. 60, a cuyo juicio «...si bien es cierto que en el pensamiento del legislador mercantil la constitución con arreglo al D. de c. alude a las formas de sociedad, no lo es que el Código de Comercio adoptara el criterio *exclusivo* de la forma, ni tampoco que el artículo 1.670 del Código Civil *decidiera* que las sociedades no dedicadas a operaciones comerciales hubieran de reputarse civiles *en todo caso*».

BLASCO GASCO, F., *Derecho de obligaciones y contratos*, cit., cfr. pág. 731, señala que la sociedad constituida al amparo del artículo 1.670 continúa siendo sociedad civil, «por lo que la forma de mercantilidad de que se puede revestir sólo puede ser la colectiva o la comanditaria simple, pues el resto (anónimas, comanditarias por acciones y limitadas) son siempre mercantiles, cualquiera que sea su objeto. Por otro lado, no podrán acceder al Registro Mercantil, el cual se reserva sólo a las sociedades mercantiles».

go»), o el artículo 119 del Código de Comercio (que hace una relación de requisitos formales que deben concurrir en las sociedades mercantiles), o el 122 (que hace una relación de clases o especies de sociedades mercantiles, entre las que no se encuentra la sociedad mixta), etc. (97).

Hay que volver a destacar que la posibilidad de sociedades *ex* artículo 1.670 del Código Civil, que conserven su naturaleza civil pese al objeto mercantil a que se dediquen, es más aparente que real. En particular porque su ámbito de aplicación se limitó ya desde 1951, por la LSA de ese año y la LSRL de 1953. Limitación que continúa tras las últimas reformas habidas en la legislación de las sociedades de capital (vid. Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la Ley mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades), pues el actual artículo 3 LSA dispone que *«La sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil y, en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley»*. Y el renovado (nuevo en cuanto fue afectado por aquella reforma operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, pero la modificación no alcanzó al apartado que transcribo y que por tanto coincide con su redacción de 1953) artículo 3 LSRL señala en su último párrafo que *«Cualquiera que sea su objeto, la sociedad tendrá carácter mercantil y quedará sometida a los preceptos de esta Ley»*. La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Ley 26/1995, de 23 de marzo, dice sustancialmente lo mismo que en su redacción anterior aunque con un sentido más directo: *«La sociedad de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil»*. Y por si cupiera alguna duda de que la sociedad de responsabilidad limitada es mercantil *ope legis*, independientemente de su objeto, el artículo 87 de la nueva LSRL, relativo a la transformación de esas sociedades, establece en su apartado segundo que *«Cuando el objeto de la sociedad de responsabilidad limitada no sea mercantil, podrá transformarse además en sociedad civil»*, lo que creo

(97) Y autores (poco sospechosos de estar dispuestos a ceder gratuitamente ocasiones a la expansión mercantil en materia de sociedades) como GIRÓN, cfr. «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», en *RDP*, 1954, pág. 401, ven la resistencia que ofrecen, en particular, los supuestos de sociedades internas para quedar sometidos a los tipos comerciales. Porque si se tiene en cuenta que las sociedades de naturaleza mercantil no solamente deben tener un objeto mercantil, sino que además han de reunir unos requisitos de forma, de publicación, se llega a un callejón sin salida cuando se trate de sociedades internas: por un lado ha de suponerse que no puede ser civil la sociedad que actúe en el tráfico comercial, por otro, al ser esenciales las notas de publicidad para la sociedad mercantil, tampoco cabría atribuir esta naturaleza. GIRÓN llega más lejos en las consecuencias de este planteamiento, por el que concluye que- «no cabe duda de que siendo Sociedades —desde el punto de vista del concepto general de Sociedad— lo seguirán siendo aunque se dediquen al tráfico mercantil; lo que ocurrirá es que no podrá encontrarse un régimen adecuado bajo las figuras del Código de Comercio».

que es suficientemente expresivo de que puede haber una sociedad con objeto civil pero que tenga naturaleza mercantil, por la simple adopción del tipo mercantil de la SRL. Y a la misma conclusión permite llegar el artículo 92 que abordando la hipótesis simétricamente contaría a la anterior, se ocupa de la transformación de sociedades civiles, colectivas, comanditarias, anónimas o agrupaciones de interés económico en sociedad de responsabilidad limitada. En cambio, parece que la transformación de una sociedad anónima en sociedad civil no es posible, pues el artículo 223 LSA permite la transformación en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada, y su apartado segundo señala que «*Salvo disposición legal en contrario, cualquier otra transformación en una sociedad de tipo distinto será nula*».

Todo ello ha de suponer en definitiva que, por el imperativo excluyente de ambas leyes (LSA y LSRL), que las sociedades civiles que se constituyan como mercantiles sólo conservarán aquella naturaleza cuando las normas a que se sometan sean las propias de las sociedades colectivas o comanditarias simples (no en cambio, si se tratara de sociedad comanditaria por acciones y tampoco si fuese una SA o SRL). Y aún en cuanto a las colectivas puede llegar a discutirse: para VICENT CHULIÁ (98), «según el artículo 1.670 del Código Civil es posible constituir una sociedad civil... en forma de sociedad colectiva o comanditaria simple. Sin embargo, el artículo 1.698 del Código Civil impone de manera imperativa la responsabilidad mancomunada subsidiaria de los socios por las deudas sociales, con lo que el tipo social de la colectiva parece quedar excluido».

* * *

En cuanto al régimen que debe aplicarse a las sociedades mixtas, del sentido literal del artículo 1.670 del Código Civil resulta que se aplican los preceptos del Código de Comercio «...*en cuanto no se opongan a las del presente Código*». Lo que no se matiza es si esa aplicación de las normas mercantiles es preferente, excluyente, principal o subsidiaria, de la que pueda hacerse del Código Civil. Así podría darse pie a la afirmación, de algún modo coherente con que la sociedad mixta siga teniendo naturaleza civil, de que en realidad se debe aplicar con carácter general el régimen del Código Civil, salvo en las cuestiones que regule el Código de Comercio de la misma manera que el Civil, y sin oponerse a él. «Este modo de entender el artículo 1.670 —señala CAPILLA RONCERO (99)— no es, sin embargo, satisfactorio,

(98) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 5.^a ed., Valencia, 1992, pág. 132.

(99) CAPILLA RONCERO, F., cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., págs. 64-65. De la literalidad de los términos contenidos en el artículo 1.670 se

pues implica, salvo en materia de causas de disolución, que realmente sólo se aplican las disposiciones del Código Civil, ya directamente, ya cuando se encuentren recogidas materialmente en las disposiciones del Código de Comercio» (100). Concluye el mismo autor más adelante que «en suma se llega a un resultado poco razonable: la adopción de un tipo mercantil determinado se convertiría en mera opción decorativa, privada de consecuencias materiales de importancia, pues, en definitiva, se acabaría siempre aplicando, especialmente en las materias importantes, el régimen del Código Civil. De este modo se desconoce la virtualidad de la elección del tipo social mercantil, de particular trascendencia en lo que se refiere a la determinación del sistema de administración y responsabilidad, notas diferenciadoras de cada uno de los tipos de sociedades mercantiles por excelencia. Y así, cabrían sociedades colectivas con responsabilidad no solidaria de los socios. O, acaso, sociedades comanditarias en las que los socios comanditarios tuvieran facultades de administración y representación de la sociedad. Fácilmente se comprende que este resultado es rechazable».

De una forma elaborada GONZÁLEZ ORDÓÑEZ responde a aquella misma cuestión, distinguiendo según se trate de aplicar a la sociedad mixta preceptos dispositivos o imperativos, cuando resulten incompatibles el del Código Civil y el Código de Comercio. Si son preceptos civiles dispositivos en caso de contradicción con lo previsto por el Código de Comercio prevalecerá este último sobre aquél: «la adopción de la forma mercantil excluye las normas civiles de carácter dispositivo» (101). En otro caso, cuando se trate de normas imperativas del Código Civil parte de la premisa de considerar que únicamente tienen ese carácter los preceptos del contrato de sociedad referentes a la responsabilidad de los socios (art. 1.698 del Código Civil), a la preferencia de los acreedores sociales sobre los acreedores particulares de los socios

desprende «...que se aplica el régimen del Código Civil con carácter general, excepto en aquellas cuestiones reguladas por el Código de Comercio que no se opongan a las disposiciones del Código Civil. El meollo de la cuestión estriba, como es claro, en determinar qué significa la no oposición. La primera posibilidad es entender que el Código de Comercio solamente se aplica cuando su criterio coincida exactamente con el Código Civil. Única excepción a dicha regla sería en materia de causas de disolución, donde, por expresa disposición del artículo 1.700, último párrafo, se aplicaría preferentemente el régimen del Código de Comercio».

(100) En este sentido no serían aplicables ni el régimen de responsabilidad de los socios colectivos (pues ésta es solidaria, y no lo es la de los socios civiles, cfr. art. 1.698 del Código Civil), ni tampoco el de responsabilidad de los socios comanditarios (pues los socios comanditarios no responden ilimitadamente de las deudas sociales, como es el caso de los socios civiles); lo que sí parece aplicable es el régimen de administración que previene el Código de Comercio para las sociedades mercantiles. Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., págs. 64-65.

(101) Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *loc. cit.*, pág. 90. En esta opinión, el mismo autor manifiesta su coincidencia con GARRIGUES y su discrepancia con LANGLE.

(art. 1.699), y algunas de las causas extintivas de la sociedad (art. 1.700), siendo dispositivos en su opinión todos los demás. Al tiempo que entre esas posibilidades de preceptos imperativos solamente puede darse verdadera contradicción con los correlativos del Código de Comercio en materia de responsabilidad de los socios (102), y en cuanto a algunas causas extintivas, ya que en los demás casos ambos Códigos establecen un régimen similar. Por tanto —en opinión del autor citado— esas son las únicas situaciones en que puede plantearse verdaderamente un conflicto entre el del Código Civil y el Código de Comercio, en las que no tiene inconveniente en admitir que «...cabría dudar si, por una aplicación literalmente rigorista del artículo 1.670 del Código Civil, debiera darse preferencia a las reglas civiles. Sin embargo, se da el caso, aparentemente paradójico, de que es ésta la cuestión para la cual más pacíficamente se produce la mayoría de opiniones favorable a la aplicación absoluta de los preceptos mercantiles... Creemos rotundamente que hay que aplicar las normas del Código de Comercio sobre responsabilidad de los socios... No se aplica ninguno de los preceptos comprendidos entre el 1.665 al 1.708 del Código Civil. *Lo cual significa, pura y simplemente, el fracaso del propósito que presidió la redacción del artículo*» (103). Consecuentemente con esta opinión, afirma además la aplicación a las sociedades mixtas del *status* del comerciante (en lo referente a la necesidad de llevanza de libros de comercio, inscripción en el Registro Mercantil, tributación, quiebra...), porque «*¡tales sociedades tienen, contrariamente a lo que se viene afirmando, naturaleza mercantil! ¡Son sociedades mercantiles por la forma!*» (104).

(102) Cfr. en el Código Civil el artículo 1.698, y en el Código de Comercio los artículos 127 y 148; en el primero, la responsabilidad de los socios es ilimitada y mancomunada, en cambio en el otro es ilimitada y solidaria en el caso de los socios colectivos, mientras que los comanditarios responden solamente hasta el límite de sus aportaciones.

(103) Cfr. *ibidem*, págs. 91-93. En particular en cuanto al extremo referido a la responsabilidad, afirma que se plantea un conflicto entre las normas que establecen la responsabilidad de los socios, pues son de orden público tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio (aquí, es de orden público que en las sociedades que adopten la forma comercial, los socios colectivos respondan solidariamente y que los comanditarios lo hagan de forma limitada). Se plantea —como el autor dice— un auténtico nudo gordiano, y se decide a cortarlo a favor de los preceptos mercantiles, «precisamente porque toda la razón de ser de las formas de sociedad colectiva y comanditaria radica en la peculiar responsabilidad de los socios».

(104) Cfr. *ibidem*, pág. 93. El autor, situándose frente a la doctrina anteriormente expuesta, quiere ignorar que efectivamente el artículo 1.670 existe, y que su virtualidad como ley posterior tuvo que afectar de alguna manera al criterio formal sustentado por el Código de Comercio. Aunque es permisible el tratar de llegar a conclusiones que, en mi opinión, el artículo 1.670 no ampara, lo que no puede hacerse es prescindir de él: criticable o no, lo cierto es que el precepto existe.

GIRÓN TENA escribe que con el artículo 1.670 se autoriza expresamente que puedan adoptarse figuras mercantiles para la consecución de objetos o finalidades civiles y además, en cuanto al régimen de estas sociedades, se confiere una prelación a las normas del Código Civil respecto de las del Código de Comercio. Para el caso de que la normativa de aquél entrase en colisión con la mercantil del Código de Comercio, «El problema se resuelve, sencillamente, admitiendo la distinción de dos conceptos en juego: estas sociedades no serán "Comerciantes", pero sí son las Sociedades del tipo jurídico mercantil elegido. Las normas del *status* de comerciante no son de aplicar (105). Sí, en cambio, todas las correspondientes al tipo adoptado» (106).

Entre los civilistas LACRUZ BERDEJO, al utilizar como criterio atributivo de la naturaleza mercantil el ejercicio por una sociedad de actos de comercio, opta por un criterio aparentemente sencillo afirmando lacónicamente que «Si una sociedad no ejerce el comercio, nunca es mercantil» (107). Y con la misma generalización (108) se inclina en favor del régimen jurídico civil o mercantil que resulte de atender a la naturaleza de la actividad que la sociedad desenvuelve: «Cuando una sociedad civil —es decir, que no ejerce el comercio— adopta una forma mercantil colectiva o comanditaria, pese a la superioridad de rango de las normas civiles proclamada por el artículo 1.670 se entiende que se gobierna por aquellos preceptos mercantiles que caracterizan y distinguen al tipo concreto de sociedad adoptado, y en particular las relativas a la responsabilidad de los socios por deudas sociales» (109). Tan

(105) Entre esas normas características del estatuto del comerciante estarían las relativas a la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil o el sometimiento a la quiebra (cfr. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, Tomo I, vol. 1, Madrid, 1947, pág. 474; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1, Madrid, 1986, págs. 67-68; PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1381; VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.^a, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, págs. 92-93). Como escribe el último precitado, cfr. *ibidem*, la no consideración de la sociedad mixta como comerciante supone que «...una sociedad civil con forma mercantil no inscrita tampoco puede ser considerada sociedad irregular, pues no tenía obligación de inscribirse», de la misma manera que «la sociedad civil a que se refiere el artículo 16. II LSA, sociedad con objeto civil que actúa bajo el nombre de anónima pero que no se ha inscrito como tal, no es una sociedad irregular, es, simplemente, una sociedad civil».

(106) Cfr. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pág. 92.

Sobre esta misma problemática, vid. AZURZA, *loe. cit.*, pág. 40; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *loe. cit.*, pág. 82 y sigs.; PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 1382-1383.

(107) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, 3.^a ed., vol. 2, Barcelona, 1995, pág. 281.

(108) Pues creo que los fenómenos de irregularidad escapan precisamente a buena parte de las reglas generales que han de entenderse comúnmente aplicables a las sociedades regulares para las que están formuladas.

(109) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *ibidem*, pág. 281.

breves palabras encierran en el sentido de la frase un profundo contenido, pues se aborda simultáneamente la cuestión vital de la naturaleza de las sociedades, y también la del régimen al que han de quedar sometidas, que es todavía más importante, a mi modo de ver. Y entiendo que todo ello, porque son cuestiones esenciales que se enuncian sin hacer acepción de las diferentes situaciones societarias a que pueden resultar aplicables, no resulta completamente correcto en los supuestos de sociedad ciertamente peculiares que pueden originarse al amparo del artículo 1.670 del Código Civil.

Respetuosamente, no estoy de acuerdo con quienes, por los caminos expuestos, se muestran partidarios de sujetar las sociedades mixtas civiles, en una generalidad de casos, al régimen previsto por el Código de Comercio. Pienso que la cuestión de cómo y cuándo se aplican a dichas sociedades los preceptos que el Código Civil, se resuelve más fácilmente si adoptamos una actitud práctica. Efectivamente, no podemos dejar de preguntarnos, ante un supuesto de sociedad mixta ex 1.670 del Código Civil, *para qué..., por qué..., qué se proponen quienes la contratan, qué buscan con esa posibilidad que no puedan conseguir de otro modo distinto*. Si los particulares quieren actuar la virtualidad del artículo 1.670, necesariamente ha de ser porque eso les interesa, más que otras posibilidades. Les interesa mejor o antes que, persiguiendo una sociedad con objeto mercantil, constituir la correspondiente sociedad mercantil a la cual evidentemente se aplicarían las normas mercantiles del Código de Comercio; les interesa más, siendo mercantil la actividad, hacer uso de la posibilidad que les brinda el artículo 1.670 que el constituir una sociedad con forma civil (especialmente cuando el intento teórico de constituir sociedades con objeto mercantil y forma civil es difícilmente admisible) (110); les interesaría mejor, siendo la actividad civil, en lugar de constituir una sociedad civil carente de especialidades respecto del régimen del Código Civil que sería el aplicable. En definitiva, la única posibilidad teórica

(110) En particular, tal posibilidad resultaría contraria a la doctrina de la DGRN: cfr. Res. DGRN de 28-6-85 (Ar. 3501) y la de 25-4-91 (Ar. 3168). Respecto a la Res. DGRN de 28-6-85, vid. GARCÍA MÁS, F. J., «La sociedad civil y su conexión registral», *RCDI*, 1990, núm. 599, págs. 165 y 166; *idem*, «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico (un análisis jurisprudencial)», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo IX, Madrid, 1996, págs. 102-104; y en cuanto a la otra Resolución de 28-6-85, vid. *ibidem*, pág. 104 y sigs. Vid. MONTEAGUDO MONEDERO, M., «Nota a la Res. DGRN de 25-4-91», en *RGD*, núm. 571, 1992, págs. 2939 y sigs. Puede contrastarse el criterio de esta Resolución con el sostenido en la STS de 26-1-67, que admitió la existencia de sociedades mercantiles, irregulares, con forma civil que se rigen por las reglas de la comunidad.

Pese a lo que resulta de las citadas resoluciones, GIRÓN TENA señalaba años antes (cfr. «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP*, 1954, pág. 402) que cabía la posibilidad de que una sociedad tenga un objeto mercantil y no haya adoptado un tipo mercantil, aunque esto último «...no ha sido tratado, pero está admitido en el artículo 117 y en el primer inciso del 122 del Código de Comercio».

sería, para que tuviera sentido el supuesto de hecho del artículo 1.670, que se buscara la sociedad mixta para dar cobertura en forma de sociedad mercantil a una actividad de naturaleza civil. Lo que en referencia al régimen jurídico de que ese supuesto está dotado debe conducir a un régimen distinto del que podría obtenerse utilizando posibilidades diferentes del 1.670. Porque creo que, en lo esencial, la especialidad que comporta el artículo es una opción de un régimen jurídico que no cabría aplicar al margen o no haciendo uso del contenido del precepto. Digámoslo con prudencia pero con convicción, ese régimen jurídico no puede ser el mercantil, el que prescribe el Código de Comercio para las sociedades que se constituyan adoptando alguno de los tipos comerciales. Luego la sociedad mixta opino que debe disciplinarse por las normas civiles que establece el Código Civil, aun sin excluir la aplicación de las mercantiles que tengan el mismo sentido. Y si esta especialidad de régimen —se me dijese— no existiera, entonces sí que resultaría correcta, aunque invirtiendo los términos, la apreciación que hacía un autor antes referido —CAPILLA RONCERO—, el artículo 1.670 sería una opción meramente decorativa, vacía de contenido (111).

Mi opinión (aunque reconozco que la doctrina se ha desenvuelto en la dirección contraria) es que visto de esta manera es cuando el artículo 1.670 puede significar algo con sentido lógico y práctico, hay que descubrir en él los tres nervios que dan firmeza a la construcción, a modo de tres coordenadas que definen una determinada realidad, un supuesto de hecho específico y peculiar del que se acoge en otras normas. Esos tres aspectos distintos entrñados en el precepto son el de la forma que adopta la sociedad en concreto, el de la actividad u objeto que realmente persigue y, como corolario, el del régimen jurídico que debe aplicarse. Tal como he expuesto, si llenando esas coordenadas se van ensayando sucesivamente las posibilidades que en teoría podrían darse, éstas podrían establecerse distinguiendo las siguientes hipótesis: forma civil-actividad civil; forma civil-actividad mercantil; forma mercantil-actividad mercantil, forma mercantil-actividad civil. Y si se busca para ellas un régimen jurídico, el del supuesto de hecho del artículo 1.670 del Código Civil bien podría ser el que para la sociedad civil establece el Código Civil. Pero veámoslo paso a paso. En el primer caso, que teóricamente se

(111) También debo añadir que si no concluyera, como lo hago, que a las sociedades mixtas tiene que aplicarse de una u otra manera el Código Civil, incurriría en contradicción con lo que anteriormente he escrito. Pues resulta evidente que el nombre, la atribución de una naturaleza, no es nada si no comporta la aplicación del régimen que esa naturaleza supone: así se aplica el régimen civil a las sociedades de naturaleza civil, y el del Código de Comercio a las que sean mercantiles; por tanto, si he concluido que la naturaleza de la sociedad mixta es la de ser una sociedad civil sería inútil o errónea tal afirmación si no supusiera que a esa sociedad se le aplican las normas del Código Civil (o las del Código de Comercio que sean coincidentes).

puede plantear (en el orden en que los he enunciado), el régimen jurídico correspondiente sería el civil; en el siguiente, ya que la hipótesis de que se utilice la forma civil para encubrir actividades mercantiles no puede darse, tal como ya he dicho antes, lo más lógico sería que esa situación quedase disciplinada por normas mercantiles; en la tercera hipótesis, no hay problemas en decir que quedaría bajo el ámbito de las normas mercantiles; y, finalmente, la sociedad que utilizase forma mercantil, aun siendo civiles sus actividades, es decir, la situación descrita por el artículo 1.670 del Código Civil, bien podría quedar sometida a las normas del Código Civil. ¿Por qué? Pues, entre otras razones, esta posibilidad sería la única que comportaría una solución distinta y genuina a las demás hipótesis, la única que daría sentido y utilidad a la previsión especial que el artículo 1.670 hace; porque lo contrario de lo que señalo sería concluir que a la sociedad mixta debe aplicarse preferentemente el régimen mercantil, es decir, la consecuencia sería la misma que se podría esperar cuando se tratase tanto de sociedades con forma civil y actividad mercantil como de sociedades con forma y actividad mercantil. Afirmar que sería idéntico el resultado es lo mismo que decir que el artículo 1.670 carece de especialidad, porque la aplicación del régimen mercantil que se propusieran las partes podría obtenerse por otras vías distintas.

Otra ventaja adicional de la solución que propongo es que, si como digo se entiende que debe aplicarse a la sociedad mixta el régimen del Código Civil, se hace innecesaria la tarea de analizar comparativamente en qué son distintas las normas del Código Civil y las del de Comercio, como hacen algunos autores (112).

Y, por último, también se puede hacer una consideración práctica. La posibilidad real de sociedades civiles con objeto mercantil es bastante limitada en la práctica, al menos en condiciones distintas a las que se desenvuelven al amparo de una manifestación de irregularidad societaria. Lo que aboca la cuestión, realmente no a la búsqueda de un régimen jurídico que la literalidad del artículo 1.670 no aclara, sino al fenómeno a que se refiere el artículo 1.669 del Código Civil, precisamente porque pienso que ambos están llamados a tener una afinidad que va más allá de su secuencia numérica (113). Así pues resulta desproporcionado (en relación a la posibilidad de sociedades

(112) Vgr. AZURZA Y OSCOZ, P. J. DE, «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, pág. 126 y sigs., que señala que las diferencias prácticas entre sociedades civiles y mercantiles se han referido a la insolvencia, la prescripción, la transmisión y negociación de valores, a diferencias fiscales, etc.

También CASTÁN TOBEÑAS, J., cfr. *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo IV, cit., págs. 602-603.

(113) Tampoco puede resultar meramente casual el que ambos artículos se introdujeran en el texto codificado en un mismo momento, y por la misma causa. Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 84.

verdaderamente mixtas, y teniendo en cuenta el rigor y formalismo de los preceptos mercantiles, sería, si se me permite por esta vez, como matar hormigas a cañonazos), y sobre todo es inútil buscar el régimen de las sociedades mixtas en las disposiciones mercantiles previstas para sociedades regulares, dado que en realidad ese régimen es el que establece el artículo 1.669 para las sociedades civiles irregulares (lo cual a su vez es un predicado lógico con la atribución a la sociedad mixta de una naturaleza civil).

Por tanto, necesariamente tampoco puedo estar completamente de acuerdo con otros autores como BROSETA PONT. Autor éste que, tras calificar la existencia de sociedades *ex* 1.670 del Código Civil como «altamente criticable» (114), concluye el examen del precepto señalando que «aun cuando no lo establezca expresamente el artículo 1.670 del Código Civil, como regla general puede admitirse que las normas mercantiles prevalecerán sobre las normas civiles que no posean carácter imperativo, porque la sumisión a la forma y al régimen de las sociedades mercantiles presupone la voluntad de los socios de excluir la aplicación de las normas civiles de carácter dispositivo» (115). Por razones distintas a las que me llevan a poner algunos interrogantes a esta consecuencia (que comportaría la extensión omnimoda del régimen mercantil sobre cualquier supuesto de sociedad mixta), igualmente creo que pueden hacerse ciertas objeciones al punto de vista de BROSETA; así en cuanto afirma que las sociedades mixtas con forma mercantil colectiva o comanditaria «aun cuando se hayan constituido en escritura pública, no podrán inscribirse en el Registro Mercantil (reservado para las sociedades de naturaleza mercantil)» (116); pues creo que esta consideración no sólo es discutible, aunque conforme a la doctrina de la DGRN, sino que entra en contradicción (o al menos no se advierte de la existencia de una especialidad) con lo que poco antes (117) había dicho él mismo en el sentido de que «podemos concluir que la sociedad colectiva y la comanditaria serán mercantiles cuando el objeto para cuya explotación se constituya sea mercantil o industrial, y que serán civiles, aunque adopten aquellas formas, cuando la actividad a la que se consagren sea civil... Afirmación que es válida tanto para la sociedad colectiva y comanditaria regularmente constituida (mediante

(114) Cfr. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 8.^a ed., Madrid, 1990, pág. 161 y nota 4.

(115) Cfr. *ibidem*, pág. 162. En nota al pie de la página precedente se puntualiza que «de poco sirve crear una sociedad colectiva de carácter civil, si la responsabilidad solidaria de sus socios establecida en el artículo 127 del Código de Comercio le es inaplicable por oponerse a ello el artículo 1.698 del Código Civil. Estimamos, sin embargo, que pese al tenor literal del artículo 1.670 debe prevalecer la responsabilidad del artículo 127 del Código de Comercio».

(116) Cfr. *ibidem*, pág. 161.

(117) Cfr. *ibidem*, pág. 160.

escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil) como para las sociedades regulares». Digo que hay una contradicción, o una excepción, cuando se afirma la naturaleza civil de sociedades que, en el caso del artículo 1.670, pueden ser inscritas como colectivas o comanditarias en el Registro Mercantil, cuando se dice por otro lado que las sociedades que no tengan naturaleza mercantil no pueden inscribirse.

Hay otras consideraciones que me quedan por hacer, ya he dicho que la conclusión a que llego es el resultado de combinar posibilidades teóricas. Y, en primer lugar, tal vez puede escaparse lo que es más exacto en estricta realidad: que el supuesto de hecho del artículo 1.670 del Código Civil parece pensado para situaciones un tanto extrañas (siendo civil la actividad social y mercantil el tipo social escogido), que exigieran formas de desenvolvimiento más rigurosas tanto para la relación de los socios entre sí como en el aspecto externo de relación con terceros. Quiero decir que el artículo 1.670, en cuanto comporta la utilización de formas, tipos, mercantiles, está exigiendo una publicidad y un formalismo que puede actuar desde luego incrementando el índice de seguridad jurídica, pero que supone también una mayor complejidad en el funcionamiento de la sociedad, una ralentización de su desenvolvimiento. Especialmente estas características son acusadas si se comparan respectivamente las sociedades civiles en general, con la especialidad que suponen aquellas sociedades a que se refiere el artículo 1.670 del Código Civil; lo que a su vez me permite insistir en el argumento de que ese supuesto de hecho debe conducir a un régimen jurídico peculiar y distinto de otras posibilidades.

Por último, quisiera preguntar qué sucedería si (pese a lo expuesto hace un momento, sobre que la sociedad mixta postula inmanentemente su publicación) fuese intención de los socios el dejar que la sociedad se desenvolviese solamente como sociedad interna, irregular o de hecho. Sería muy riguroso afirmar, como solución general, que deberían aplicarse sin más las normas de la sociedad colectiva mercantil, tal como suele hacerse en la mayoría de casos de irregularidad societaria. Fácilmente se entiende que esta postura puede resultar un poco forzada. Es preferible proceder más correctamente, distinguiendo como en todos los supuestos de irregularidad societaria dos ámbitos, el interno y el externo. El ámbito externo se refiere a las relaciones sociales con terceras personas ajenas a la sociedad; en él se desenvuelven las actividades sociales, se cumplen los fines de la sociedad (118). Y ya que las actividades sociales son civiles (*«Las sociedades civiles, por el objeto*

(118) Pues no es fácil imaginar un supuesto de sociedad en que la utilidad que persiguen los socios pueda obtenerse sin tener que relacionarse con terceros, solamente por la actividad entre los socios entre sí; en cualquier caso sería una sociedad irregular o interna.

a que se consagren...»), sería desorbitado —incluso para cualquier nivel de seguridad jurídica—, el pretender que los terceros pueden adivinar que en sus relaciones con quienes resultan ser socios entre sí pueden acogerse a las normas de la sociedad colectiva (119). Parecería más justo que en esa situación se actuase lo previsto en el artículo 1.669 del Código Civil que remite al régimen de la comunidad de bienes. En el ámbito interno de esa hipotética sociedad mixta e irregular, necesariamente, debe primar el régimen jurídico pactado por los socios. Lo que entiendo que sucede en las relaciones internas y externas, me lleva a insistir de nuevo en que creo preferible hablar de régimen jurídico civil en sociedades civiles que adopten formas mercantiles, en lo que permite el artículo 1.670 (120).

* * *

Sea como fuere, convenza o no mi opinión, lo que resulta incuestionable es que para averiguar el régimen que debe aplicarse a las sociedades mixtas, es imprescindible extraer el significado de la expresión «no oposición» (121), a qué se refiere el Código Civil cuando establece que a las sociedades civi-

(119) No solamente es poco razonable, sino que pienso que incluso es poco habitual. Cuando se contrata por primera vez, sin una relación de confianza previa, no tiene por qué ser regla general el averiguar cumplidamente, acudiendo al Registro Mercantil, vgr., si el sujeto que es parte contractual al mismo tiempo lo es también en una sociedad regularmente constituida. Un proceder semejante, plausible desde luego, tal vez por excesivamente cauto, suele padecer una acumulación de trámites, prevenciones y medidas de verificación, con el costo económico consiguiente y tal vez la pérdida de la ocasión, que pueden afectar al buen desenvolvimiento de un negocio (de la misma manera que la conducta excesivamente descuidada puede acabar con él, si la buena fortuna no lo remedia). Más bien sucede que las medidas de comprobación son las mínimas, referentes a la solvencia y responsabilidad de quienes contratan, y el episodio suele agilizarse cuando ya ha habido una previa relación contractual que no haya resultado fallida. De tal modo que es *a posteriori*, cuando se hace preciso articular una demanda judicial cuando surge el problema de establecer los fundamentos del derecho que se reclama, el régimen jurídico que amparaba las relaciones económicas que han resultado fallidas.

(120) Sin dejar de consignar que éste es un argumento a tener en cuenta cuando se habla mal, y no con justicia siempre, de la línea jurisprudencial que considera como sociedades civiles a las mercantiles irregulares; creo que lo que se ha dicho ejemplifica una posible utilidad de adoptar siempre el mismo criterio, por supuesto en las relaciones externas, dando mayor relevancia y generalizando la aplicación del artículo 1.669 del Código Civil.

(121) Vid. AZURZA y Oscoz, *loc. cit.*, pág. 164 y sigs., cuya opinión CAPILLA RONCERO considera inadmisibles, cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pág. 66, en el sentido de que la casi totalidad de los preceptos civiles sobre la sociedad sean dispositivos, aunque reconoce lo positivo de tal criterio al poner de manifiesto que en la duda debe estimarse preferible la vigencia de las normas mercantiles, en la medida que resultan caracterizadoras del tipo social escogido, pues la utilización de configuraciones mercantiles implica que deban aplicarse los preceptos que las caracterizan.

les revestidas con alguna de las formas reconocidas por el Código de Comercio, les sean aplicables las disposiciones de este último en cuanto no se opongan a las del Civil. Para la opinión común (122) —según la interpreta CAPILLA— (123) a las sociedades mixtas se debe aplicar íntegramente el régimen correspondiente al tipo mercantil que se haya escogido, con la salvedad de las normas que hagan referencia a la condición de comerciante de la sociedad, aunque de todos modos también es cierto que, comparando ambos regímenes, el civil y el mercantil, «el único punto en que se puede apreciar contradicción evidente entre las normas civiles y las mercantiles es en el relativo a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales»; y a tal efecto sucede por otra parte que, precisamente sobre la responsabilidad de los socios, se acepta generalizadamente que prevalecen las normas mercantiles sobre las civiles. Luego las posibilidades de aplicación de las normas del Código Civil son realmente exiguas, se limitan a lo referente a ciertas causas extintivas (cfr. art. 1.700 del Código Civil *in fine*).

* * *

Reservo el examen de la jurisprudencia para su exposición en el epígrafe siguiente, relativo a la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, aunque de entre ella pueden apuntarse (por ser particularmente representativas de la problemática que encierra el art. 1.670 del Código Civil) las STS de 21-12-65, 21-6-83, 24-3-84, 30-5-92. Téngase en cuenta que es certera una consideración que ya he hecho anteriormente: no deja de ser raro que el TS entre a ver los problemas de sociedades en litigio haciendo referencia exclusiva al artículo 1.670 del Código Civil; más bien esta temática aparece embebida en supuestos de irregularidad societaria en sentido amplio. Por eso mismo las soluciones que se elaboran hacen más referencia al tratamiento de la irregularidad societaria que, directamente, al artículo 1.670.

Para evitar reiteraciones innecesarias aludo ahora solamente a algunas de las sentencias citadas. La STS de 24-3-84 (Ar. 1759, CL. 186) (124) resuelve, con un criterio de técnica seguramente poco correcta, el problema originado

(122) Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, cit., pág. 670.

(123) Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pág. 67.

(124) Se refiere a esta sentencia la de 19-9-86. Vid. el comentario de CALZADA CONDE, M.^a A., en CCJC, núm. 5, 1984, pág. 1531 y sigs. Vid. PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1357, que cita la presente sentencia como un ejemplo del criterio de que la sociedad civil, en su condición de sociedad general, es de aplicación supletoria. Sobre esta última función de la sociedad del Código Civil puede verse, *ibidem*, pág. 1299 y sigs., y pág. 1314 y sigs.

cuando una Oficina Recaudadora de Tributos provincial trabó embargo sobre una finca perteneciente a su deudor, el cual la había aportado previamente a una sociedad anónima no inscrita, la que por su parte promovió tercería de dominio y después recurre en casación. Lo que me interesa destacar ahora es que el Tribunal para llegar a la conclusión de que tal sociedad anónima no inscrita, aunque no reúne los requisitos constitutivos como tal SA, sí tiene una forma de existencia como «sociedad privada de índole civil», hace un empleo ciertamente curioso del artículo 1.670. Puesto que es este artículo, *a contrario sensu*, el que —al parecer— le permite asegurar que es posible una sociedad mercantil anónima, por supuesto irregular, que tenga naturaleza civil; lo que al mismo tiempo puede dar pie a entender, pese a lo que en contra he dicho páginas atrás, que la sociedad mixta también pueda revestir las formas de una sociedad mercantil (vid. Considerando segundo).

La STS de 30-5-92 (Ar. 4831, CL. 543) resuelve un litigio sobre una sociedad constituida para la explotación de un supermercado, considerando que existe una sociedad de carácter mercantil, ciertamente irregular en cuanto no se han observado en su constitución los requisitos formales propios de esa clase de sociedades. Aunque el TS encuentra ocasión para pronunciarse sobre el significado del artículo 1.670, me interesa mejor resaltar que (tal como he venido sugiriendo, al destacar la gran relación existente entre las sociedades mixtas y las irregulares) el tema debatido gira sobre una sociedad mercantil (por su objeto o actividad) irregular, a la que ya parece razonable que se apliquen las normas del Código de Comercio, cuando no sean (por la vía del art. 1.669 del Código Civil) las de la comunidad de bienes. Es decir, pese a lo que se afirma en la sentencia, resulta cuando menos dudoso que se pueda pensar que se trata propiamente de una sociedad mixta, sociedad civil que adopte formas mercantiles, cuando ni el objeto social es de tal naturaleza ni se está ante una sociedad regular o formalizada de acuerdo a las exigencias mercantiles (vid. Fundamento de Derecho quinto).

V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE DISTINCIÓN DE SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES

Justo es que advierta, en primer lugar, que las citas jurisprudenciales no son indiscriminadas pues, en la misma medida que a tratar de esclarecer la diferencia entre lo civil y lo mercantil, están destinadas a insistir en la tesis que sostengo en el presente trabajo: considero que en el tema general de la distinción entre sociedades civiles y comerciales, a su vez el fenómeno de la irregularidad societaria está llamado a desempeñar un papel de extraordinaria importancia. Ahora señalaré algunas sentencias significativas, en cuanto permiten definir opciones en favor de uno u otro criterio para el deslinde entre

la sociedad civil y la que es comercial. Pero recalco lo dicho, que en particular me interesa traer aquí aquellos pronunciamientos jurisprudenciales en que la matización entre lo civil y lo mercantil es una cuestión involucrada en alguna manifestación de sociedad irregular. La sistematización de las sentencias que considero relevantes no es nada sencilla, por la razón evidente de que es realmente extraño que en cada una de ellas se acoja una única *ratio decidendi*. Más bien al contrario lo cierto es que la gran mayoría combina diversos argumentos para llegar al fallo; elegir cuál tiene más peso es arriesgado, ya que no siempre lo aclara el TS, y en cualquier caso ello responderá seguramente a un criterio subjetivo en la interpretación de lo que ha querido decir el ponente. Además —no se olvide— en todas la ocasiones, al menos teóricamente, el Tribunal Supremo tiene que ajustarse y respetar los motivos de casación articulados por los recurrentes, lo que le resta posibilidades para expresarse libremente. De cualquier modo, aunque no resulte del todo correcta la simplificación a la hora de confeccionar grupos de sentencias, para facilitar el estudio de la jurisprudencia creo que pueden obtenerse al menos dos criterios principales. El primero ha permitido al TS trascender o hacer abstracción del problema de la distinción entre sociedades comerciales y civiles, dándose a aquéllas cuando se irregularizan el nombre de sociedades civiles irregulares. El otro, contrariamente, consiste en respetar la naturaleza civil o mercantil que resulte —por lo general— del criterio de distinción objetivo o de actividad social, haciéndose aplicación de la normativa del Código de Comercio, y en particular del régimen de las sociedades mercantiles colectivas. Aún cabría una tercera posibilidad, que de alguna manera intenta una combinación de las anteriores, pero por lo que se dirá tiene menor importancia. Paso a exponer estos tres criterios jurisprudenciales, en el mismo orden en que han sido enunciados.

La STS de 3-3-60 (Ar. 944, CL. 151) (125) se refiere a una sociedad mercantil dedicada a la compraventa de mármol; tal naturaleza mercantil se establece, en realidad de una manera incidental, aplicando el criterio objetivo, en relación a la actividad de la sociedad (vid. Considerando segundo). Esta sentencia (así como la apuntada en nota de 26-6-59, con la que concuerda) tiene de llamativo que el Tribunal hace una doble y distinta calificación de la naturaleza social. Puesto que efectivamente somete a consideración, en ambos casos, el criterio de la actividad para determinar la naturaleza que ordinariamente, si no fueran especiales las circunstancias concurrentes, hubiera correspondido a la sociedad; y en cambio lo que se hace es, inaplicando el criterio objetivo, someter la calificación a las consecuencias del criterio formal. No se admite la calificación de sociedad mercantil si falta la corres-

(125) Se refieren a esta sentencia las STS de 9-10-87 y de 9-2-94.

pondiente forma, prevista en las leyes mercantiles, y por eso podría pensarse que efectivamente se da prioridad al criterio de la forma sobre el del fin. Pero creo que no es así, al menos que no existe preferencia derivada de la contraposición en términos de igualdad de un criterio u otro. En realidad resulta patente que el criterio que realmente aplica el Tribunal para calificar la mercantilidad es el del objeto, actividad o fin, y esa naturaleza comercial es la que en sí misma tiene la sociedad. Ahora bien, esa calificación no solamente no se altera, sino que debe pensarse antes en por qué se dice una cosa para luego decir otra, por qué se toma el ponente el trabajo de formular una opción en pro de una naturaleza jurídica que luego parece enmendarse: sencillamente porque no hay contradicción, efectivamente la naturaleza jurídica es la que es, pero ello nada empece para que, en un ámbito distinto se opte por la aplicación de unas normas distintas. Y es que realmente lo importante no es hacer pronunciamiento de una naturaleza jurídica, sino establecer las consecuencias que de esa calificación resultan, en suma, su régimen jurídico. En las dos esferas de intereses que aparecen en toda sociedad, la interna o de los socios, y la externa, en relación a terceros, ha de determinarse el régimen jurídico aplicable, que es lo que en el caso comentado hace el Tribunal Supremo. En el ámbito interno, dado que se rige por las normas estatuidas por los socios, y en su defecto, supletoriamente por las normas codificadas, es importante saber si la sociedad es civil o comercial para acudir a las normas correspondientes a esa naturaleza; en cambio, en el ámbito externo, donde prima la protección de los terceros, al entenderse que al omitirse los requisitos de forma constitutivos de la sociedad la garantía de los terceros es insuficiente, se intenta reforzarla determinando un régimen mínimamente evasivo de responsabilidades, poco artificioso, como es el de la sociedad civil irregular (126).

La STS de 7-10-61 (Ar. 3593, CL. 612) trata de una sociedad dedicada a negocios de construcción. Si fuese mercantil (aunque lo es por su actividad, pues con frecuencia el TS ha considerado verdaderas sociedades civiles a las de construcción o parcelación), la sentencia interesaría especialmente cuando se dicen aplicables a esa sociedad las normas de la comunidad de bienes, lo que sería una forma implícita de entender que la sociedad irregular mercantil se rige por las normas civiles. En realidad, parece que sin lugar a dudas está considerando el Tribunal que se trata de una sociedad mercantil, como puede inferirse de la relación que hace de los problemas debatidos, y que se refieren a la irregularidad que se dice originada por defectos formales en la constitución de la sociedad, a la existencia de un capital social, órganos de gestión, etc. (vid. Considerandos segundo y sexto).

(126) Sin detallarlo ahora, supone inmediatamente que no pueda interponerse una personalidad (y responsabilidad) distinta de los socios.

En la STS de 19-10-62 (Ar. 3669, CL. 727) el TS hace una equiparación —en último término, de régimen— entre sociedad irregular y comunidad, en cuanto las normas de una y otra son las mismas, y en el causídico se hubiera llegado a idénticas consecuencias, ya se pretendiera la existencia de una sociedad irregular en vez de una comunidad de bienes. Con ello parece entenderse que la distinción entre sociedades de naturaleza civil y mercantil es irrelevante cuando se trata de fenómenos irregulares, pues habrá de aplicarse la previsión que hace el Código Civil en el artículo 1.669 (vid. Considerando segundo).

En la STS de 24-1-64 (Ar. 353, CL. 57), de nuevo puede verse cómo el TS hace abstracción del carácter mercantil de la sociedad que aparece en el pleito, que tiene por objeto la explotación de una industria instalada en una lonja (o local de negocios), y se hace declaración de su régimen, que ha de ser el que prevé el Código Civil en su artículo 1.669 (vid. Considerando primero).

Igualmente la STS de 7-2-64 (Ar. 633, CL. 109) (127) aplica las normas de la comunidad del Código Civil a una sociedad mercantil irregular, a través de lo dispuesto en el artículo 1.669 del Código Civil (vid. Considerando primero).

Parecida doctrina, trascendiendo los problemas de calificación de las sociedades como civiles o mercantiles, puede verse mantenida en la STS de 31-12-64 (Ar. 5915, CL. 1000), y STS de 11-11-66 (Ar. 4884, CL. 668) (128). En ambas se falla haciendo aplicación del artículo 1.669 del Código Civil. La primera da la consideración de sociedad civil irregular, a la que tenía por objeto la explotación de un cine. La de 11-11-66 resuelve en casación el pleito planteado cuanto los actores formularon juicio declarativo de mayor cuantía, sobre reconocimiento y disolución de sociedad privada para la venta de electrodomésticos, contra el demandado, obteniendo pronunciamientos favorables en ambas instancias (tras la apelación del demandado). El TS estimó el recurso de casación, pero sólo en cuanto a uno de los motivos en los que se amparó el recurrente, dictando segunda sentencia (vid. Considerando séptimo).

La STS de 26-1-67 (Ar. 250, CL. 40) (129) es realmente interesante, se refiere a una sociedad para la explotación de algunos barcos pesqueros. Fue su ponente JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, y sostiene que lo mismo que existen sociedades civiles con forma mercantil, supuesto del artículo 1.670 del Código Civil, puede también haber sociedades mercantiles, aunque ciertamente irregulares, con forma civil que se rigen por las reglas de la comunidad (130).

(127) Se refieren a ésta las STS de 1-10-86 y 11-10-90.

(128) A ésta se refieren las STS de 20-12-80, 22-12-86 y la STS de 20-12-80 y 11-10-90.

(129) Hay una referencia a esta sentencia en la de 19-11-82 (Ar. 6549, CL. 466), ambas tienen el mismo ponente, y coinciden en su doctrina. A aquella última me refiero expresamente un poco más adelante.

(130) En contra de tal posibilidad, cfr. las RRDGRN de 28-6-85 y de 25-4-91.

En definitiva creo que esta sentencia puede relacionarse con la línea de las demás que pertenecen a este grupo, como la STS de 26-6-59 y la STS de 3-3-60, que más arriba he expuesto; y digo que son concordes, más allá de lo que no demuestra la apariencia, pues conducen a un mismo resultado. Porque da igual plantear que las sociedades mercantiles defectuosamente (irregularmente) constituidas pasen a tener la consideración de sociedades civiles y se apliquen las normas de la irregularidad civil, como el admitir sociedades mercantiles con la forma de sociedad civil (tratándose igualmente de una sociedad mercantil irregular), a las cuales han de aplicarse las normas previstas en el Código Civil aunque aquéllas conserven su naturaleza mercantil. Además, la sentencia hace una calificación del carácter mercantil de la sociedad, aplicando el criterio objetivo (vid., especialmente, Considerandos séptimo y octavo). Obsérvese en la sentencia, no solamente lo que tiene como más relevante de sugerir la existencia de sociedades civiles con forma mercantil, que el Considerando octavo parece dar al artículo 1.669 del Código Civil una consideración como norma general que resulta aplicable tanto a sociedades civiles como comerciales, como soporte de todos supuestos de irregularidad societaria. Lo que supone generalizar el régimen de dicho artículo del Código Civil, como norma básica para las sociedades irregulares de base personalista.

En la STS de 11-2-67 (Ar. 658, CL. 92) en realidad no se suministran criterios expresos en cuanto a la sociedad civil irregular (para la explotación de una gasolinera) a que el pleito se refiere; pero al exponer los motivos del recurso del actor y al contrastarlos con la sentencia de la AT de Burgos, ratificándose la decisión de ésta, resulta de todo ello una determinada postura en cuanto al tema de la irregularidad en el contrato de sociedad civil. Esto es, creo que puede afirmarse, que el Tribunal resuelve aplicar normas civiles a una sociedad por su objeto mercantil (vid. Considerando séptimo).

La STS de 10-4-70 (Ar. 1945, CL. 174) se refiere a una sociedad dedicada a la exportación de melones, a una sociedad irregular, puesto que siendo mercantil su actividad no ha sido constituida correctamente. Pero para lo que ahora me interesa la referencia a esta sentencia es para continuar ejemplificando que hay ocasiones, que coinciden frecuentemente con las situaciones de irregularidad societaria, en que pese a que puede tener importancia la determinación de la naturaleza civil o comercial de una sociedad, ello se supedita a las consecuencias que debe producir la irregularidad en orden a la protección de terceros. La naturaleza o clase de la sociedad aparece como una cuestión dependiente en importancia a la de la tipicidad o regularidad (131).

(131) Me refiero a una jerarquía en la importancia de los problemas planteados (si hay una cuestión de irregularidad no es preciso ensayar la aplicación de los criterios para calificar su naturaleza, pues en cualquier caso el régimen será el previsto en el Código Civil), y no al orden cronológico en que han determinarse la irregularidad y la naturaleza

Tal es el caso de autos en que para negar su responsabilidad solidaria uno de los codemandados, entre otras razones, aduce al motivar el recurso que la sociedad entre ellos constituida no puede calificarse de mercantil, pese a que eso se pretenda en función de su actividad u objeto, por no concurrir los requisitos formales exigidos para la colectiva (explicándolo mal, podría decirse con otros términos, se pretende que la sociedad irregular —por serlo— no puede tener naturaleza mercantil); sino que en consecuencia ha de regularse la sociedad por las normas del Código Civil que limita la solidaridad y establece taxativamente cuándo procede, frente a las normas del Código de Comercio que establecen claramente una responsabilidad de tipo solidario. En la sentencia se hace primar ante todo la protección de los terceros, independientemente de la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, cuestión que queda en un segundo plano (vid. Considerando cuarto).

Según la STS de 12-2-71 (Ar. 685, CL. 71) (vid. segundo Considerando) en las sociedades mercantiles irregulares (calificación que resulta de la falta de escritura e inscripción registral) el contrato es válido entre los interesados, y la sociedad habrá de regirse por los pactos establecidos, siempre que en ellos concurren los requisitos de los artículos 1.261 y 1.266 del Código Civil, pero sin que sean aplicables los demás preceptos que para las sociedades mercantiles se contienen en el Código de Comercio; es decir, las sociedades irregulares, aunque posean carácter mercantil, han de someterse al Código Civil en lo que sea insuficiente el contrato que las origina.

La STS de 15-6-71 (Ar. 3243, CL. 354) afirma en su Considerando primero que la sociedad mercantil irregular que carece de personalidad (por estar falta de escritura e inscripción) ha de regirse por las normas de la comunidad.

La STS de 30-6-72 (Ar. 3333, CL. 375) (132) es otra de las que dan la consideración de sociedad civil a la mercantil irregular objeto del litigio (que tenía por objeto la explotación de una cantera), o cuando menos dispone la aplicación de las disposiciones del Código Civil para la irregularidad societaria (vid. Considerando tercero).

La STS de 28-6-75 (Ar. 2616, CL. 262) trae causa de un juicio declarativo de menor cuantía, en que los litigantes son hermanos, sobre rendición de cuentas y otros extremos, respecto de un negocio —mercantil— de ferretería y armería adquirido por herencia de su padre común. De nuevo puede verse que una sociedad mercantil por su actividad es considerada como sociedad civil en cuanto se aprecia una irregular constitución, pero con la particularidad de que no se contenta la sentencia con concluir la aplicabilidad del artículo 1.669, sino

civil o mercantil. Pues, concretamente en cuanto a esto último, pienso que es antes determinar si una sociedad es civil o mercantil que el calificarla como irregular, si llega el caso.

(132) Se refiere a ella la STS de 19-11-82.

que llega más lejos incluyendo el supuesto societario en el tipo previsto en el artículo 1.665 del Código Civil (vid. Considerando segundo).

Creo que el mismo fenómeno que en casos anteriores puede verse manifestado en la STS de 10-11-78 (Ar. 4061, CL. 365) (133); la naturaleza jurídica se considera cuestión menos importante, o en todo caso supeditada a la protección de terceros que se hace urgente en las situaciones de irregularidad. La sociedad de autos, sociedad irregular para la explotación de una empresa dedicada a la elaboración de aceites y derivados, es por su actividad una entidad mercantil, y sin embargo el TS resuelve el causídico aplicando normas de naturaleza civil. Se aplica la normativa del contrato de sociedad civil a una sociedad cuya irregularidad se decreta al no concurrir los requisitos de las sociedades mercantiles. Así podríamos decir que, figuradamente, el TS ha razonado determinando en primer lugar la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, aunque realmente luego prescinde de dejar constancia expresa de tal averiguación; al entender que, por el objeto y actividad la sociedad es mercantil, han de ser las normas de este tipo las que debieron cumplirse en la constitución de la sociedad; como no ha sido así, se decreta la irregularidad social, y como se trata de encontrar un régimen jurídico—civil o mercantil— que resuelva el litigio, se acude a las normas del contrato de sociedad civil. De todo ello resulta, por ende, que lo que es una entidad mercantil, al irregularizarse, queda absorbida por el régimen de la sociedad civil, que aparece con una pretensión de generalidad a cualquier caso en que, independientemente de la naturaleza, haya una deformación, una irregularidad, de los tipos sociales (vid. Considerando segundo).

La STS de 2-6-81 (Ar. 2492, CL. 242) es ilustrativa de cómo un negocio mercantil (el de autos tiene por objeto la explotación de un bar y cafetería) no solamente puede recibir la consideración de sociedad civil, sino que se le aplica el régimen normativo de ésta. En la medida en que se trata de una sociedad irregular, se integra en la corriente jurisprudencial a la que pertenecen la mayor parte de las sentencias que vengo exponiendo hasta el momento. De nuevo se considera que aquella sociedad pertenece al tipo descrito en el artículo 1.665 del Código Civil (vid. Considerando sexto).

La STS de 19-11-82 (Ar. 6549, CL. 466) (134) es una más de las que someten las sociedades mercantiles irregulares al régimen de las civiles (vid. Considerando primero).

(133) Se refiere a esta sentencia la STS de 9-10-87.

(134) Se refieren a la sentencia las STS de 3-4-82 y 30-4-86. MIQUEL (cfr. «Comentario a los artículos 392 a 395 y 397 a 406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones /orales*, V.-2, Madrid, 1985) con respecto a los problemas que plantea la explotación de una empresa dentro de una comunidad de bienes, alude a esta sentencia, que decide «...que procede la tramitación unitaria de la suspensión de pagos de tres comerciantes individuales que explotan en común un negocio de carpintería mediante

En la STS de 20-3-84 (Ar. 1311, CL. 171), aunque parece que incidentalmente (y la de autos es una sociedad que tiene por objeto el realizar determinadas actividades relacionadas con la agricultura), una sociedad irregular mercantil obtiene la consideración de civil irregular en cuanto a su régimen, independientemente de su naturaleza (vid. Considerando octavo).

En el mismo sentido anterior, la STS de 12-11-85 (Ar. 5576, CL. 656) (135). Las partes litigantes, que son cuñados, concertaron una sociedad civil para un negocio de compraventa de vinos. Evidentemente el negocio, la actividad u objeto de la sociedad, es de naturaleza comercial, y en particular, por las circunstancias concurrentes, se trata de una sociedad mercantil irregular. Ello no obstante, el TS en ningún momento califica la naturaleza o especie de la sociedad, más aún, se alegan en el recurso, y la sentencia aplica exclusivamente normas societarias civiles (136). En realidad la determinación de la naturaleza civil o comercial no influía en la resolución de las cuestiones principales planteadas en el pleito; mas lo que me interesa destacar, al margen de la conveniencia de que el Tribunal hiciese una clara mención de qué naturaleza correspondía a la sociedad, es cómo sucede, en efecto, que la cuestión de esa naturaleza aparece como problema subordinado al de determinar un régimen en la situación societaria irregular planteada, siendo ese régimen el del Código Civil (vid., especialmente, Fundamentos de Derecho primero y quinto).

* * *

Al margen de la anterior línea jurisprudencial, que como puede verse se ha continuado durante muchos años, aunque tal vez alcanzó su esplendor en la década de los sesenta, puede hacerse referencia a aquélla otra referida a la

una sociedad interna entre ellos, cuando esos tres comerciantes solicitan conjuntamente la declaración de suspensión de pagos y hacen manifestación en el activo de ésta de la totalidad de sus patrimonios personales». Cfr., el comentario que hace de la sentencia CUESTA RUTE, J. M. DE LA, *La Ley*, 1983-1, pág. 832 y sigs.

(135) Vid. el comentario que de la sentencia hacen MORENO CATENA, V. y CAPILLA RONCERO, F., en *CCJC*, núm. 9, septiembre-diciembre 1985, pág. 3073 y sigs.

(136) Cfr. MORENO CATENA y CAPILLA RONCERO, *loc. cit.*, pág. 3082. «En efecto, el negocio de compra de vinos para revenderlos, lucrándose en la reventa, es claramente un supuesto de compraventa mercantil, de acuerdo con el artículo 325 del Código de Comercio. Y, ciertamente, no encaja en la excepción del número 2 del artículo 326 del mismo cuerpo legal, pues del caso comentado parece desprenderse con claridad que no se trataba de la venta de vinos producidos por las explotaciones agrícolas de los propios socios o de la sociedad. Objeto claramente mercantil, pues, el que tenía la sociedad constituida entre el actor y el demandado. Y, sin embargo, tanto el recurso como la sentencia se mueven, con la excepción de la referencia a las normas sobre las cuentas en participación, en el ámbito de artículos del Código Civil, aparte de las cuestiones estrictamente probatorias».

distinción entre sociedades civiles y mercantiles, haciendo aplicación de los criterios que tuve ocasión de exponer en el epígrafe III de este trabajo. Si bien es de notar que, con cierta frecuencia, los pronunciamientos son meramente incidentales (simplemente aparecen junto a otras cuestiones que sí son decisorias —como la irregularidad—), y que suelen estar en relación con la consideración irregular de las sociedades cuya calificación se intenta. Lo cual puede interpretarse en dos sentidos, que es cierto que el tema de la distinción de las clases de sociedad tiene en la irregularidad una de sus mejores aplicaciones; y que entra dentro de lo previsible que nadie busque articular un recurso de casación solamente para discutir cuestiones de naturaleza jurídica: más bien lo que se suele pretender es un régimen que resuelva situaciones societarias frecuentemente poco clarificadas, y por ello mismo rayanas en la irregularidad. A propósito de esto último, repárese en que las sentencias que observan sin correcciones el resultado de los criterios técnico-jurídicos de calificación de las sociedades, suelen ser al mismo tiempo de aquéllas que (apartándose del criterio otras tantas veces sostenido) no consideran automáticamente como sociedades civiles a las mercantiles irregulares; son sentencias que reconocen la propia autonomía de la irregularidad societaria mercantil, cuando menos de las sociedades de base personal. Lo cual da ocasión para seguir insistiendo en que, de una u otra manera, lo que tiene de interesante la distinción entre sociedades civiles y mercantiles cabe dentro del tratamiento de la irregularidad societaria, al menos desde la práctica jurisprudencial.

En buena parte de las sentencias que a continuación se exponen también se aprecia un interesante cambio (respecto de aquéllas otras representativas de la absorción de la irregularidad mercantil por el régimen de la sociedad civil) que es paralelo de la pérdida del papel de la sociedad civil como general a todas las irregulares: contrariamente, se viene a afirmar ahora que las sociedades mercantiles irregulares (como sociedades comerciales) deben regirse por las normas de la sociedad colectiva, la cual ostenta la función de sociedad general del tipo de las personalistas mercantiles. En cuanto a los criterios cualificados para determinar la naturaleza civil o mercantil de las sociedades, es comprobable cómo se prima el que atiende al objeto o actividad social, aunque no dejen de aparecer otros.

La STS de 6-4-61 (Ar. 1254, CL. 267) (137), se diferencia de aquellas otras que atribuyen carácter civil a las sociedades mercantiles irregulares. En

(137) Esta sentencia concuerda con las STS de 8-2-60 y 16-4-80, y se refiere también a ella la STS de 25-3-87. Todas tienen en común el ser expresivas de una idea general, pues creo que resulta muy claramente expuesto que en la sociedad suelen plantearse tres órdenes de problemas, distintos en sí mismos, pero que están íntimamente relacionados. Una cosa es el contrato social, como expresión de una voluntad asociativa, otra distinta es el carácter (naturaleza civil o mercantil de la sociedad, determinada básicamente por la actividad) del ente creado (si es que tiene personalidad jurídica, lo cual

ella se hace referencia a una sociedad irregular de «intereses particulares de naturaleza mercantil». Se trata de una asociación a la que por el juego de los artículos 35 y 36 del Código Civil le son aplicables las normas de la sociedad, según la naturaleza de ésta, civil o mercantil; en el caso concreto, la naturaleza correspondiente es la comercial. Para asignarla se utiliza el criterio objetivo, de actividad y fin de la sociedad, situando el otro criterio, el basado en los requisitos formales, simplemente en el papel determinante del carácter irregular de aquel ente social (vid. Considerando primero). El Considerando quinto, insistiendo en las mismas ideas, precisa mejor qué se tiene en cuenta para la atribución de naturaleza comercial a la sociedad de autos, y cómo viene entendida la irregularidad societaria. En cuanto al primer extremo, «...el consorcio es mercantil por la naturaleza de sus operaciones...», pero si ello, en relación al tráfico que se persigue, constituye el «elemento material o real de toda sociedad mercantil», en cambio falta el «elemento de carácter formal» de inscripción de la correspondiente escritura en el Registro Mercantil; y esta omisión formal es precisamente la que origina la irregularidad societaria, con la consecuencia de que no hay distinción de personalidad entre los socios y la sociedad, pues ésta carece de aquélla, con las consecuencias procesales que a los efectos del litigio ello comporta. Algo que llama la atención en la sentencia es que trata de generalizar la solución a que llega, situando claramente el fundamento legal y la preferencia que debe hacerse entre los típicos criterios distintivos de la naturaleza civil o comercial de las sociedades. Se opone a la consideración que ha tenido el criterio formal como característico del Código de Comercio, y al contrario se aclara que ni mucho menos es el único a tener en cuenta, ni ha querido el legislador mercantil que fuese preeminente al otro criterio que atiende al objeto de la sociedad. Desgraciadamente la utilidad del argumento resulta mermada, al basarse, además de en la Exposición de Motivos del Código de Comercio, en dos disposiciones, el párrafo segundo del artículo 117 y el artículo 123, que fueron recientemente derogadas por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades.

La STS de 8-2-63 (Ar. 783, CL. 128) se refiere a una sociedad mercantil cuyo carácter se determina por el criterio del objeto o actividad (vid. Considerando cuarto).

En la STS de 6-2-64 (Ar. 614, CL. 98) (138) se hace aplicación del criterio objetivo (vid. Considerando tercero). Se trata de una sociedad anóni-

a su vez viene especialmente determinado por los requisitos formales), y, finalmente, otra cuestión es la regularidad o irregularidad de una sociedad.

(138) Esta sentencia es citada por la importante STS de 6-3-81. Vid. el comentario que, en relación a la presente sentencia, hago al ocuparme de la STS de 20-2-88.

ma cuya irregularidad dimana de la omisión de requisitos formales. Se determina la mercantilidad de la sociedad atendiendo a su objeto o actividad, lo que es llamativo por varias razones. La primera, que siendo una sociedad anónima debería jugar la atribución legal de naturaleza mercantil que, como correspondiente al tipo social, hacía el artículo 3 LSA en ese momento vigente, sin necesidad de examinar el objeto social; pero lo que sucede es que su condición irregular priva a la sociedad de todo reconocimiento como sociedad capitalista, ya que los requisitos formales se consideran constitutivos de su existencia. La segunda razón, por la que el argumento de la sentencia es interesante, hace referencia precisamente al objeto, actividad extractiva, pues se trata de una sociedad minera. Quiero decir que en el caso concreto la aplicación del criterio objetivo suponía la necesidad de un pronunciamiento sobre cuándo las actividades destinadas a la extracción de minerales, por tener una mayor dimensión industrial y a resultas mercantil, no deben ser consideradas como objeto de una sociedad calificable de civil; cosa que no hubiera sido precisa si la irregularidad no impediera tener en cuenta una naturaleza mercantil que resultaría directamente y por disposición legal del propio tipo societario elegido.

La STS de 30-4-64 (Ar. 2166, CL. 389) (139), relativa a un contrato de cuentas en participación, enuncia incidentalmente el criterio objetivo para atribuir la mercantilidad (vid. Considerando cuarto).

La STS de 21-12-65 (Ar. 5958, CL. 886) (140) se refiere a una sociedad mixta. En ella se analiza la naturaleza que resultaría de aplicar los dos criterios tradicionales para saber si se trata de una sociedad civil o mercantil. Se concluye que el ente objeto del litigio es, en verdad algo curioso, una *sociedad civil de tipo colectivo*; lo que podría explicarse por la tendencia vigente en la época de considerar las sociedades mercantiles irregulares como sociedades civiles, siendo el tipo mercantil deformado —en el presente caso— el correspondiente a una sociedad colectiva. De cualquier modo ni el criterio parece tener demasiada importancia, ni tampoco la determinación de una u otra naturaleza, en cuanto se concluye por aplicar las normas del Código de Comercio a la sociedad de autos, advirtiéndose son las que corresponden a exigencias de la realidad, tanto para las sociedades mercantiles propiamente dichas como para las sociedades civiles.

(139) Posteriormente a esta sentencia, téngase en cuenta la STS de 26-1-67, en cuanto se refiere al criterio objetivo para determinar la naturaleza de las sociedades, que ha quedado expuesta en la línea jurisprudencial anterior.

(140) Se ocupa en mencionar esta sentencia SÁNCHEZ CALERO, F., cfr. *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, pág. 247, como expresiva de la línea en que se justifica la responsabilidad solidaria de los socios mediante la aplicación del régimen de la sociedad colectiva; también GIRÓN TENA, J., cfr. *Derecho de sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pág. 242.

En el orden cronológico, aunque menos explícitas, las STS de 24-1-69 (Ar. 202, CL. 34) y STS de 22-11-73 (Ar. 4415, CL. 513), ambas con el mismo ponente, califican sendas sociedades como mercantiles por el criterio objetivo, sometiéndolas a la normativa del Código de Comercio. La primera es una Sociedad constituida mediante documento privado para la explotación de un «Bodegón-Bar-Terraza»; su Considerando primero recoge —incidentalmente— que las sociedades mercantiles irregulares han de regirse subsidiariamente, en defecto de lo pactado, por las normas de las sociedades colectivas (141). La otra es una «sociedad privada» dedicada a un negocio de fabricación de forja de aceros, estampaciones metálicas y de diversa tubería.

La STS de 15-10-74 (Ar. 3802, CL. 386) resuelve un litigio sobre una sociedad constituida con el fin de explotar una industria de pescadería y freiduría. Varios datos interesantes han de considerarse, como el que determine el carácter mercantil de la sociedad por su objeto o actividad y que se opte por incluir la sociedad irregular de autos en el régimen de las sociedades mercantiles, en concreto se la somete al régimen establecido por el Código de Comercio para la sociedad colectiva.

La STS de 22-12-76 (Ar. 5576, CL. 398) recuerda la doctrina de la Sala que acoge como criterio diferenciador entre sociedades civiles y mercantiles el del objeto o actividad. Además se insiste en que eso es así no obstante la irregularidad, es decir, que el hecho de que haya una constitución defectuosa de la sociedad, por sí mismo no determina la naturaleza civil o mercantil de una sociedad, ni tampoco ha de suceder que las sociedades mercantiles —por su objeto— irregulares deban considerarse como civiles (vid. Considerando segundo).

De nuevo vemos utilizado el criterio objetivo en la STS de 30-4-83 (Ar. 2200, CL. 234) (142) (vid. Considerando primero).

En la línea de considerar como mercantiles las sociedades cuya naturaleza resulte de aplicar los criterios usuales, y respetándose en cualquier caso esa naturaleza pese al carácter irregular de la sociedad, debe tenerse en cuenta la STS de 21-6-83 (Ar. 3647, CL. 356) (143). Destaca decididamente la primacía del criterio objetivo, haciéndose eco de lo que dice que sucede en la doctrina científica. Se trataba de una sociedad que tiene por objeto un negocio dedicado a la manufactura y venta de productos del ganado porcino (vid. Considerando cuarto).

(141) Además se hace en ella un ensayo o una comprobación, examinando qué sucedería de aplicarse los preceptos civiles, lo que debe recordarse en orden a una manera de proceder del TS que podríamos llamar cumulativa, y a la que me referiré al final de este epígrafe.

(142) Vid. el Comentario a la STS de 30-4-83 de GALÁN CORONA, E., en *CCJC*, núm. 2, abril-agosto 1983, pág. 565 y sigs.

(143) Se refieren a ésta las STS de 1-10-86, 20-2-88 y de 6-10-90.

Criterio objetivo es también el que se emplea en la STS de 1-10-86 (Ar. 5230, CL. 554), que presenta la particularidad de que es precisamente su objeto o actividad (la explotación de un negocio de gasolinera) lo que se establece como índice para determinar el régimen aplicable a la sociedad irregular en cuestión. Hace interesantes pronunciamientos a propósito del concepto (causa) de la irregularidad, y del ámbito (de relaciones internas) al que se aplicará el régimen normativo correspondiente (el de las sociedades colectivas del Código de Comercio).

La STS de 20-2-88 (Ar. 1073, CL. 124) (144) se refiere a una situación de hecho en que las partes litigantes se comprometieron en documento privado a constituir una sociedad anónima dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de su suscripción, señalando como objeto de tal sociedad, entre otros fines, la realización de alumbramientos, suministros, abastecimientos, riegos, transformaciones de fincas rústicas, y demás explotaciones realizadas con el agua. En ningún momento se llegó al otorgamiento de la prevista escritura pública de constitución de sociedad anónima, y por tanto no se produjo su inscripción en el Registro Mercantil, ni el nacimiento de la pretendida sociedad anónima, de tal manera que el reconocimiento de su carácter mercantil se hace calificando la actividad societaria, aplicando el criterio objetivo (vid. Fundamento de Derecho quinto). Esta sentencia, junto con la STS de 6-2-64 (Ar. 614, CL. 98) anteriormente expuesta, induce a pensar que sin perjuicio de que el criterio de distinguir si se trata de sociedades de base personal o de sociedades capitalistas, para calificar su naturaleza jurídica (utilizando el dato objetivo para aquéllas y el formal para estas últimas), es práctico y correcto, tampoco es infalible. Ya lo he escrito antes, y ahora lo refrendo con la jurisprudencia correspondiente. El defecto de criterio que la forma padece, es que está llamado a ser útil sólo en las situaciones de regularidad societaria, pues en casos distintos no se podrá aplicar en todos sus extremos; el dato formal de considerar mercantil la sociedad que adopte formas mercantiles, sólo podrá observarse cuando las formas, que son requisito constitutivo de las sociedades de capital, no se hayan omitido. Pues de no ser así todo quedaría reducido simplemente a una determinación de la naturaleza jurídica civil o comercial a partir del dato de la actividad social del criterio objetivo. Puede decirse en consecuencia que la irregularidad societaria opera un desplazamiento del criterio formal, que en otra situación sería normalmente aplicable, reduciendo las posibilidades para determinar una naturaleza societaria a la utilización de los datos objetivos o de actividad. Aunque opino que esto entra en lo razonable, tampoco ha de olvidarse que la práctica (dada la escasa ocasión que el carácter expansivo de las normas mercantiles conce-

(144) Se refieren a esta sentencia las STS de 16-3-89, y la de 6-10-90.

den para que una sociedad pueda tener naturaleza civil) enseña que el resultado de la aplicación del criterio objetivo normalmente coincidirá con el que se hubiera alcanzado, si el formal hubiese podido ser aplicado. En último término cabe concluir de todo lo dicho que, efectivamente, la irregularidad de las sociedades en su versión civil o mercantil no es sólo un episodio o incidente dentro del reconocido problema tradicional de la distinción entre sociedades civiles y comerciales, sino algo mucho más relevante e íntimamente relacionado con esa disociación.

En la STS de 16-3-89 (Ar. 2154, CL. 239) al tiempo que se hace aplicación del criterio objetivo para calificar la naturaleza mercantil de la sociedad (irregular) por su actividad (fabricación de embutidos), puede verse otra vez cómo la determinación del régimen jurídico que deba aplicarse a las relaciones sociales en debate, es deudora de la otra de averiguar la naturaleza, civil o mercantil, de la sociedad. En efecto, al ser mercantil la sociedad de autos, en el ámbito externo, le son aplicables las normas de las sociedades colectivas (vid. Fundamento de Derecho cuarto).

La STS de 6-10-90 (Ar. 7475, CL.540) (145) ensaya también el método o criterio objetivo para calificar el carácter mercantil de la sociedad a partir de una actividad de hostelería (vid. Fundamento de Derecho sexto). Como puede verse, la cuestión de la naturaleza societaria sigue siendo pareja con la de la irregularidad, aunque en la corriente jurisprudencial en que la sentencia se inserta se haya superado ya la antigua dependencia que tenía la irregularidad mercantil del régimen de las sociedades civiles.

Se sigue el criterio objetivo también en la STS de 3-4-91 (Ar. 2633, CL. 249) (146); en este caso se trataba de una sociedad irregular para la explotación de un camping. La propia sentencia ilustra con la cita de otras, tanto los criterios sobre la irregularidad societaria, como los que permiten determinar su naturaleza civil o mercantil (vid. Fundamento de Derecho quinto).

Particularmente clarificadora de la situación que ocupa el tema de la naturaleza de la sociedad en relación al fenómeno de la irregularidad, es la STS de 9-3-92 (Ar. 2009, CL. 234) (147), que utiliza el criterio objetivo de la mercantilidad de las operaciones de la sociedad para determinar su carácter mercantil. Permite insistir, como ya he hecho, en que atribuir naturaleza civil o comercial a la sociedad de que se trate, de alguna manera es un *prius* lógico respecto de su calificación como regular o irregular (148). Si ésta es la conclusión a la que

(145) Vid. EMBID IRUJO, J. M., «Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 6 de octubre de 1990», *La Ley*, 1991-1, pág. 295 y sigs.

(146) A ésta se refieren las STS de 8-7-93, 18-5-92 y de 8-7-93.

(147) Vid. el comentario de esta misma sentencia, hecho por MARTÍNEZ SANZ, F., *La Ley*, 1992-4, págs. 182-188.

(148) También es esta la conclusión que explicita GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, cfr., *loc. cit.*, pág. 62: «...en el orden lógico, la calificación de mercantil precede a los requisitos de

llego, he de explicar por qué. Aunque sea un poco aparatoso, podemos discutir metódicamente planteando qué sucedería en las hipótesis previsibles. Así, en primer lugar, podemos preguntarnos qué pasaría si se calificara la irregularidad antes que la naturaleza de la sociedad: lo que ocurriría es que tal modo de proceder tropezaría con el inconveniente de que buena parte de las causas de irregularidad vienen provocadas por la omisión o infracción de las normas que sean aplicables a un tipo o clase de sociedad; luego, en tales casos al menos, para determinar qué régimen jurídico es aplicable, y así saber cuando al vulnerarse surge la irregularización, hemos de conocer previamente si han de utilizarse normas mercantiles o civiles: es decir, la declaración de irregularidad no puede preceder a la de la naturaleza. La otra hipótesis manejable coincide precisamente con la conclusión que acabo de sentar, que tiene que examinarse *a posteriori* la irregularidad societaria. Pero tampoco en tal caso dejan de apreciarse dificultades, provocadas precisamente por el propio planteamiento del supuesto de hecho: que haya una situación de irregularidad societaria. Pues en efecto, si una sociedad es irregular podrán observarse en ella dos ámbitos normativos y de intereses distintos: el de las relaciones internas, y el de las relaciones externas. En este último ámbito es relevante la determinación de la naturaleza civil o mercantil que resulte de atender al dato objetivo de su fin o actividad (al criterio objetivo, no al formal, pues ya he dicho que no creo que sea éste el aplicable cuando sean precisamente los defectos formales los que provocan la irregularidad); el régimen jurídico a tener en cuenta sería ya el de la sociedad mercantil colectiva, ya el de la comunidad de bienes (tanto se aplique éste exclusivamente a las sociedades de naturaleza civil, como si lo es también a las mercantiles irregulares), y de ese régimen resultará en buena medida (149) si la sociedad es regular o irregular. En el otro ámbito, el de las relaciones entre los socios, ya que se regirán en primer lugar por lo pactado tanto si son «comerciantes» como si no, y después por el régimen social que hayan escogido, ya que es su propia voluntad la que determina el régimen aplicable, sucede de un lado que al igual que en la primera hipótesis planteada la irregularidad debería ser una cuestión posterior, y por otro que esa voluntad, por ser interna u oculta, no permite determinar ese resultado previo que es la naturaleza civil o mercantil. Repito que en estas últimas circunstancias realmente se plantea una situación difícil: si (se puede generalizar) lo irregular es lo que no trasciende a terceros, y así no podemos averiguar la naturaleza de la sociedad

formalización pública, y, por tanto, debe basarse en datos diferentes de la observancia de estos requisitos»; aunque sigue caminos distintos, y en el contexto de un planteamiento radicalmente opuesto al que yo hago sobre la irregularidad societaria en general, y sobre el artículo 1.670 en particular.

(149) Aunque no quiero prejuzgar qué es la irregularidad, no resulta difícil admitir en su concepto los supuestos de infracción normativa y los de falta de trascendencia para terceras personas del pacto societario.

que no se manifieste, va a ocurrir que antes se tendrá conocimiento de que una situación es irregular, que de la naturaleza jurídica que le corresponde a esa sociedad. Es decir, lo que debería ser una calificación posterior tiene que ser determinado antes —que hay irregularidad—, para posteriormente buscar las normas civiles o mercantiles que vayan a disciplinar la situación (150). Las dificultades, tanto de orden en las operaciones a realizar como de homogeneidad en el tratamiento de supuestos similares, se reducirían considerablemente si lo irregular se recondujese siempre a un régimen único, de tal modo que pudiera prescindirse de la tarea de calificar la mercantilidad o el carácter civil de una sociedad. Aunque esta razón de seguridad jurídica, perfectamente lógica cuando se identifica la sociedad irregular con la sociedad interna, en los restantes supuestos de irregularidad acabe cediendo en favor de la identificación de tipos societarios civiles o mercantiles para aplicar un régimen (civil o mercantil) específico.

La dicha Sentencia de 9-3-92 se refiere a una sociedad que en función del criterio objetivo o en atención a su actividad (está dedicada a un negocio de ferretería) es considerada como mercantil. Además el ponente reconoce la dificultad de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, en particular cuando se trata de sociedades irregulares; pese a la referida complicación, como sucede en otras ocasiones en que está implicada la cuestión de distinguir una de otra clase de sociedades, se dice que la solución al caso en debate sería la misma independientemente de la naturaleza que se atribuya a la sociedad (vid. Fundamento de Derecho octavo).

Las STS de 30-5-92 (Ar. 4831, CL. 543) y de 29-9-92 (Ar. 7331, CL. 841) tienen en común que, tratándose de sociedades irregulares, ambas de naturaleza mercantil (siendo su objeto, respectivamente, la explotación de un supermercado y de una fábrica de hielo), ni son consideradas como sociedades civiles, ni se aplica el régimen prevenido en el artículo 1.669 del Código Civil, ni tampoco se invocan expresamente las disposiciones de las sociedades colectivas, sino simple y genéricamente las del Código de Comercio.

La STS de 8-7-93 (Ar. 6326, CL. 700) (151) apunta la falta de trascendencia que puede tener la calificación de la sociedad de autos (constituida

(150) Al tiempo, la aplicación de las normas civiles, la calificación de la sociedad irregular como mercantil tendrá que basarse en el dato objetivo de la actividad, con la dificultad añadida de que para saber la actividad social habrá de estarse a cómo se exterioriza lo que (por definición es fácil que suceda en cualquier sociedad irregular) puede no conocerse de modo nítido. Realmente es un problema difícil de resolver. En todo caso son estas cuestiones que tienen que ver con los conceptos que se asignen a la irregularidad societaria.

(151) Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, pág. 246. Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ALVAREZ, M. M.^a, «Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en Derecho español» (STS 8 julio 1993), en *RDS*, núm. 3, 1994, pág. 267 y sigs.

para la distribución de determinados productos) como civil o como mercantil, aunque igualmente se acoja el criterio de determinar su naturaleza conforme a su actividad, y ello pese a la denominación que pueda atribuírsele como «sociedad civil irregular». Dada la condición de sociedad mercantil irregular, el régimen que se le aplica es el prevenido por el Código de Comercio para las sociedades colectivas (vid. Fundamento de Derecho segundo).

La STS de 1-3-94 (Ar. 1638, CL. 168) es importante en cuanto ilustradora de que aunque la teoría objetiva, de la actividad o fin de la sociedad, es generosamente acogida en la jurisprudencia —como puede verse en las sentencias que se han citado— este criterio no deja de ser un mera aproximación para resolver la cuestión de la naturaleza civil o mercantil de una sociedad. Y es que fuera de la imputación legal de naturaleza mercantil, como sucede con las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la calificación de una sociedad como civil o comercial no es inexorable, es una tarea que cuenta con posibilidades, si no absolutamente libres, sí defendibles. En este sentido, el margen de maniobra se ensancha considerablemente si la sociedad de que se trate se desenvuelve en la dinámica de las situaciones irregulares. La sentencia en realidad no tiene otra cosa de interesante que lo que puede deducirse del hecho de que no se combata la afirmación de que la sociedad de autos, que es una sociedad irregular, teniendo por objeto la explotación de un bar, sea no obstante de naturaleza civil; ya he dicho que deben tenerse en cuenta los principios de técnica casacional y de vinculación a los términos del recurso, pero es ésta una de las ocasiones en que la personalidad del ponente (GULLÓN BALLESTEROS) podría haber propiciado una especial clarificación del temario irregularidad-naturaleza jurídica. Aunque tampoco hay inconveniente en reconocer que, tal vez, no ha sido voluntad del juzgador el dar por buena una calificación de naturaleza jurídica que no se corresponde con la realidad, sino que lo que sucede es que rectificar en tal sentido los elementos fácticos suponía una actividad innecesaria, que se avenía mal con el respeto a la congruencia de lo pedido en el recurso de casación; es posible. Pero aunque fuera así no creo tampoco que pueda desvirtuarse lo que ya he dicho al advertir sobre la flexibilidad que admite la calificación de la especie de las sociedades, y particularmente cuando de sociedades irregulares se trata, porque se dejaría caer en el vacío las citas jurisprudenciales que con aquella intención se han ido desgranando.

En la STS de 5-6-96 (Ar. 4724) (152) se acude al criterio objetivo para calificar como mercantil una sociedad irregular, dedicada a la fabricación de tuercas.

(152) No puede ofrecer el marginal CL, al no haberse distribuido hasta la fecha los correspondientes ejemplares del Repertorio.

También en la STS de 11-7-96 (Ar. 5667) se determina el carácter mercantil de una sociedad irregular atendiendo a su objeto, la explotación de un supermercado.

* * *

Si recapitulamos lo que llevamos visto en el presente epígrafe, debe recordarse que han sido expuestas dos corrientes de pensamiento, distintas, del TS en relación a la distinción de sociedades civiles y comerciales: en la primera el Tribunal resolvía (o cuando menos no modificaba) el sometimiento de cualquier clase de sociedad irregular al concepto de sociedad civil, produciéndose eventualmente una mutación de la naturaleza jurídica que, de haber sido regular, tendría la sociedad; en la otra línea, el TS optó por mantener, pese a la consideración de irregularidad, la naturaleza societaria que resultase del objeto o actividad social. Pero a las anteriores, aún cabría añadir una tercera posibilidad, otra forma de proceder del TS que en otras muchas ocasiones adopta el criterio de aplicar conjuntamente tanto las normas civiles como las mercantiles, o cuando menos de preferir uno sin postergar totalmente el otro; el problema para aislar este criterio en sentencias concretas es que la mayoría de ellas, al final, suelen inclinarse como solución preferente en favor de cualquiera de las otras dos posibilidades (considerando la sociedad, siempre como civil irregular, o teniéndola propiamente como mercantil, si tiene esta naturaleza) (153). Este último fenómeno puede darse en varias versiones; así puede suceder que, aunque se decante una sentencia concreta por considerar que la sociedad irregular a que se refiera será mercantil si su objeto o actividad lo es, ello no obstante se verifica una especie de comprobación, demostrativa de que en cualquier caso, aplicando uno u otro régimen, la solución del litigio debatido sería idéntica. Otras veces sucede lo mismo

(153) La aplicación cumulativa a que hacía alusión puede verse, entre otras, en las STS de 22-11-73 (Ar. 4415, CL. 513) y de 15-10-74 (Ar. 3802, CL. 386). Ambas son objeto de examen en este mismo epígrafe. Es CAPILLA RONCERO quien cita la referida sentencia de 15-10-74 en el sentido apuntado: cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pág. 72 y nota 28. Por mi parte, en realidad, me resulta muy difícil explicar su pertenencia a la línea jurisprudencial a que me estoy refiriendo, pues, si CAPILLA dice que en ella «...se ventila la disolución de una sociedad de objeto mercantil por renuncia a la sociedad, aplicando el artículo 224 del Código de Comercio, pero invocándose además el 1.705», creo que más que de una invocación se trata de una alusión en que se busca una *ratio* para ambos preceptos: «...a mayor abundamiento el derecho establecido en el citado artículo 224 del Cuerpo legal mencionado, al igual que el 1.705 del Código Civil, tiene su razón de ser en que una responsabilidad ilimitada en relación con las deudas sociales no puede imponerse a perpetuidad, porque ello supondría una vinculación eterna de los socios entre sí y respecto a la sociedad, por lo que es visto que procede acoger la pretensión de disolución de la misma...».

pero planteado a la inversa, que se prefiere considerar como civil a la sociedad irregular con objeto mercantil, pero sin perjuicio de explicar simultáneamente que la decisión no cambiaría si en vez de las civiles se hubiese considerado la aplicación de las normas mercantiles.

De cualquier modo, tampoco sería correcto desorbitar la importancia de esta línea jurisprudencial, no debe suponer que se coloquen en pie de igualdad las posibilidades de que la normas mercantiles y las civiles puedan aplicarse indistintamente, con independencia del criterio que resulte del objeto de la sociedad, siempre que se trate de una sociedad irregular. De ser así la seguridad jurídica estaría completamente desterrada en cualquier dominio de la irregularidad societaria, haciéndose el tratamiento de la figura mucho más problemático; lo que a lo peor tal vez sucede, como inevitable. La necesidad de que existan criterios precognoscibles para determinar qué normas deben aplicarse, nos lleva a tratar de encontrar en la variada jurisprudencia una clave que explique, entre la diversidad, cuál es el argumento decisorio. Tal vez no lo haya, o si lo hay, tal vez no siempre se observa. O puede que hayamos de preguntarnos si la cuestión no es en realidad más sencilla, y lo cierto es que se produce una coincidencia de régimen si se comparan las normas civiles y mercantiles que son básicamente aplicables a las sociedades que pierden su regularidad típica. Aquí sólo quiero dar argumentos para explicar por qué ese ensayo conjunto de soluciones civiles y mercantiles a los casos de irregularidad, no es necesariamente tan significativo; podría tratarse simplemente de una manera de expresarse el Tribunal, que presenta la ventaja de trascender la prolija discusión en torno a las cuestiones de la irregularidad societaria, y que emplea una dualidad de argumentos como criterio de superioridad, como forma contundente de convicción a mayor abundamiento. Lo que debería resultar extraño, más cuando no puede olvidarse que los Tribunales están llamados antes de nada a cumplir la eminente función práctica de imponer la justicia del caso concreto, y las teorizaciones que en las sentencias pueden hacerse suelen ser ocasionales, y cuando las hay son extrapolaciones casi literales de lo que la doctrina nacional o extranjera ha podido establecer acerca de una figura o institución.

VIII. CONCLUSIONES

Creo haber insistido con convicción en la trascendencia del (ya viejo, y no resuelto completamente) tema de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles. Sociedades civiles y mercantiles son realidades distintas, especialmente son diferentes y distinguibles cuando se manifiestan en su tipicidad; en cambio su separación no es tan sencilla cuando los contornos respectivos se difuminan, al sufrir una alteración de sus rasgos típicos, al

irregularizarse. Conviene además precisar, es más correcto, que no solamente son las sociedades civiles distintas de las comerciales, sino que sobre todo la diferenciación hace referencia a ámbitos paralelos y separados, en los que se utiliza por los particulares el contrato de sociedad: uno es el de la actividad propia de los comerciantes, otro el de los particulares que no se proponen realizar labores de intermediación en el tráfico. De ahí que la mayor posibilidad de confusión entre unas y otras se produce cuando ambos modelos se confunden, cuando se hace actuar comercialmente a una sociedad civil; esto es, en el supuesto del artículo 1.670 del Código Civil. El cual precisamente, por lo general, es un precepto que debe leerse en clave de irregularidad societaria, al menos así es las más de cuantas veces se ha ocupado del tema el TS.

En definitiva, aunque no ha sido frecuente que la doctrina científica lo exponga así, pienso que la distinción de las sociedades según su naturaleza —civil o mercantil— constituye a su vez un episodio del problema de la irregularidad societaria en sentido amplio. En cambio no tiene dificultad cuando se trata de calificar las sociedades regularmente constituidas. Pues en cuanto a éstas, ya el criterio de la forma (particularmente útil cuando se trata de sociedades de capitales, al establecerse imperativamente una naturaleza comercial), o el criterio objetivo (la actividad de una sociedad, según resulta de su contrato constitutivo, documentado en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil), proclamarán sin lugar a dudas su carácter mercantil, y en consecuencia que no se trata de sociedades de naturaleza civil.

Hay otra cosa evidente, que el discutir la consideración de una sociedad como civil o como mercantil es importante solamente cuando, al aplicarse a la controversia que se halle planteada un régimen jurídico en vez de otro, esa calificación comporte resultados distintos. Por lo que una forma de evitar complicaciones innecesarias, puede ser la de ensayar sucesivamente sobre un supuesto dado tanto el régimen de la sociedad civil como el de la mercantil. Si el resultado es el mismo, la importancia de atribuir una correcta naturaleza jurídica solamente puede continuarse en términos de mera especulación sin consecuencias. En otro caso el problema de discernir cuándo es mercantil una sociedad, queda incólume.

Con las sociedades irregulares, esa cuestión reviste perfiles propios, se complica hasta constituir un círculo vicioso, que todavía no ha sido roto ni por la doctrina científica, ni por la jurisprudencial, que a lo sumo llegan a formular soluciones acomodaticias, parcialmente válidas, y cambiantes con el tiempo. Ello se explica porque el concepto de irregularidad societaria se construye de diversa manera, tiene distinto origen, según sea civil o mercantil una sociedad determinada. Pero para averiguar este último extremo hay que contar con que no sirven de modo infalible los criterios tradicionalmente empleados: ni el de la forma, ni el del objeto. No sirve el criterio formal,

porque algunas sociedades son irregulares precisamente por no ajustarse a las prescripciones que sobre la forma establecen las leyes; pero para saber qué leyes son éstas, y en consecuencia cuál es el régimen jurídico aplicable, ha de conocerse previamente la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, pues su propia normativa establece específicos requisitos formales.

Tampoco es universalmente válido el criterio distintivo que atiende al objeto o actividad, porque éste tiene como presupuesto lógico y necesario que exista tal actividad social en las relaciones externas con terceros, y sucede que ciertas sociedades son irregulares, precisamente, por carecer de trascendencia como tales, por no estar dotadas de la necesaria publicidad, ya de hecho, ya de derecho; incluso esto último, la publicidad exigible al vínculo societario puede atribuirse a las formalidades especiales que deba cumplir una sociedad, lo cual a su vez —se ha dicho— depende del régimen aplicable, y éste por su parte de la naturaleza civil o mercantil de una sociedad. Lo que pretendía ser solución viene a quedarse en los mismos términos de planteamiento del problema. En última instancia no hay más remedio que reconocer que la calificación de un supuesto concreto de sociedad irregular, como de naturaleza civil o comercial, no tiene solución evidente; o al menos está en dependencia de la que corresponda por su parte a los problemas que la irregularidad societaria comporta, de ahí que tenga que resolverse previamente qué son las sociedades irregulares, por qué causas viene provocado tal fenómeno. Puede intentarse ahora ofrecer una solución que concilie lo que con la doctrina y la jurisprudencia se ha venido exponiendo. ¿Cuándo una sociedad irregular será civil o mercantil? En el modo de proceder del TS se suceden principalmente dos distintas soluciones, que de alguna manera tienen en cuenta si el problema se ha planteado en la esfera de relaciones internas, o bien *ad extra*, pero que en ocasiones se aplican indiscriminadamente. Esos dos criterios más significativos son, el primero, considerar como sociedades civiles del artículo 1.669 del Código Civil a las mercantiles irregulares o formalmente defectuosas; el otro, al contrario, supone respetar la naturaleza propia de la sociedad según su objeto o actividad, dando entrada al régimen de las sociedades colectivas cuando la irregular de que se trate tenga naturaleza mercantil. La primera, puede decirse que es una «solución por elevación», ya que cuando una sociedad es irregular se prescinde de la naturaleza específica que tenga, para aplicar en cualquier caso un mismo régimen especialmente previsto para las situaciones de irregularidad. De cualquier modo ha concitado la oposición unánime tanto de la doctrina mercantilista como de la civil que se ha pronunciado sobre el tema. Y a su vez la aplicación automática del régimen de las sociedades colectivas deja pendiente el tema calificar la naturaleza (necesariamente mercantil, para que pueda procederse de esta manera) de la sociedad.

Pero creo que podría intentarse una solución más elástica que la propuesta anteriormente. En mi opinión, tanto la sociedad irregular que no ha entrado en relación con terceros (en que sería un paralogismo entender que se realizan actos de comercio), la que constituya simplemente un fenómeno de sociedad interna, y también —según la opinión más autorizada— la sociedad ocasional, deben reconducirse con independencia de su naturaleza a lo previsto en el artículo 1.669 del Código Civil (que da preferencia al contenido del pacto entre los socios). En cuanto a las sociedades que exteriorizan o manifiestan el vínculo social, cuando éste es evidente para terceros y quienes pueden vincular a la sociedad realizan actos de comercio, parece aconsejable considerar que se trata de sociedades mercantiles; *ad intra* se tendrá en cuenta el régimen de las sociedades colectivas (que es el tipo genérico de las sociedades mercantiles personalistas) en lo que sea insuficiente el pacto; *ad extra*, la solución —nunca general— viene determinada por la manera en que mejor pueda evitarse el perjuicio injustificado de los terceros ajenos al contrato de sociedad que se irregulariza, y en relación a cómo deba ser protegida su buena fe y la confianza en la apariencia prestada en la apariencia societaria.

ISAAC TENA PIAZUELO
Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho civil
en la Universidad de Zaragoza