

# Problemas de la sociedad civil

P. J. DE AZURZA Y OSCOZ

Notario

SUMARIO: I. Interés del tema; peculiaridades prácticas que la distinguen de la Mercantil.—II. Su diferenciación e individualidad respecto a la Mercantil.—1 Derecho comparado.—A) Ambito de la Sociedad civil.—A') Alemania.—B') Francia.—C') Italia.—B) Expansión o hipertrofia del acto mercantil.—A') Alemania.—B') Francia.—C') Italia.—2. Derecino Español.—A) Criterio delimitador de Sociedad civil.—B) La actividad comercial.—3. Sociedades civiles por el objeto; casos dudosos.—A) Sociedades agrícolas y pesqueras.—B) Sociedades Inmobiliarias.—C) Sociedades mineras.—D) Otros supuestos dudosos.—a) Sociedades para suministros de agua, gas, electricidad, etc.—b) Editoriales de Prensa periódica, de Espectáculos públicos, de profesionales, etc.—c) De fin instructivo o educativo y de círculos de recreo.—4. Sociedades con objeto complejo.—5. Sociedades mixtas.—A) Radical tesis mercantilista. B) Fórmula conciliatoria de orientación civilista.—C) Justificación del criterio compatibilizador.—6. Otros supuestos de sociedades mixtas.—III. La responsabilidad de los socios.—1. Alcance de la responsabilidad normal.—2. Posible limitación de responsabilidad por pacto: ¿lo impedirán los artículos 1.608 y 1.911 del Código civil?: su examen.—A) Artículo 1.698; su derogabilidad.—B) Apoyo de las cláusulas limitativas de responsabilidad.—C) Examen del artículo 1.911.—a) Sentido de la responsabilidad universal que establece.—b) Lo que realmente se veda en el artículo 1.911 y lo que no está previsto.—3. Hipotético fraude: su remedio; publicidad; registro mercantil.—4. Conclusión.

## I. INTERES DEL TEMA; PECULIARIDADES PRACTICAS QUE LA DISTINGUEN DE LA MERCANTIL

El tema de la sociedad civil entraña en Derecho español un interés práctico, superior al que en general se le viene atribuyendo. Y su repertorio de problemas en estado cuestionable es mayor del que a primera vista pudiera creerse.

Se aprecia patente lo primero al contemplar las peculiaridades del trato jurídico y fiscal de que, a diferencia de la mercantil, es objeto. En cuanto a lo segundo, su número desborda, desde luego, los límites

de un artículo, así como el darles adecuado tratamiento es superior a mis aptitudes. Este ensayo sólo pretende atraer y concentrar un poco la atención sobre dos aspectos que estimo sustanciales para la eficiente subsistencia de esta figura jurídica: sentar con trazo nítido y perfil preciso su diferenciación e individualidad respecto de la sociedad mercantil, y establecer como posible la limitación de responsabilidad para los socios, sino en su forma normal o reglamentaria, al menos en la pactada.

Podrá ser verdad desde el punto de vista especulativo, como escribió Sánchez Román, que la distinción que nos ocupa carece de interés científico porque en rigor falta verdad en los principios de la distinción de los actos de la contratación civil y de la mercantil. Mas como el mismo autor reconoce, resulta indiscutible la utilidad práctica de dicha distinción, "puesto que es una verdad innegable la de que existe en Derecho español una legislación diferente para los unos que para los otros" (1).

En efecto, sea cual fuere la tesis defendible en derecho constituyente (1 bis), en el actual positivo hay que partir de ese pie forzado de la doble legislación que marca su impronta en la sociedad, como sujeto personal—jurídico o moral—que es de las correspondientes relaciones contractuales (2).

A) Prescindiendo de aquellas notas características entre sociedad civil y sociedad mercantil, de procedencia puramente formal y susceptibles de nivelación o mutación por voluntad de las partes, quedan como subsistentes e inmutables, debido a su raíz objetiva y naturaleza sustantiva, las siguientes:

1.º La insolvencia de la sociedad mercantil queda sometida a las rigurosas disposiciones de la quiebra (arts. 923 y ss. del C. de c.), mientras que a las sociedades civiles que no pueden satisfacer sus deudas se les aplica el concurso de acreedores (arts. 1.913 y ss. del Código civil y 1.152 y ss. de la LEC).

2.º La prescripción de las acciones que incumben a las o contra las sociedades civiles, se rige por las reglas ordinarias del título XVIII del libro IV del Código civil (arts. 1.916 y ss.) mientras que las acciones relativas a las sociedades mercantiles quedan sometidas a los más breves plazos del título II, libro IV del Código de comercio (arts. 942 y ss.). Parece dudoso si las acciones de los socios contra la sociedad o viceversa en las sociedades civiles con forma mercantil seguirán

(1) *Estudios de Derecho Civil*, 2.ª ed., Madrid, 1899, T. IV, pág. 521.

(1 bis) Sobre ello puede consultarse con aprovechamiento LANGLE: *La autonomía del Derecho Mercantil*, en "Rev. Gen. de Leg. y Jur.", 1942, mayo y junio.

(2) "Y esta distinción entre una y otra clase de sociedades—dice GARRIGUS—es de sumo interés práctico, como lo es la separación entre las personas físicas comerciantes y no comerciantes. La razón es que los comerciantes, sean individuales, sean sociales, gozan y sufren las consecuencias de un *status*, con un complejo de derechos y obligaciones que no afectan a los no comerciantes" (*Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, T. I, v. 1.º, pág. 380).

la norma general de aquellas o se sujetarán a la especial de los artículos 947 y ss. del Código de comercio.

3.º Según el artículo 1.º del Decreto de 19 de septiembre de 1936, ratificado por el artículo 3.º de la Ley de 23 de febrero de 1940 y Ordenes de 19 de febrero y junio de 1941, queda prohibida, bajo pena de nulidad, la transmisión y negociación de valores públicos industriales o mercantiles, cualquiera que sea la fecha de su emisión, sin intervención de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de Comercio o Notario; disposiciones que no afectan a las acciones y obligaciones de Sociedades no mercantiles ni industriales (2 bis).

B) Como diferencias, cuya subsistencia en las sociedades con forma de alguna de las mercantiles es igualmente dudosa y cuya decisión final nos parece estar supeditada en mucho a la posición que se adopte respecto a la eficacia en cuanto a terceros de esa confirmación "a lo mercantil" de las civiles, consideramos las siguientes:

1.º La amplia libertad para la constitución de las sociedades civiles, salvo que se aporten bienes inmuebles o derechos reales, que permite el artículo 1.667 del Código civil (3), mientras el artículo 116 del Código de comercio condiciona la calificación mercantil y la concesión o reconocimiento de personalidad jurídica a la observancia de sus disposiciones formales y de publicidad—escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

2.º Las sociedades mercantiles en cuya constitución no se hayan observado los requisitos legales funcionan irregularmente, con sanciones para los culpables de la omisión (art. 120 C. de c.) y con la particularidad de que no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable (art. 24 del C. de c.) (4), mientras que en las sociedades civiles el defecto de forma no deja de producir un estado regular de derecho (5).

(2 bis) V. BAS Y RIVAS: *Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes*, Madrid, T. I, pág. 259, núm. 239.

(3) Aunque no puede eludirse un mínimum de publicidad, según se desprende a *contrario sensu* del artículo 1.669, para que se les reconozca personalidad jurídica. Mas conforme observan PÉREZ Y ALGUER, "como no hay nada ordenado, concretamente, ha de referirse una publicidad suficiente, es decir, de cualquier medio por el que se comunique a los terceros la existencia de la sociedad y su contenido. No es menester una publicidad general, bastando que en cada caso concreto se notifique al tercero la existencia de la sociedad y su alcance". (cf. por analogía el art. 1.725, "conocimiento suficiente de sus poderes") (Notas al *Tratado de Derecho civil* de Enneccerus-Kipp-Wolff, II, 2.º, pág. 388).

(4) Como explica CASTÁN: "no pueden dichas sociedades exigir de los terceros con quienes contratan el cumplimiento de sus obligaciones, mientras los terceros pueden exigírselo a ellos" ("Alrededor de la distinción entre las Sociedades civiles y las mercantiles", Madrid, 1929, pág. 28).

(5) RODINO, citado por CASTÁN en obra y lugar citados. Mas no debe olvidarse en nuestro derecho el artículo 1.669, según el cual "no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes". Aunque este precepto no es claro ni de fácil aplicación,

3.º La obligación de llevar los libros de comercio en los términos prescritos por el artículo 33 del Código respectivo a que se hallan sometidas las sociedades mercantiles, a diferencia de las civiles exentas de tal deber (6).

4.º La forma de las sociedades mercantiles más característica e importante, la anónima—y, en gran parte, la de responsabilidad limitada—está sometida a ciertas restricciones e intervenciones estatales que las sociedades civiles desconocen por completo: a) Sumisión a la aprobación del Gobierno del nombramiento de Consejeros, Directores y Ge-

---

no puede prescindirse de él, y alguna limitación implica a la libertad de forma que se canta. A juicio de PÉREZ Y ALGUER, se refiere a "las sociedades en que habitualmente o por virtud de lo establecido en el contrato de sociedad, los socios contraten en nombre propio con los terceros, siendo, además, secretos los pactos del contrato de sociedad, que se ha constituido para no surtir efectos más que entre los socios", ya que antes han recordado la sentencia de 2 de diciembre de 1902, que en congruencia con el artículo 1.667 admitió la personalidad de una sociedad constituida en documento privado y explicado que el hecho de contratar los socios en nombre propio o de la sociedad no puede afectar a la personalidad de ésta, igual que el mandatario al contratar en nombre propio no niega la personalidad del mandante, sino que sólo afecta a que los efectos no sean directos en pro y en contra del mandante. Ver también *Comentarios al Código Civil*, de MUCIUS SCAEVOLA, tomo XXV, Madrid, 1933, continuado por CASTÁN, impugnando opinión de Manresa y aciaramlo, además: "los pactos que no pueden permanecer secretos son los constitutivos de la sociedad, sin que sean necesariamente conocidos con todo detalle y bastando con que lo sean únicamente en lo que afecta a los terceros" (págs. 770 a 781).

(6) Lo que pasa es que de hecho o prácticamente esta diferencia se desvanece casi, pues como observa GARRIGUES (ob. y lug. cit., pág. 394), "el artículo 10 de la Ley de Utilidades dice que "todo contribuyente—y ya hemos visto que son sujetos contribuyentes todas las sociedades que tengan por fin la realización de algún lucro—sujeto a la imposición de la tarifa 3.ª estará obligado a llevar cuenta y razón de los negocios que motivan la obligación de contribuir ajustada a los preceptos del C. de c.". Y según advierte CASTÁN, "también las sociedades civiles llevan generalmente libros de contabilidad".

Pero quizá no pueda identificarse tal llevanza de libros por prescripción fiscal o por iniciativa privada o propia, con el carácter y significado que los libros de comercio tienen en el orden sustantivo y procesal de la vida y tráfico comercial. Como repara el mismo ilustre maestro civilista, "estos libros conforme al Derecho civil o común, sólo podrán constituir un principio de prueba escrita o tendrán la fuerza probatoria restringida de los registros y papeles privados" (Código civil, art. 1.228). (Ob. y lug. cit., pág. 28, núm. 4.) En cambio, los libros de comercio, como obligatorios de los comerciantes, tienen un cierto matiz de privilegio probatorio especial. Con ellos, el comerciante tiene en pleito una posición favorable frente al adversario que no los lleve: y en compensación le impone la prohibición de aducir otras pruebas que contradigan el resultado de sus propios libros. Además, la jurisprudencia del T. S. tiende a limitar la fuerza probatoria de los libros a los litigios entre comerciantes (S. de 18 de enero de 1889) y a los asuntos mercantiles. (Ss. de 5 de junio y 13 de noviembre de 1900). En la última se dice que en asuntos civiles los libros de comercio son como un medio de prueba más, como un elemento de convicción, pero no con el carácter exclusivo que procedería en el litigio comercial (V. también GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1936, pág. 336 del t. I). Y los asuntos entre o con Sociedades civiles no adquieren carácter mercantil porque lleven los libros ni porque adquieran forma de una de las sociedades mercantiles.

rentes de las concesionarias de servicios públicos, de producción de elementos de la defensa nacional y de crédito y de toda sociedad de capital no inferior a cinco millones de pesetas (Ley de 25 de agosto de 1939 y Orden de 19 de enero de 1940). *b*) Incompatibilidades para el cargo de Consejeros de sociedades (R. D. de 24 de diciembre de 1938, Ley de 8 de abril de 1933 y 7 de diciembre de 1934, y Decreto de 14 de marzo de 1942). *c*) Autorización previa ministerial de Hacienda para ciertas constituciones, ampliaciones de capital o puesta en circulación de acciones y fusión de sociedades (Leyes de 19 de septiembre y 10 de noviembre de 1942, 31 de diciembre de 1946 y Ordenes de 14 de junio de 1946 y 28 de febrero de 1947). *d*) Limitaciones de la participación de capital extranjero (Ley de 24 de noviembre de 1939) (7).

5.º La liquidación de las sociedades civiles se ajusta a las reglas establecidas para la partición de la herencia (art. 1.708 del C. c.), mientras que la de las mercantiles se acomoda a muy diferentes y originales formas (arts. 227 y ss. del C. de c.).

C) Por último, hay un grupo de características diferenciales que distinguen las sociedades civiles genuinamente dichas de las mercantiles, que seguramente desaparecen cuando la sociedad civil por su objeto adopta la vestidura estructural de las últimas. Tales son las siguientes:

1.º Para las sociedades mercantiles es indispensable la designación de los gestores en la escritura de constitución (arts. 125, 145 y 151 del C. de c.), mientras que las sociedades civiles pueden constituirse sin designación expresa de los administradores, a cuya falta subviene la ley con la presunción de que todos los socios se han concedido recíprocamente las facultades administrativas (art. 1.695 del Código civil).

2.º Las sociedades civiles se disuelven por la muerte, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios (art. 1.700 del C. c.), lo que no siempre ocurre en las mercantiles, pues la muerte de los socios comanditarios o de los accionistas no disuelve la sociedad mercantil, y la inhabilitación de un socio sólo produce efecto extintivo o rescisorio cuando el socio condenado fuese gestor de la Compañía (artículo 222 del C. de c.).

3.º En las compañías mercantiles que tengan un plazo limitado de duración no se admite la prórroga del contrato si no es con las formalidades de una nueva constitución (art. 223 del C. c.), al paso que en las sociedades civiles está admitida la prórroga por consentimiento expreso o tácito de los socios (arts. 1.702 y 1.703 del C. c.).

D) Si abandonando el ámbito de las diferencias de orden sustantivo nos adentramos en el fiscal, comprobamos que el aspecto que un día pudo estimarse de mayor interés por la presión más elevada a que los comerciantes estaban sometidos, aparece hoy bastante des-

(7) V. GARRIGUES, *Tratado...*, lug. y págs. citados.

virtuado y desdibujado por la tabla rasa que viene haciendo la legislación tributaria entre aquellas entidades de cualquier orden dominadas por el común denominador finalista de lucro o ganancia. Una concepción económica que se desentiende de las matizaciones jurídicas viene intervando cada día más el derecho fiscal. Pero aun así, pueden todavía señalarse algunos restos diferenciales caracterizados, en general, por una mayor benevolencia gabélica de las sociedades civiles:

1.º La Ley de Timbre del Estado de 18 de abril de 1932, dedica el cap. V del tit. III (arts. 180 a 189) a determinar el reintegro correspondiente a "los libros y documentos expedidos por las sociedades de todas clases que tengan *un fin utilitario*", lo mismo que destina el cap. VI de igual título (arts. 190 a 203) a señalar el timbre correspondiente a los "documentos expedidos por particulares o sociedades de todas clases"; pero, tanto la civil como la mercantil, se comprenderán en el primer grupo.

2.º En la Ley reguladora de la Contribución sobre Utilidades de la riqueza mobiliaria (texto refundido de 22 de septiembre de 1922), ocurre cosa muy semejante: la Disposición 1.ª de la tarifa 3.ª declara, en general, sometidas a tributación a "... las sociedades y asociaciones que tengan por fin la realización de algún lucro", y dentro de esa amplia conceptualización lucrativa entran tanto las sociedades civiles como las mercantiles. Sin embargo, ya aquí se atisba alguna diferencia benevolente para las sociedades no mercantiles. Según el párrafo j) de la regla 2.ª de la Disposición 5.ª de la Tarifa 3.ª, "tratándose de sociedades o asociaciones que no tengan carácter mercantil, no se computarán como ingresos a los efectos de la determinación del lucro obtenido los que procedan de cuotas o repartos a cargo de los socios".

3.º Algunas mayores diferencias se encuentran en la legislación del Impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes. Las normas de Ley, Reglamento y Tarifas (de 29 de marzo de 1941, reformados por la Ley de 17 de marzo de 1945, texto refundido de 7 de noviembre de 1947) destinadas a regular la liquidación correspondiente a las escrituras de constitución, prórroga, modificación, transformación, aumentos o disminución de capital y adjudicación de bienes por disolución o liquidación de las sociedades a los socios o a terceras personas, se refieren a todas las sociedades en general, a civiles y mercantiles, indistintamente.

Pero se insinúan algunas diferencias en lo concerniente a los tipos de gravamen aplicables a la emisión, transformación, amortización o cancelación de obligaciones que no estén garantizadas con hipoteca, que cuando pertenecen a sociedades mercantiles o industriales devengarán el 1 por 100 de su valor nominal, en tanto que cuando se emitan por particulares o sociedades mercantiles se devengará el impuesto en concepto de préstamo (arts. 20, pár. 1.º, y 26, pár. 2.º del Reglamento de 7 de noviembre de 1947), y por consiguiente, conforme al número 54 de la Tarifa, el 0,50 por 100. La benignidad en favor de

las sociedades civiles es, pues, bien patente. Máxime si se tiene en cuenta que parece muy defendible, a juicio de algunos comentaristas que no deja de tener sus apoyos legales, la tesis de estar exenta la cancelación o amortización de las últimas por analogía o equivalencia a la extinción que declara exenta el número 22 del art. 6.º del Reglamento citado (8).

En cuanto a la transmisión de los mencionados valores, cuando se realice por escritura pública o documento judicial o administrativo, los emitidos por sociedades mercantiles o industriales se gravarán con el 1 por 100 (art. 20, núm. 6 del Reglamento citado). En cambio, dicho precepto, contra lo que cabía esperar, guarda absoluto silencio respecto a los emitidos por personas naturales y sociedades mercantiles. Mas esto no parece pueda interpretarse en modo alguno como significativo de que sean exentos de tributación; porque como explica Bas y Rivas, "tal concepto está llamado a tributar por la Ley, y en el número 14, de acuerdo con el 46, ambos de la Tarifa, al parecer, se les señaló un tipo de imposición del 3 por 100; pero, además, en definitiva, se trata de créditos, consistentes en préstamos llamados a tributar a ese mismo tipo—del 3 por 100—por el apartado 4) del artículo 27 del Reglamento" (9). Aquí sí que es evidente el trato de favor para las sociedades mercantiles.

En cambio, la transmisión por documento privado de las obligaciones emitidas por sociedades civiles se halla exenta, conforme al apartado XVI del art. 2.º de la Ley.

4.º De mayor enjundia parece la diferenciación en el pago del impuesto sobre emisión y negociación o transmisión de valores mobiliarios, anteriormente integrado en el impuesto del Timbre y dotado hoy de sustantividad propia por virtud de las leyes de 12 de diciembre de 1942 y 13 de mayo de 1943 (Ordenes complementarias y aclaratorias de 9 de junio y 31 de julio del mismo año y 9 de abril de 1945), si bien es verdad que tal desigualdad desaparece cuando la sociedad civil reviste una de las formas mercantiles de que es propia la emisión de tales valores. En efecto, mientras esto no ocurra, dicho tributo grava, como observa Garrigues, "la puesta en circulación"—emisión—y la "transmisión de que son susceptibles"—negociación—los valores mobiliarios, y si bien es cierto que el art. 3.º de la Ley de 13 de marzo de 1943 se refiere a las sociedades en general, sin distinción de ci-

(8) V. BAS Y RIBAS, *Impuestos de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes*. V. I, págs. 254 y ss., y PORPETA CLÉRIGO, *Instituciones de Derecho fiscal*, Madrid, 1950, t. I, pág. 225. Por ello, sólo puede atribuirse a un error la conclusión que sienta GARRIGUES en su ob. cit., pág. 392 del t. I, al decir: "El tratamiento fiscal es, pues, más benigno para los títulos mencionados cuando son emitidos por sociedades mercantiles", pues aunque tal afirmación se sentara sobre la base de que el tipo de gravamen para las mercantiles fuera, antes de la refundición de 1947, del 0,60 los préstamos, y por consiguientes las obligaciones emitidas por las sociedades no mercantiles devengaban el 0,40.

(9) Ob. y lug. cit., págs. 258. En sentido análogo, GARRIGUES, ob. y lug. cit., pág. 392.

viles y mercantiles, en la práctica este impuesto gravita fundamentalmente sobre las sociedades mercantiles que suelen ser las emisoras de estos valores y no las sociedades civiles cuyas participaciones no se incorporan a documento independiente (10). Como hemos ya anotado, si la sociedad civil adopta la forma anónima o comanditaria por acciones, es indudable que tal impuesto le afectará igualmente.

## II. SU DIFERENCIACION Y CONSISTENCIA RESPECTO A LA SOCIEDAD MERCANTIL

La diferenciación de la sociedad civil respecto a la mercantil y su consiguiente individualización se presenta en Derecho Español con mayor radicalismo y profundidad que en los Derechos extranjeros, considerados como mentores: Alemania, Francia, Italia... Lo que, a mi modesto juicio, obliga a un estudio cuidadoso de la cuestión, sin dejarse llevar demasiado por las conclusiones doctrinales a que aquellos países son conducidos por preceptos positivos, de perfil muy distinto a los nuestros, que casi hacen tabla rasa entre la sociedad civil y la mercantil.

Aparte este espejismo, que sospecho ha sido principal causante de la desatención en que la materia se encuentra entre nosotros, minimizando el interés que la cuestión encierra (11), es posible que se abuse un tanto de la pretendida omnipotencia atribuida a la "intención de las partes" o "autonomía de la voluntad", encarnada en el art. 1.255 del C. c., a la que acaso convenga cortar vuelos. Es absurda, realmente, como dice Castán, la solución de constituir como civiles o mercantiles, a gusto de los contratantes, ciertas sociedades de naturaleza dudosa (12), como no lo parece menos el que se alabe cual fórmula magistral el concentrar "en la *affectio societatis* o en la intención de los interesados la nota característica que diferencia la indivisión—o comunidad—de la sociedad", por más autorizados valedores con que la receta cuente (13), pues su consagración fácilmente

(10) V. GARRIGUES, ob. y lug. cit., pág. 393.

(11) V. VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, Valladolid, 1926, tomo III, pág. 541; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, 1930, t. II, págs. 140 y ss.; BONET, *Derecho Civil común y foral*, Madrid, 1940, tomo II, pág. 122; CASTÁN, *Derecho Civil Español común y foral*, Madrid, 1941, t. III, págs. 254 y ss.; HERNÁNDEZ BERONDO, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1930, págs. 348 y ss., cuya diferenciación no puede ser más pobre y confusa. Reflejo, y quizá fruto, de esta pobreza doctrinal debe ser la inexplicable indiferencia de la jurisprudencia ante el problema del que se desentiende considerando ocioso pararse en deslindar la naturaleza civil o mercantil de las sociedades. V. Ss. de 30 de octubre de 1906 y 7 de mayo de 1927. Sin contar con las que utilizan para la distinción criterios un tanto arbitrarios y circunstanciales como la de 31 de mayo de 1912, 25 de mayo de 1917 y 19 de enero de 1925.

(12) V. *Alrededor de la distinción...* ya cit., pág. 19.

(13) V. MARÍN LÁZARO, *Sociedades y comunidad*, Revista de Derecho Privado, noviembre 1942, pág. 696.

te llevaría a la deformación de las instituciones, lo que reputo escapa al arbitrio individual (14).

Por otra parte, en la mayoría de las producciones doctrinales que se ocupan de esta especificación, domina lo que pudiéramos llamar diagnóstico "a posteriori" o sobre los elementos que proporciona la historia clínica de la sociedad que se trata de calificar. Y a poco que se reflexione, se echa de ver la absoluta insuficiencia de tal método para la vida práctica. Lo que interesa en toda institucionalidad jurídica medianamente ordenada es un certero diagnóstico, más que precoz, inicial, en el mismo umbral de su vida; de modo que nazca y se conforme el fenómeno jurídico como comunidad o sociedad y dentro de ésta, civil o mercantil, con la vestidura propia que corresponde a su fondo sustancial y encuadrada en el ámbito jurídico que le es privativo. Sólo así podrá garantizarse el desenvolvimiento normal y correcto de los intereses en juego, y evitar que andamiajes y construcciones levantadas con buena fe, pero a contrapelo de la esencia institucional se derrumben, surgida la cuestión al choque con una calificación judicial tardía. De ahí el gran interés que encierra la fijación de criterios diferenciales claros e inmutables.

Parece un hecho evidente e indiscutible hoy, cualesquiera hayan sido las evoluciones históricas, que tanto en el terreno doctrinal más autorizado como en el actual derecho español, el criterio diferencial eficiente es el objetivo, o sea el que atiende a la naturaleza de las operaciones que la Sociedad haya de realizar (15), lo mismo ni más ni menos, que para el comerciante individual.

(14) Como atinadamente argüía LOIS ESTÉVEZ: "Cierto que las partes pueden ligarse con el vínculo que prefieran; pero cierto también que la calificación es algo que tiene carácter objetivo y que corresponde al sistema legal; cierto que valen las estipulaciones de los interesados aunque afecten a la calificación, pero cierto también que valen como cláusulas del contrato" (*La distinción de condominio y sociedad*, en Rev. General de Legis. y Juris., junio de 1947, página 689). A juicio de MESSINEO, la autonomía o libertad contractual significa que "el contenido del contrato pueda ser fijado por las partes a su arbitrio, o sea, se autoriza la *autodeterminación* de cada una de las cláusulas contractuales". "Se puede decir que la libertad contractual... concierne no a la causa del contrato (que es siempre una causa típica y reconocida por la ley), sino a la medida y modalidad de cada una de las prestaciones, a la dicción o no de cláusulas específicas, el tiempo de la ejecución, y análogas; esto es, como se ha dicho arriba, la determinación de las cláusulas contractuales" (*Dottrina Generale del Contratto*, Milano, 1946, pág. 11). Y en congruencia con estas ideas acepta JESSERAND el "dirigismo contractual" encarnado en la jurisprudencia que inspira "el derecho que se reconoce al Juez de restituir a un acto jurídico su verdadero carácter, que había sido disimulado o falseado por las partes", pues "no pertenece a los particulares la facultad de desnaturalizar un contrato dándole un nombre falso, un falso estado civil; el problema de la calificación de los contratos es, muy legítimamente, de la jurisdicción, no solamente del Juez de fondo, sino también de la Corte de Casación" (*Cours de Droit Civil Positif Français*, Paris, 1939, II, 225).

(15) V. VALVERDE, ob. y lug. cit.; DE DIEGO, idem íd.; BONET, idem íd.; CASTÁN, *Derecho Civil...*, lug. y pág. cit., y *Alrededor de la distinción...*, cit., páginas 7 y ss.; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. IV, v. II,

Pero este criterio objetivo aparece enturbiado, en cierto modo, por la autorización que se concede a las sociedades civiles por su objeto para adoptar una de las formas reglamentadas por el Código de Comercio, mixtificación común al Derecho español y al Derecho comparado. Lo que sucede es que en la mayoría de los países esta adopción por las sociedades civiles de forma mercantil, al menos de aquellas como la anónima o de responsabilidad limitada, lleva consigo la sumisión total o casi de la sociedad civil con forma mercantil a la legislación especial de esta última rama (16). Lo que unido a que las actividades contractuales de signo mercantil son objeto, en esos derechos, de una acentuada expansión, reduce enormemente el campo de operaciones de la sociedad civil propiamente dicha en términos que impresiona a la mayoría de nuestros autores.

Aun a riesgo de alargar enojosamente el presente artículo, parece inevitable un breve y resumido recuerdo de ese doble aspecto del Derecho comparado, cuyo contraste con el español deberá curarnos del mal denunciado al principio de este apartado.

I. DERECHO COMPARADO.—A) *Ambito de la Sociedad civil.*—A') *Almania.*—En Alemania la sociedad comanditaria por acciones, la anónima y la de responsabilidad limitada, obtienen la calificación de comerciante sólo por la causa de la forma, sin consideración al objeto de la empresa (17). Si a esto se añade la peculiar idiosincrasia de la sociedad civil regulada en el C. c. germano, con su negación de personalidad jurídica y demás particularidades que de esto se desprenden (18), fácilmente se comprenderá el escaso desarrollo e interés que la misma presenta, por lo menos para las actividades de explotación económica.

página 367; GARRIGUES, ob. y lug. cit., págs. 382 y ss.; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1950, I, págs. 350-355.

(16) Esta mercantilización por la forma alcanza su ápice en el Código de comercio del Japón, al disponer que toda asociación con fin lucrativo, eje-cute o no actos de comercio, es sociedad mercantil siempre que se constituya con arreglo a las disposiciones de su libro II (art. 42, cit. por VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil comparado*, I, pág. 172). Hay que advertir que durante la elaboración de este artículo ha sido promulgada la Ley de Sociedades Anónimas española de 17 de julio de 1951, cuyo artículo 3.º ordena: "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".

(17) V. GARRIGUES, ob. y lug. cit., pág. 390, n.; CASTÁN, *Alrededor de la distinción...*, pág. 11, núm. 2. Como escribe COSACK: "...la Sociedad anónima es un "comerciante formal", ya que debe su condición de comerciante sólo a la forma exterior bajo la que interviene en el tráfico. No porque los negocios que realice sean mercantiles... o porque la forma y ámbito de su actividad requiera una organización mercantil..., sino porque el ropaje de Sociedad anónima equivale al ropaje de comerciante, convirtiéndolo, sin excepción, a aquella en comerciante pleno, aun cuando detrás de ese disfraz pueda ocultarse en un caso concreto una empresa altamente no mercantil" (*Tratado de Derecho Mercantil*, trad. esp., Madrid, 1935, t. I, pág. 92).

(18) V. ENNECCERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, trad. esp., citado, t. II, núm. 2, págs. 377 y siguientes.

B') *Francia*.—Es donde quizá el supuesto que en España se da pudiera encontrar un adecuado espejo que le inspirara la solución a los propios problemas, por estar dotada también de personalidad jurídica su sociedad civil. Pero esta posibilidad se halla desvirtuada por la atracción a su plena jurisdicción que el Derecho mercantil ejerce no sólo sobre las sociedades civiles que adoptan forma mercantil, sino sobre algunas extractivas que en principio se reputarían civiles por su objeto. Según explica ESCARRA, "...porque la busca o investigación de un criterio objetivo en materia de sociedades es más difícil que cuando se trata de comerciantes individuales, y sobre todo porque esta busca tiene consecuencias más graves se ha vuelto progresivamente al criterio formal..., cuya reaparición es un ejemplo interesante de la incidencia o incursión del Derecho mercantil sobre el Derecho civil" (19). Así, vemos:

1.º Por la Ley de 1 de agosto de 1893, cualquiera que sea su objeto, las sociedades en comandita o anónimas que sean constituidas bajo las formas del Código de Comercio o de la Ley sobre Sociedad de Acciones de 24 de julio de 1867, serán comerciales y estarán sometidas a las leyes y usos de comercio (20).

2.º La Ley de 9 de septiembre de 1919 trata las sociedades mineras como sociedades comerciales (art. 5, según el cual "la explotación de minas es considerada como un acto de comercio").

3.º La Ley de 7 de marzo de 1925 sobre las sociedades de responsabilidad limitada les imprime invariablemente el carácter de comercial "cualquiera que sea su objeto" (21).

4.º La Ley de 17 de noviembre de 1943 ordena en su artículo 6.º que "cualquiera que sea su objeto, las sociedades profesionales son comerciales. Quedan sometidas a las leyes y usos del comercio" (22).

C') *Italia*.—Bajo la dualidad legislativa, civil y mercantil, en que la sociedad civil se caracteriza por la carencia de personalidad jurí-

(19) V. su *Manuel de Droit Commercial*, París, 1947, t. I, 276.

(20) La controversia que cita CASTÁN (*Alrededor de la distinción...*, página 11, núm. 2) sobre si esa alusión a las en comandita alcanza sólo a las por acciones o también a las simples, aunque por el texto legal parecería resolverse en favor de sentido omnicompreensivo y de tal parecer ha sido parte de la doctrina y de las sentencias, ha zanjado la Corte de Casación decidiendo que sólo se contrae a las por acciones, cuya interpretación les parece a PLANIOL y RIPERT la más conforme al espíritu del legislador de 1899 (*Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, Habana, 1946, t. XI, pág. 254), así como a ESCARRA (Ob. y lug. cit., pág. 276). JOSSERAND generaliza demasiado el sentido de dicha Ley, provocando un error al escribir que "la Ley de 1 de agosto de 1893 ha decidido que las sociedades civiles son comerciales y sometidas a las Leyes y usos de comercio desde el momento que han adoptado la forma comercial: en semejante materia la forma arrastra al fondo" (Ob. y lug. citados, pág. 786), ya que ni siquiera excluye de la absorción a las colectivas, cuya posibilidad parece evidente.

(21) V. JOSSERAND, Ob., lug. y pág. cit.: PLANIOL y RIPERT, Ob. y lug. citados, págs. 251, 253 a 258; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. esp., t. IV, págs. 463-464; ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial*, obra y lug. cit.

(22) V. ESCARRA, ob. y lug. cit., pág. 277.

dica, la distinción entre ambas radicaba en principio en la diversidad de objetos (23), como se desprendía del artículo 76 de su Código de comercio: "Las sociedades comerciales tienen por objeto uno o más actos de comercio", bajo cuyo precepto podía correcta y congruentemente decirse que "hay sociedad comercial cuando exista un ente de carácter asociativo que tenga por objeto el ejercicio de actos de comercio con objeto de obtener un beneficio" (24).

A la sociedad civil, por su objeto, se le concede en este régimen la posibilidad de asumir la forma de sociedad por acciones; pero "en este caso se sujetarán a las disposiciones del Código de Comercio, excepción hecha de las que se refieren a la quiebra y a la jurisdicción" (25). El tono restrictivo de esta autorización no debe interpretarse, sin embargo, en el sentido de que se prohíba a la sociedad civil adoptar cualquiera otra de las formas comerciales, sino en el de que en tal caso—de no revestir la forma anónima y sí la colectiva o la comanditaria simple—no puedan prevalerse de la particular disciplina propia de la sociedad comercial, que especialmente deriva del reconocimiento de su personalidad jurídica, como la diferenciación entre acreedores de la sociedad y de los socios—principal característica de las colectivas—, y limitación de responsabilidad de los socios comanditarios—particularidad fundamentalmente buscada en la comanditaria simple—, etc. (26).

En cuanto al alcance de la sujeción a las disposiciones del Código de comercio de las sociedades civiles con forma de las anónimas, la doctrina parece conforme en negarles el carácter de *ente comercial*, así que no les aplica ni las normas expresamente excluidas por el artículo 229 sobre la quiebra y la jurisdicción (importantes las últimas antes de abolirse los Tribunales de Comercio), ni las que presuponen la cualidad comerciante, delimitación no siempre fácil y

---

(23) "...la Sociedad civil no origina un ente colectivo y autónomo, un nuevo sujeto jurídico distinto de la persona de los socios; en esto precisamente y en la diversidad de objeto radica la nota diferencial entre estas sociedades y las mercantiles" (RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. esp., t. II, número 1, págs. 421-422).

(24) DE GREGORIO, *Della Società e delle Associazioni commerciali*, Torino, 1938, pág. 3. "En realidad, la Sociedad civil se distingue de la Sociedad comercial sólo por esto, que la Sociedad civil tiende a obtener el lucro mediante el ejercicio de actos de naturaleza civil mientras la Sociedad comercial aspira a ganar por medio del ejercicio de actos de naturaleza comercial (TARELLO, *Le Società Civili*, Torino, 1932, pág. 37).

(25) Artículo 209 del Código de comercio italiano de 1882. No se entiende por qué el Cuerpo legal limita la adopción de forma comercial a las anónimas. A juicio de DE GREGORIO se podría hallar un justificante en la siguiente consideración: la forma más rigurosa de la anónima (especialmente la exigencia de la publicidad) hace menos grave el peligro de que los terceros no sepan que se encuentran frente a una sociedad bajo forma de sociedad comercial, y crean, por tanto, que puedan contar con una completa aplicación de las normas prescritas para las sociedades comerciales" (Ob. cit., pág. 763).

(26) DE GREGORIO, *idem id.*, pág. 704.

hacedera. Se admitió la inaplicabilidad del artículo 4.º, que establecía la presunción de comercialidad para todos los actos realizados por comerciantes, así como de las normas sobre la llevanza de libros (27). Mas éste régimen no satisfizo las exigencias prácticas a juicio de la doctrina y los proyectos de reforma pugnaron por su modificación (28).

*Código Civil de 1942.*—Es natural consecuencia de la unificación del Derecho privado traída por el nuevo Código que no se distinga en el mismo entre sociedad civil y mercantil, si bien aun se conserva algún resto de aquella dualidad, pues la *simple* viene a ocupar el puesto de la antigua sociedad *civil*. En efecto, conforme a su artículo 2.249, "Las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad comercial deben constituirse según uno de los tipos regulados en los capítulos III y siguientes de este título (29). Las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad distinta se regulan por las disposiciones sobre la sociedad simple, a menos que los socios hayan querido constituir la sociedad según uno de los otros tipos regulados en los capítulos III y siguientes de este título".

Ahora bien; a pesar de esa unificación legislativa que el nuevo Código civil italiano significa, no puede decirse en absoluto que haya desaparecido la particularidad de las normas mercantiles (30). Por lo que si bien bajo su régimen no se presenta el conflicto de si las sociedades con objeto no mercantil que adopten alguna de las formas arbitradas para las comerciales han de quedar sometidas—y con qué alcance—al Código de comercio, cabe preguntarse, sin embargo, la repercusión que tendrá respecto a esos preceptos la configuración "a lo mercantil" tolerada de esas sociedades sin objeto comercial.

Según nos enseña FERRARA, en cuanto a las normas de esencia mercantil, incorporadas al Código civil, hay que distinguir según se re-

(27) DE GREGORIO, *idem* *id.*, pág. 700. Según NAVARRINI, "las disposiciones aplicables a tales sociedades serán, pues, en definitiva, solamente aquellas que el legislador comercial ha fijado para la sociedad por acciones en el título que le es destinado, pero cuya eficacia no podrá sino ser—no completada por aquellas que reglamentan, en general, especialmente en interés de los terceros, la actividad del comerciante—muy pequeña (*Società*, núm. 702, cit. por DE GREGORIO, *ob. y lug. cit.*).

(28) V. TARELLO, *La Società Civile*, págs. 108-109. Según el proyecto de la Comisión Real presidida por D'Amelio (1925), las sociedades civiles que asumen la forma de la sociedad por acciones son consideradas comerciales y sometidas a las disposiciones del Código de comercio, no sólo en cuanto se refieren a su ordenación, sino a todas las normas, incluso las de la quiebra. esto es, son consideradas a todos los efectos sociedades comerciales. En el de la Comisión Ministerial presidida por Vivante (1922) imperaba el mismo radical criterio asimilador, pero comprensivo no sólo de las que adoptaran forma anónima, sino cualquiera de las mercantiles, pues según su artículo 95, "las sociedades civiles, en cuanto se constituyan legalmente con la forma de las sociedades comerciales, son sujetas a disposiciones del presente Código".

(29) Se refiere a la Colectiva, la en comandita simple, la por acciones, la comanditaria por acciones, la de responsabilidad limitada, cooperativas y de seguros mutuos, ya que no parece haber limitación alguna.

(30) V. FERRARA, *Empresarios y sociedades*, Madrid, 1950, pág. 10 y ss.; LOTTI, *Istituzioni di Diritto Commerciale*. Padova, 1943. I, págs. 9 y siguientes.

fieran a las relaciones jurídicas o a los sujetos mercantiles. En cuanto a las primeras, el nuevo Código ha extendido la regulación mercantil a las relaciones civiles, con lo que la norma mercantil ha dejado de ser especial para una categoría determinada de relaciones jurídicas, desapareciendo todo conflicto o cuestión para el caso que nos ocupa. En cuanto a los sujetos, se han mantenido las normas particulares relativas a los comerciantes, que reciben la denominación de “Empresarios mercantiles”, los cuales son los únicos obligados a la inscripción en el Registro de empresas, guardar las normas sobre la contabilidad, someterse al procedimiento de concurso de acreedores en caso de insolvencia contenido en la Ley especial, etc., etc.

Dentro del concepto de “Empresario mercantil”, cuyo concepto se obtiene de modo negativo o por eliminación, separando de la noción general de empresario—“quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada dirigida a la producción o cambio de bienes o servicios” (art. 2.080)—las figuras del “artesano” (31) y del “Empresario agrícola” (32), y que puede enunciarse como “aquel empresario que ejerce una actividad intermediaria o una actividad productiva de carácter industrial distinta y separada de la agrícola” (33), además de las personas físicas pueden comprenderse las jurídicas; pero al parecer sólo aquellas que ejerciten o desempeñen una *empresa mercantil*. Es decir, que para considerar asimilada una sociedad a la empresa mercantil se precisará que esté dotada de personalidad jurídica—como la anónima, la comanditaria por acciones y la de responsabilidad limitada—y que tenga por objeto el ejercicio de una empresa mercantil (34).

En consecuencia, la sociedad no dedicada a actividades mercantiles—como por ejemplo, las agrícolas—que por voluntad de sus componentes adoptaron forma de las anónimas, comanditarias por acciones o de responsabilidad limitada, no parece deban ser afectadas por aquellas disposiciones antes citadas de carácter mercantil aplicable a los

---

(31) Caracterizado por el requisito de la prevalencia, en la empresa del trabajo personal del empresario y de los miembros de su familia (V. FERRARA, obra cit., págs. 39 y ss.).

(32) El empresario individual o social “que ejerce una actividad dirigida al cultivo de la tierra, a la silvicultura, al recreo del ganado y las actividades conexas” (art. 2.135 del C. c.).

(33) FERRARA, ob. cit., pág. 46.

(34) V. FERRARA, ob. cit., pág. 49 y su nota núm. 35, donde sigue argumentando: “La opinión contraria de Mossa que quiere reconocer en todo caso la existencia de un empresario mercantil, ha quedado aislada en el campo doctrinal; la premisa de que parte el ilustre autor—que esa forma social es absolutamente mercantil—no me parece exacta porque si es obligatorio para las sociedades que tienen por objeto una actividad mercantil el adoptar una forma indicada, las otras sociedades pueden adoptarla también, y, por consiguiente, parece injustificado considerar esa forma social absoluta o exclusivamente mercantil. Se añade a esto que la Ley ha determinado la condición de empresario mercantil y de empresario agrícola en virtud de un criterio sustancial y no formal, y no existe señal alguna de que respecto a las sociedades se aplique otro”.

sujetos como constitutivos, o en cierto modo, resultado de su peculiar *status comercial*.

B) *Expansión o hipertrofia del acto mercantil*.—Junto a esta especie de “mercantilización automática” que en los países aludidos se opera para las sociedades con objeto civil que adopten forma mercantil, ya por imperio expreso de su derecho positivo (Alemania, Francia), ya por construcción doctrinal (Italia) (35), lo que más colabora a reducir el interés de los mismos por la sociedad civil radica en el expansivo concepto de la materia que constituye objeto de la sociedad mercantil.

A') *Alemania*.—En este país preside el criterio profesional aunque en definitiva se traduzca ello en el ejercicio de los actos mercantiles fundamentales. Aparte la sociedad anónima, y al parecer también la comanditaria por acciones y la de responsabilidad limitada, que *per se* son esencialmente mercantiles y sometidas al Código de Comercio íntegramente, la sociedad colectiva y la comanditaria simple precisan, para ser consideradas como comerciantes colectivos, dedicarse lo mismo que el comerciante individual, al *ejercicio de una industria plenamente mercantil* (36).

Ahora bien; como dice Cosack, “qué explotaciones industriales son plenamente mercantiles se resuelve en la Sociedad colectiva siguiendo la mismas reglas que para los comerciantes individuales; según esto, deben distinguirse Sociedades colectivas por razón del ejercicio de una industria, y Sociedades colectivas por razón de la inscripción” (37).

Las primeras se dan cuando su explotación tiene por objeto uno de los actos de comercio fundamentales. Mas a falta de una determinación concreta de qué actos pertenecen a dicho grupo, el legislador enumera una larga serie de grupos aislados de negocios que deben valer como actos de comercio fundamentales, que apenas dejan margen a las actividades de producción civiles (38).

(35) Ya hemos visto que era el ansia predominante, cristalizada en los proyectos de D'Amelio y Vivante, si bien no parece haberse incorporado al Código civil de 1942.

(36) V. COSACK, ob. y lug. cit., págs. 91, 183, 189, 43 y 89, respectivamente, para cada tipo social.

(37) Ob. cit., pág. 43, y el mismo criterio parece aplicable para las comanditarias simples.

(38) COSACK los ordena en estas diez rúbricas: 1.º La adquisición y reventa de mercancías o títulos valores—la adquisición parece debe ser derivativa, excluyéndose, por tanto, la de producción originaria o espontánea, y el término mercancía expresar “cosas muebles de cualquier clase, excepto los títulos valores”, quedando fuera la adquisición y reventa de bienes inmuebles, y aquella referirse no sólo a las mismas mercancías, sino a ellas trabajadas o transformadas por el adquirente o un tercero antes de la reventa. 2.º La compra o venta de mercancías o títulos valores en nombre propio y por cuenta ajena—que cuando se realizan profesionalmente reciben el nombre de “comisión”. 3.º Los negocios de Banca y cambios de dinero. 4.º Los negocios de librería y arte que comprende no sólo los “libros en comisión” y “anticuarios”, sino también los negocios de los editores. 5.º La aceptación de la elaboración o transfor-

Las segundas requieren: 1.º, que el ejercicio de su industria—cualesquiera que sea su objeto y aunque no comprenda ningún acto de comercio fundamental—se lleve según su género y ámbito, de modo que haga necesaria una “organización” que sea considerada como mercantil en el tráfico (39); 2.º, que sean inscritas en el Registro mercantil.

Es evidente que esta última noción de comerciante o “mecantilización por el volumen” que pudiéramos decir, hipertrofia ostensiblemente el ámbito de las colectividades mercantiles con mengua manifiesta de las que se mantienen en la esfera puramente civil.

Este régimen del antiguo Código del Imperio varió con el nuevo Código de Comercio de 1897, que fundamentalmente regula la profesionalidad mercantil. En su articulado se habla de negocios mercantiles que parecen ser los inspirados por criterio subjetivo; pero en la concepción del sujeto mercantil se rastrea y late el concepto objetivo de la materia mercantil. Según el artículo 1.º, es comerciante quien ejerce una industria mercantil. Como tal se considera el ejercicio profesional de cualquiera de las siguientes actividades: la compra y venta de bienes muebles; la preparación de mercancías para otros que exceda de los límites puramente industriales; las empresas de seguros a prima, los negocios de banca y cambio, los de transporte, de comisión, agencia o almacenes de depósitos, la agencia de comercio o corretaje; y el de imprenta cuando traspasa los límites puramente industriales (40).

B) *Francia*.—Conforme al criterio que hemos apuntado ya como más científico, dice explícitamente Escarra que “para saber si una sociedad tiene una actividad comercial, es decir, si realiza verdaderamente actos de comercio o si tiene, por el contrario, una actividad puramente civil, hay que recurrir a la interpretación del artículo 632 del Código de comercio y al criterio extensivo que se ha indicado” (41). Es la aplicación a las sociedades del artículo primero del mismo cuerpo legal, según el cual se adquiere la cualidad de comerciante por “aquellos que ejercen actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual”.

---

mación de mercancías para otros, en tanto supere los límites del artesanado. 6.º Los negocios de impresión, en cuanto su ejercicio exceda los mismos límites del artesanado. 7.º Los negocios más importantes de transporte de personas y bienes. 8.º Los negocios de los almacenistas o depositarios; es decir, aquellos que tomen en depósito cosas de comercio. 9.º La aceptación de seguros contra prima. 10. Los negocios de cambio y de corredores de comercio (Ob. y lug. citados, págs. 21 a 29).

(39) Lo que quiere decir, según explica COSACK, “que su explotación debe ser tan grande y tan desarrollada que sólo pueda ser mantenida en orden con aquella clara y exacta contabilidad que es costumbre en las grandes casas comerciales”... “En cambio, es indiferente cuáles sean los objetos de su explotación: pueden pertenecer a actos de toda clase, aun a aquellos que no tienen la menor conexión con el comercio y la comercialidad en el sentido usual” (Ob. y lug. cit. págs 21 y 30).

(40) V. VICENTE y GELLA, ob. y lug. cit., págs. 114 y ss.; GARRIGUES, obra y lug. cit., págs. 181 y ss.

(41) Ob. cit., t. I, pág. 275.

Con arreglo a la enumeración del referido artículo 632, son actos comerciales: 1.º, toda compra de géneros y mercaderías para revenderlos; 2.º, las empresas de manufacturas, comisión, transportes por tierra y agua (a las que por la Ley de 1924 hay que añadir las de transporte aéreo), las de suministros y las agencias u oficinas de negocios; 3.º, los establecimientos de ventas al mejor postor y los de espectáculos públicos; 4.º, las operaciones de cambio, banca y corretaje; 5.º, las operaciones de los Bancos públicos; 6.º, la letra de cambio. Y por la Ley de 9 de septiembre de 1919, la explotación de las minas. Aparte, todo ello, del comercio marítimo.

Mas dicho artículo ha sido interpretado por la doctrina y jurisprudencia francesas como encerrando un criterio extensivo que debe desplegar su fuerza expansiva allí donde latan los conceptos de especulación, tráfico y empresa sobre todo, concebida la última noción como "la repetición profesional de actos de comercio descansando sobre una organización preestablecida" (42). De todo lo cual, fácilmente se colige la hipertrofia y dilatación que experimentará la calificación mercantil de las actividades económicas.

En consecuencia, el campo de operaciones de la sociedad civil queda reducido a: 1.º, la compra y reventa o arrendamiento de inmuebles; 2.º, la explotación agrícola u otra empresa relativa a los productos del suelo o a la cría de ganado; 3.º, la explotación de una concesión de aguas o el suministro de agua potable a una ciudad; 4.º, la explotación de aguas minerales o termales, y 5.º, la explotación de actividades profesionales, siempre que se trate de las de los propios asociados (43).

C) *Italia*.—El Código de comercio de 1882 se inspiró en el sistema de los actos de comercio absolutos u objetivos que enumeró minuciosamente en el artículo 3.º, interpretado también con criterio dilatador (44).

(42) V. ESCARRA, ob. y lug. cit., págs. 53 a 59.

(43) V. PLANIOL Y RIPERT, ob. y lug. cit., pág. 279. También puede verse una referencia de todo esto en los tratados españoles, como GARRIGUES, obra y lug. cit., págs. 183 y ss.; VICENTE Y GELLA, ídem íd., pág. 103 y siguientes.

(44) "En sus disposiciones delimitativas respecto a la materia comercial —aprendemos en Rocco—no da una definición sintética del acto de comercio la legislación italiana, sino que enumera una serie de actividades que califica de actos comerciales. Nada menos que a veintiseis clases de actos atribuye la cualidad de acto de comercio (artículos 3.º, 4.º, 5.º y 6.º), o sea, como actividades que engendran relaciones reguladas por el Derecho mercantil". Y el mismo tratadista aclara que la frase "la Ley reputa actos de comercio", contenida en alguno de los artículos citados, no implica presunción, sino que tiene un significado distinto: "el de que en la enumeración que hace la Ley, por lo general, hay que asignarle carácter *ejemplificativo* y no *taxativo*, y que por lo mismo, siempre que a ello no se oponga la especial naturaleza de las disposiciones singulares, y por vía de *extensión analógica*, puede darse carácter comercial también a otras clases de actividades no tenidas en cuenta por la Ley, siempre que tenga carácter común con las que aquella ha tenido en cuenta" (*Principios de Derecho Mercantil*. Madrid, 1931, 150 y ss.). Según aquella enumeración, se consideraban actos comerciales: 1.º La compra de géneros o mercaderías para revenderlos o alquilarlos, bien en su propia naturaleza, bien trabajados o manufacturados, y las ventas o arrendamientos subsiguientes. 2.º La compra y reventa de inmuebles.

El sentido genérico de algunos de los términos utilizados como expresivos de comercialidad—especulación, empresa, suministro, etc.—se prestaba ya a la interpretación ampliatoria de que los hizo objeto la jurisprudencia—sobre todo cuando se realizan en forma de empresa—, reduciendo en términos parejos el campo de la sociedad civil (45). Apenas parecen escapar de sus garras más que las actividades agrarias y extractivas—mineras—al amparo del artículo 5.º, cuyo segundo párrafo declara no ser actos de comercio “la venta que el propietario o el cultivador hace de los productos de su fundo o por él cultivados”, así como las de profesiones liberales, siempre que no se vislumbre la organización de empresa que la haga incidir en el artículo 3.º (46).

Con el Código civil de 1942 ya no cabe hablar propiamente de los actos de comercio como constitutivos de una categoría especial dentro del Derecho privado. Los negocios clásicamente considerados mercantiles, aparecen ahora entremezclados con los civiles. Más no por ello puede concluirse que hayan desaparecido totalmente las fronteras entre una y otra materia, ni que se haya logrado su uniformidad absoluta. Lo que pasa es que ahora el elemento catalizador de la materia mercantil, que concita en sí las particularidades legislativas de tal matiz, ha pasado a ser la empresa.

Como ya antes hemos visto y enseña Garrigues con elocuencia y precisión insustituibles, “en el nuevo C. c.—italiano—la empresa ha pasado a ser el núcleo del Derecho mercantil en tanto en cuanto significa el ejercicio profesional del cualquier actividad económica organizada con fines de producción o de cambio de bienes o servicios (art. 2.082). Ahora bien, no todas las normas relativas a la empresa tienen carácter comercial. Se excluyen, en primer término, las normas generales sobre la empresa, las cuales pertenecen al Derecho común (artículos 2.082-2.134). Se excluyen, en segundo término, las normas

cuando se hace con fines de especulación mercantil. 3.º Los contratos *rapport* sobre obligaciones del Estado u otros títulos de crédito que circulan en el comercio. 4.º La compra y la venta de participaciones o acciones de “sociedades mercantiles”. 5.º Las empresas de suministros, de edificaciones y construcciones, fabriles, de espectáculos públicos, editoriales tipográficas y librerías, de transporte de personas o cosas por tierra o por agua y las de comisión, agencia y oficina de negocios. 6.º Todo lo referente al tráfico marítimo. 7.º Los seguros tanto marítimos como terrestres, incluso los mutuos. 8.º Las actividades de mediación en operaciones comerciales. 9.º Los depósitos por causa mercantil y los practicados en los almacenes generales y las operaciones relacionadas con ellos. 10. La letra de cambio.

(45) V. TARELLO, ob. cit., págs. 36 a 64; Rocco, op. cit., págs. 159-190, quien reconoce que “el comercio se ha ido infiltrando extensamente en la vida social entera, y su campo de acción, lo mismo respecto a las cosas que en cuanto a las personas, se ha ampliado enormemente” (pág. 196).

(46) V. TARELLO, ob. cit., págs. 67 y ss. y 82 y ss., según el cual, “por ejemplo, dos médicos que se asocian para abrir un gabinete de consulta o un ambulatorio forman una sociedad civil; pero si estos médicos hacen sociedad para asumir el desenvolvimiento de un sanatorio donde, además de las curas y asistencia médica, se da a los enfermos alojamiento y manutención, tendremos entonces, como empresa de suministro, una sociedad mercantil”.

relativas a la empresa agrícola, como manifestación económica tradicionalmente opuesta a la economía comercial, industrial, bancaria y aseguradora. Se entiende por empresa agrícola aquella que ejercita una actividad dirigida al cultivo de un fundo, a la selvicultura, a la crianza de ganados y a las actividades conexas (art. 2.135). Por el contrario, empresa mercantil es aquella que ejercita una actividad industrial dirigida a la producción de bienes o servicios, una actividad bancaria, una actividad aseguradora u otras actividades auxiliares de las precedentes (art. 2.195). Esta enumeración es la que sustituye a la de los actos objetivos del antiguo artículo 3.º del C. de c." (47).

2. DERECHO ESPAÑOL.—A) *Criterio delimitador de la Sociedad civil.*—Sea cualquiera el criterio que pudo considerarse imperante bajo el Código de comercio y antes de promulgarse el Código civil, es ya evidente que hoy la diferenciación entre Sociedad civil y mercantil obedece a la naturaleza civil o mercantil de lo que constituye su objeto. El artículo 1.670 del Código civil, con su párrafo primero: "Las sociedades civiles por el objeto a que se consagren pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio", ha puesto fin a toda discusión y duda—aunque en su párrafo segundo: "en tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código", haya abierto la puerta a otras no menos inquietantes.

Bien es verdad que las dudas y el criterio contrario, formalista, que a veces se le atribuye al Código de comercio (48) no parecen tampoco tener a su favor argumentos muy arrolladores. El antecedente del Código de 1829, inspirado en el más depurado criterio objetivo; el mismo vigente en sus artículos 1.º, número 1.º, que califica de comerciante—individual—al que se dedica habitualmente al comercio; el 117, párrafo segundo, en que tras una enumeración de objetivos sociales aptos para su libre creación alude a las "demás asociaciones que tuvieren por objeto cualquier Empresa industrial o de comercio;

(47) Ob. y lug. cit., págs. 199 y ss.; v. también LORDI, ob. y lug. cit., páginas 9 y 10, donde se evidencia el interés y extensión que aún tienen las normas que afectan exclusivamente a la materia de comercio, y el amplio ámbito de la última.

(48) V. CASTÁN, *Alrededor de la distinción...*, II y ss.; *Derecho Civil...*, III, 255; VALVERDE, ob. cit., III, 541, y, sobre todo, CLARET Y MARTÍ, *Sociedades Anónimas*, Barcelona, 1944, quien sostiene radicalmente que en nuestro derecho impera el criterio de la forma por el mismo C. c., cuyo artículo 1.677—por una errata, sin duda, se lee en su obra "1.671"—interpreta en el sentido de que a las sociedades civiles con forma de alguna de las reconocidas por el C. de c. se les debe aplicar todo éste, incluso quiebra y suspensión de pagos. V. págs. 14 a 18.—Hay que advertir, como ya antes hemos dicho, que la situación ha cambiado, en parte, durante la conclusión de este artículo, con la nueva Ley de Sociedades Anónimas, cuyo artículo 3.º 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". Pero, en cuanto a las demás formas, continúa la cuestión palpitante.

el 123, en que al clasificar las Compañías mercantiles por la índole de sus operaciones, deja la puerta abierta a "otras especies, siempre que sus pactos sean licitos, y su fin *la industria o el comercio*, y el 124, que considera mercantiles y sometidas a las disposiciones de dicho Código, a las Compañías de Seguros contra incendios, a las de combinaciones tontinas sobre la vida, cooperativas de producción, crédito o consumo, sólo "cuando se dedicaren a *actos de comercio extraños a la mutualidad*, o se convirtieren en Sociedades a prima fija"; todos estos datos, decimos, abonaban el sostenimiento de la regla distintiva basada en el objeto social. En nuestra modesta opinión, el art. 116 del Código de comercio actual, ni por su inferioridad numérica—uno contra cuatro—, ni por su sentido o tono, tan poco expresivo para lo que se le hizo decir en temerarias interpretaciones, podía considerarse capaz de transmutar tan radicalmente el criterio objetivo que antes venía rigiendo.

En efecto; cuando dice dicho precepto que el contrato de compañía que define "será mercantil cualquiera que fuere su *clase* siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código", esa *clase* que resulta indiferente, siempre que se constituya conforme al Código mercantil, no puede referirse a *la naturaleza de esencia* civil o mercantil de sus operaciones, sino a especies o individualidades más próximas, dentro del mismo género, que tienen un más común denominador. O bien a la clase colectiva, comanditaria o anónima; o quizá más propiamente a la diversidad de Sociedades de crédito, Bancos de emisión o descuento, Compañías de crédito territorial, etc., aludidos en el artículo 123. No hay que olvidar que ya en el artículo 1.º califica de comerciantes a los efectos de dicho Código: "2.º Las Compañías *mercantiles o industriales*—sólo ellas y no cualesquiera otras—que se constituyesen con arreglo a este Código". En el orden social, y dada la diversidad legislativa aplicable, la naturaleza civil o mercantil es algo que pertenece a la esencia y cualidad característica de cada ser, prejuzgando su índole peculiar de honda raigambre y particularidad, imposible de borrar con una simple indiferencia clasista extraída de la vaga expresión de un artículo aislado, en contra de tantos que claman por su subsistencia. Lo que pasa es que así como para el comerciante individual basta su existencia capaz y dedicación a la actividad mercantil, para poder ser tenido por tal el comerciante colectivo, supuesta su dedicación, o mejor, finalidad mercantil, se requiere su *constitución conforme al Código*—escritura pública e inscripción en el Registro—, so pena de limitar o relegar su validez a las relaciones "interpartes". Esta constitución, con arreglo a las disposiciones del Código, es simplemente, una remisión al artículo 119 (49).

(49) V. en análogo sentido, GARRIGUES, ob. y lug. cit., págs. 382 y ss., así como la sentencia de 14 febrero 1945 y el contundente comentario de POLO, en "Rev. de Der. Priv.", año 1945, págs. 327-329, donde se verá también, a la par

Ahora bien; la determinación de la materia que puede constituir el objeto de la sociedad civil se obtendrá por exclusión o eliminación de la que es peculiar de la sociedad mercantil, dada la especialidad y consiguiente criterio limitativo propios del Código de comercio que reglamentan las últimas (50).

En nuestro Derecho positivo la catalogación o calificación mercantil de las sociedades es fruto de una enumeración específica y de una referencia genérica.

Según la primera, son mercantiles: 1.º Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento.

2.º Sociedades de crédito y de préstamos hipotecarios.

3.º Sociedades concesionarias de ferrocarriles, tranvías y obras públicas.

4.º Sociedades de minas.

5.º Sociedades de Almacenes Generales de Depósitos.

---

que el razonamiento avalando la buena doctrina, las fluctuaciones anteriores de la jurisprudencia, fruto a nuestro juicio de las nubosidades que oscurecen, por exceso de inercia quizá, la mente doctrinal. En cuanto a la invocación que GIRÓN TENA hace (*Sociedades Civiles y Sociedades Mercantiles*, "Rev. de Derecho Mercantil", 1947, jul-ag., págs. 32-33) de las palabras escritas sobre esto por GARRIGUES en su *Curso de Derecho Mercantil*, y reproducidas en el Tratado, para fundamentar una interpretación omnicompreensiva (real y formal) en cuanto a la calificación de las sociedades en el C. de c., nos parece expuesta a confusión por su parcialidad. Bien claras son las palabras de GARRIGUES, un poco anteriores a las que transcribe GIRÓN TENA: "Pero en el sistema del Código de comercio la falta de escritura pública y de inscripción no es obstáculo a la denominación de compañía mercantil, cuya constitución, como se desprende del artículo 119, parece ser un hecho anterior a la inscripción y a la escritura. Supone este precepto que la compañía existe, al menos en el aspecto interno como contrato, si reúne los requisitos esenciales del derecho (v. art. 11), 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. artículo 118, *a contrario sensu*, pero será sin duda una *Compañía mercantil*, que en sus relaciones internas, habrá de regirse por el C. de c. (Curso..., I, 162; Tratado..., I, 282-283). Por lo demás, en cuanto a este aspecto del criterio diferenciador parece que las conclusiones extraídas por GIRÓN TENA de su erudito y documentado trabajo quedan cortas. Le parece evidente y claro "que el criterio objetivo está en la mente del legislador" mercantil, si bien cree "que el legislador piensa que las sociedades para fines comerciales deben acogerse a los tipos del Código" aunque reconoce que "sufrieron un poco de embriaguez de libertad", y el artículo 122 "permite la atipicidad, pero orienta hacia las figuras típicas, que son las que el legislador ha pensado como corrientemente propias de las actividades mercantiles", por todo lo que insiste en que "en la conexión entre los criterios de la forma y del objeto está el *quid* de la distinción y relaciones entre sociedades civiles y mercantiles". Y prescindiendo de ulteriores desarrollos y estudios "de lo que, desde el punto de vista de la jurisprudencia cautelar habría que hacer: lo que se refiere a sociedades que van a fundarse"—que como hemos apuntado al comienzo de este nuestro estudio encierra el máximo interés—, se limita a examinar la reglamentación de los supuestos dados. (V. ob. y lug. citados, págs. 42-43 y 45.)

(50) V. HERNÁNDEZ-GIL, *El Concepto del Derecho Civil*, "Rev. de Derecho Priv.", 1943, junio, pág. 405.

6.º Sociedades de formación de capitales, rentas vitalicias y de seguros.

7.º Compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez y cualquiera otra clase, y Cooperativas de producción, de crédito o de consumo que se dediquen a actos de comercio extraños a la mutualidad o se conviertan en sociedades a prima fija (arts. 117, 123 y 124 C. de c.).

8.º Compañías dedicadas a verificar transportes para el público (art. 349, 2.º), así como las navieras o de navegación.

Conforme a la segunda o referencia genérica—que tiene también alguna alusión específica en el artículo 117: “Sociedades... fabriles”—lo son todas aquellas que “tuvieren por objeto cualquier empresa industrial o de comercio” (arts. 1.º, núm. 2.º; 117, 123 y 124 C. de c.).

La sociedad mercantil está, pues, caracterizada, aparte esa enumeración específica de sus actividades, por su dedicación a la industria o al comercio (arts. 117, 123 y 124 C. de c.)—lo mismo que, según el artículo 1.º, núm. 1.º, son comerciantes individuales “los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente”—por lo que será preciso investigar, breve y sumariamente, la caracterización de la materia mercantil en las disposiciones del Código.

Mas en esto creo hay que tener en cuenta una distinción previa, que seguramente será fecunda para resolver algunas cuestiones que con motivo de actividades complejas plantean ciertos autores. Y es que la materia mercantil no debe confundirse o identificarse, a nuestra actual finalidad, con los llamados actos mercantiles. No es lo mismo la determinación de lo que constituye el objeto o ámbito a que se aplica el Código de comercio—sumisión—, que la actividad constitutiva de la cualidad, individual o colectiva, de comerciante—caracterización—. Los actos mercantiles, por determinación legal, quedan sometidos al Código de comercio, sea cual fuere el que los ejecute si la cualidad de su agente no es condición de su calificación (51); la actividad comercial o los actos de comercio constituyen el *status* de comerciante por su repetición o habitualidad—en los individuales—o por su especial dedicación—en los colectivos—(52). Esta coincide, en términos generales, con el concepto económico del comercio; aquéllos adquieren cada vez una mayor expansión, originando lo que algunos autores califican de concepto jurídico del comercio, con la crítica de otros no menos autorizados (53).

(51) Artículo 2, pár. 2.º, C. de c.

(52) Artículos 1.º, 117, 123 y 124 del C. de c. Por lo demás, nos parece patente y aplicable a nuestro Derecho—el artículo 3.º del C. de c. sólo sienta una presunción—la diferencia que señala FERRARA y conforme a cuyo criterio las personas físicas serán comerciantes sólo *por efecto del ejercicio de una empresa o actividad mercantil*, mientras que las sociedades lo serán *desde el momento que se constituyan con ese objeto*. (V. *Empresarios y Sociedades*, ya citada, pág. 49; también, DE GREGORIO, *Delle Società...*, pág. 24.)

(53) V. GARRIGUES, *El Concepto del Derecho Mercantil*, “Rev. de Derecho Privado”, 1943, junio, 372, y *Tratado...*, ya cit., I, 12.

B) *La actividad comercial.*—La actividad comercial ha sufrido una evolución extensiva. Comenzó por ser exclusivamente una pura mediación—compra para vender *in natura* lucrándose en la diferencia de precio—, y acaba por comprender dentro de sí la industria y manufactura—compra para vender transformada la mercancía, lucrándose en la diferencia o utilidad de la transformación (54)—. Pero en términos generales, aun hoy, es correcto decir que la almendra o última esencia de toda la actividad comercial está en la compra para revender la mercancía (55), bien en su misma naturaleza o bien manipulada o transformada, con ánimo de lucrarse en la operación. Y así nos hablan todavía los autores de que “la compraventa se concibe como la actividad más típica e importante de los establecimientos mercantiles, aquella que constituye el índice externo de su profesión, la que les impone obligaciones contables, fiscales y de todo orden” (56).

Esta misma asimilación o identidad conceptual de la compraventa mediadora, pura o transformadora, impera también en el vigente Código de comercio español como su operación fundamental o matriz. No sólo se trasluce ello en esa reiterada alusión dual que se hace para calificar de comerciantes o mercantiles a las sociedades—“Son comerciantes... 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen...” (art. 1.º); “... Será libre la creación de Bancos territoriales... y demás asociaciones que tuvieren por objeto cualquier empresa industrial o de comercio” (art. 117); “Por la índole de sus operaciones, podrán ser las Compañías mercantiles: Sociedades de

---

(54) “Comercio es el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores”... “el ámbito del Derecho mercantil se extiende hoy a la industria manufacturera y a todas las industrias que se organizan en forma mercantil” (GARRIGUES, *Concepto del Derecho Mercantil*, cit., 370 y 371). Para la evolución del concepto “comercio” puede verse el mismo GARRIGUES, *Tratado...*, ya cit., I, 7 y ss., así como el magnífico trabajo de POLO, *La calificación mercantil de la reventa*, “Rev. de Der. Priv., 1945, mayo, principalmente págs. 288 a 295.

(55) No sólo de la actividad comercial, sino de la misma legislación mercantil. “La venta es el tejido conjuntivo de la actividad comercial y es la matriz de casi todas las normas que se han convertido en normas generales de los contratos mercantiles. Sería profundamente contradictorio admitir una disciplina objetiva de la venta comercial y negar la disciplina objetiva general de los contratos comerciales. Por consiguiente, hay que imprimir carácter objetivo a la regulación de la compraventa mercantil y aceptar el carácter objetivo de las normas generales sobre las obligaciones y los contratos mercantiles” (LANGLE, *La autonomía del Derecho Mercantil*, “Rev. Gener. de Leg. y Jur.”, 1942, junio, página 591).

(56) V. POLO, trabajo y lug. cit., pág. 287, quien más adelante abunda en las mismas ideas: “La historia del comercio se ha identificado, no sin cierta razón, con la de la compraventa mercantil. A tal extremo se llega en esta asimilación que no han faltado autores y tendencias en todos los tiempos que hayan pretendido obtener el concepto de aquél a través de la función que por ésta se cumple, considerándola como su manifestación más típica. Esta asimilación entre ambos conceptos—comercio y compraventa en sus dos manifestaciones, compra para revender y reventa en sí—está presente también en la propia doctrina del Tribunal Supremo”, y cita, en apoyo de su tesis, las de 4 julio 1925 y 15 junio 1926 (pág. 288).

crédito... Y de otras especies, siempre que sea su fin la industria o el comercio" (art. 123)—, sino también en la definición que da de la operación comercial característica: la compraventa mercantil.

En efecto: conforme al artículo 325, "será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, *bien en la misma forma que se compraran o bien en otra diferente*, con ánimo de lucrarse en la reventa". Rectificando perfiles de la innovación consagrada por el Código de 1829, identifica la conceptualización jurídica, con el común denominador mercantil, entre el antiguo mercader y el moderno industrial—mediador en la transformación—, dejando a salvo en el artículo 326, número 3.º, la auténtica personalidad del artifice antiguo o artesano moderno, en quien se da el productor—por la incorporación del trabajo propio o de los suyos a la materia—más que el industrial—o transformador de la materia comprada mediante el trabajo ajeno—(57).

Es decir; que aquí el Código nos da idea de la sustancia comercial, no sólo en sentido positivo, con esa definición del artículo 325, sino con el limitativo, excluyente o negativo del siguiente artículo 326, según el cual "no se reputarán mercantiles: 1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieron (58). 2.º Las ventas que hicieron los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados o de las especies en que se les paguen las rentas. 3.º Las ventas que de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieron éstos en sus talleres. 4.º La venta que haga cualquiera persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo".

Entre estas dos nociones se da patente la idea mercantil, como expresiva de la actividad *mediadora*, por el comercio simplemente o por la industria transformadora; mientras queda al margen toda

(57) Según el clásico español Juan de HEVIA BOLAÑOS, "difieren el *mercader* y el *artifice*, en que el "mercader" es el que compra las mercaderías y obras hechas y las vende en la forma que las compró, sin mudarla en otra. Y "artifice" es el que compra las mercaderías y cosas y haze dellas obras, y las muda en otra forma diversa de la que tenían quando las compró, y así las vende, como lo define y distingue un texto canónico, y así, lo dispuesto en el mercader, no se entiende en el artifice, conforme una ley de Partida". ("Segunda parte de la *Curia Philípica* o *Laberinto del comercio terrestre y naval*, Madrid, 1557, pág. 2, cit. por POLO, ob. y lug. cit., pág. 292".) Esto de excluir de la especial regulación mercantil a los artesanos—transformadores por trabajo propio o y de su familia—como más propiamente productores que mediadores, se conserva, junto a los productores e industriales agrícolas, aun en Código tan omnicompreensivo y de atracción a la esfera mercantil como el italiano de 1942. V. artículo 2.202, en relación al 2.083, y FERRARA, ob. cit., 39 y ss.

(58) En cuya congruencia, sin duda, se excluye por el artículo 124 del concepto mercantil las Cooperativas de consumo. Claro que actualmente y en España, al menos, ninguna Cooperativa parece puede considerarse sociedad mercantil. V. POLO, *Misión y sentido de la nueva Ley de Cooperación*, "Rev. de Derecho Privado", 1942, págs. 213-233 y 273-277.

actividad *productora*, a la que se asimila, para la exclusión, la consumidora (59).

Pero esa mediación característica de lo mercantil, no es la aislada u ocasional, sino la reiterada, habitual o de profesión (60). Como dice Vicente y Gella, "el tráfico mercantil nunca se realiza en la práctica mediante una operación aislada. Lo que caracteriza esta clase de actividades es precisamente esto, el ser un *tráfico*, una serie de negocios realizados sucesivamente. Un conjunto de actos que adquieren su relevante utilidad económica, que pueden exigir una disciplina jurídica especial, por el hecho de verificarse los unos con relación a los otros, formando todos ellos una cadena..." (61).

Lo que sucede es que históricamente, junto a la actividad fundamental de mediación—la *compraventa para revender*—que acerca los productos al consumidor, han nacido otras que la complementan o facilitan, llegando algunas a ser utilizadas, por las innegables ventajas que proporcionan, incluso al margen y por personas ajenas a la actividad mediadora sustancial; pero que en su desempeño repetido y habitual, tienen que implicar actividad comercial. Y así puede afirmarse que hoy la actividad mercantil está constituida por las siguientes:

"a) Aquellas que hacen pasar las mercancías del productor al consumidor, y el precio del segundo al primero. Es la noción del comercio en sentido económico.

(59) En la exclusión de los productos elaborados por los artesanos, si bien pueden ser—y a menudo lo serán—meras transformaciones, lo mismo que en los industriales, la diferencia está en que en aquéllos se obtiene por el trabajo propio del productor o de su familia, mientras en éstos el empresario es un *mediador* y organizador del trabajo de sus operarios que efectúan la transformación. Nos parece útil, aun en nuestro Derecho, la concepción de FERRARA, que "tiene en cuenta la posición en que se haga la organización creada respecto a la actividad del empresario en la producción de los bienes: si la organización es un medio para el desenvolvimiento de la capacidad técnica laboral del sujeto y, por tanto, es funcionalmente instrumental respecto a la actividad personal del empresario, que *tiene carácter preeminente*, nos hallamos en la esfera del artesano y de la pequeña empresa. El producto es obra del *trabajo personal del artesano*, aunque se haya servido para realizarlo de los elementos organizados en la empresa. Si, por el contrario, la organización tiene una función preeminente, limitándose el empresario a una actividad de coordinación o de dirección, por lo cual el bien producido es obra de la empresa dirigida por él, estamos en la esfera de la industria. Se comprende fácilmente que no importa el número de colaboradores de que se valga el sujeto, sino que lo importante es a quién debe referirse la *prestación ofrecida al público*". (Ob. cit., 40.) Nos hemos extendido en traer estas ideas, por considerar posible la asociación de dos o más artesanos para una colaboración personal en su trabajo, con algunos auxiliares, cuya sociedad no tendría ambiente, en nuestro derecho, para ser reputada mercantil.

(60) "Cuando el párrafo 1.º del artículo 1.º define el comerciante en función del ejercicio habitual del comercio, piensa claramente en aquellas operaciones mercantiles fundamentales que, *realizadas profesionalmente*, constituyen el exponente más cualificado de la actividad de una persona, que hace de este ejercicio de modo habitual su ocupación principal y medio propio de vida" (POLO, Trab. y lug. cits., pág. 300).

(61) Ob. y lug. cits., 21.

b) Determinadas operaciones que, si bien no tienen por objeto el cambio propiamente dicho, cooperan a la realización de aquél como complemento necesario de las anteriores—comisión, depósito de mercancías, seguro de éstas, afianzamiento, préstamos mercantiles, contratos de comercio con sus auxiliares, etc.—.

c) Actividades que, desenvueltas en el seno del comercio, son, sin embargo, utilizadas en el momento actual por toda clase de personas, y que presentan, aun frente a sujetos no comerciantes, los mismos caracteres y estructura que revistieron cuando el tráfico las concibió y conservaron en todo su desenvolvimiento—instituciones cambiarias, negocios de banca, títulos de crédito, operaciones de Bolsa, seguros personales, comercio marítimo, etc.—” (62).

En síntesis y conforme a las elcuentes palabras de Garrigues “comercio es el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores... actividad mediadora estricta, en la que no participa ni el productor ni el consumidor (cf. número 2.º, art. 326 del C. de c.: no se reputan mercantiles las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados); actividad mediadora que realiza o facilita el cambio de bienes, como cosa opuesta a la producción y a la adquisición para el consumo propio (cf. núm. 1.º, art. 326 del C. de c.: no se reputa mercantil la compra de efectos destinados al consumo del comprador); actividad mediadora cuya manifestación típica está en la circulación de la riqueza mobiliaria (mercancías, títulos y dinero son el objeto clásico de las transacciones mercantiles); actividad mediadora que va ligada, en relación de causa a efecto, a la idea de especulación o propósito de obtener una ganancia, no aislada y esporádica, sino reiterada, habitual, como fuente constante de ingreso (nota de profesionalidad)” (63).

3. *Sociedades civiles por su objeto; casos dudosos.*—Según el precedente estudio y delimitación de la actividad comercial en sentido amplio, podemos sentar esta conclusión: serán sociedades mercantiles las que se constituyan para dedicarse a aquellas actividades mediadoras; y civiles las que tienen por objeto todas las actividades productoras y económicas con finalidad lucrativa que no cumplan funciones esencialmente mediadoras (64) (65). Mas la dificultad surge

(62) VICENTE Y GELLA, *idem*, id., 43.

(63) *Tratado...*, ya cit., I, 1.º, 9-10.

(64) No creemos que esta restrictiva limitación de que aquí partimos signifique la menor injuria a las modernas ideas mercantiles inspiradas por la noción *empresa* “strictu sensu”. El hecho de que hoy se atienda cada vez más a la existencia en el agente que se trata de calificar de la organización formal de su negocio como empresa o de la realización de sus negocios en serie o masa, es muy comprensible y de gran valor significativo tratándose del comerciante individual, cuya calificación pende de la exteriorización de su actividad; y aun eso, no sin más e independientemente de la cualidad intrínseca de los actos a que la organización se refiera, sino sobre la base de la naturaleza comercial de aquéllos. Pero esto carece de relevancia en cuanto a la cualidad de las sociedades que en su mismo nacer a la existencia deben llevar insita y exterior-

y se agiganta en cuanto nos enfrentamos, en el palenque de la práctica, con tales actividades que o no se presentan ya *ab origine* con esa nitidez de líneas y perfiles, o no conservan siempre su pureza inicial.

A) *Sociedades agrícolas*.—Ocupan el lugar más preeminentemente indiscutible del campo societario civil las constituidas para la explotación agrícola o análogas actividades, como la selvicultura y ganadera. Pero aun aquí, algunos autores hacen la salvedad de los casos en que “por la honda transformación a que someten los productos del suelo o del subsuelo se conviertan en verdaderas empresas manufactureras”. Así, según Ponsa Gil (66), “en principio general se consideran como civiles las sociedades constituidas para la explotación del valor de un inmueble, el cultivo del suelo o la venta de sus productos, perteneciendo en propiedad el objeto explotado a la sociedad y podrán hacerse transformaciones en esos productos para mejorarlos o aumentar su valor en venta, pero si la transformación fuese tan intensa que convirtiese en una nueva mercancía, en un nuevo producto, el objeto explotado, podría constituir una industria agrícola y convertir en comercial el objeto de la sociedad, como por ejemplo, la sociedad que fabrica azúcar con la remolacha de su propiedad. No se considera acto comercial, en cambio, la destilación del vino por el propietario de la uva” (67).

A primera vista, al menos, esta salvedad no aparece nada convincente, y menos aún esa distinción entre transformar la remolacha en azúcar y la uva en vino. Tal aprovechamiento natural y conexo del cultivo de remolacha se diría que es su conversión en azúcar, como el vino respecto a la vid. Tanto una como otra implican explotación de productos propios, sin mediación alguna entre productor y consumidor, que es la sustancia comercial; y no se ve por qué deba significar nada, en criterio jurídico de su calificación, el que las operaciones transformadoras sean más o menos complicadas. Ello, claro está, siempre que la remolacha con que se elabora el azúcar sea producto de los cultivos propios, lo mismo que en la uva respecto al vino e igual que la aceituna en cuanto al aceite. Caso distinto será si la mayoría de aquella materia prima es, habitualmente, fruto de la compra a otros cultivadores; pues aun la compra de pequeñas cantidades complemen-

---

rizante la dedicación a lo que constituye su objeto, su finalidad, suficiente a catalogarlas. Aun así, considero actuante aquella diferencia, recogida de FERRARA y DE GREGORIO en la nota 52: que las personas físicas son comerciantes por efecto de ejercicio de una Empresa o actividad mercantil—de ahí la importancia de apreciar esta empresa polarizadora—, mientras que las sociedades lo son por el hecho de constituirse con esa finalidad.

(65) Si la sociedad se propone un fin social desinteresado y espiritual, ¿no será más correcto pensar que se trata de una asociación? V. A. HERRÁN, en “Rev. de Der. Priv.”, 1944, pág. 400, *Cuestiones prácticas*.

(66) Cuya opinión parece compartir CASTÁN. V. su *Alrededor de la distinción...*, cit., pág. 21.

(67) *Sociedades civiles y mercantiles*, I, pág. 107, citado por CASTÁN, *Alrededor de la distinción...*, pág. 21, núm. 1.

tarias y eventuales, tampoco nos parece suficiente para alterar la calificación civil de aquellas sociedades.

En apoyo de esta nuestra modesta opinión, quizá podamos alegar, aparte la lógica del razonamiento en ausencia de un precepto legal que dé pie a la posición contraria, algunas conclusiones de Derecho comparado que avalen la corrección de la tesis.

Así, en Italia, aunque durante el régimen del C. de c. de 1882, dominado por la mercantilización de las actividades en empresa, había alguna tendencia a considerar comerciales las actividades que transformarían algunos productos agrícolas o cuya empresa revistiese una compleja organización similar a las sociedades mercantiles, bien por considerarlas incursas en el concepto "empresa de manufactura" aludida por el artículo 3.º núm. 8.º, o bien por considerar insuficiente para su regulación las leyes de la sociedad civil, era bastante dilatada y genérica la interpretación que daban a la civilista excepción: "los productos del fundo suyo o por él cultivado" (68).

En Francia, según aprendemos de Escarra (69), "la transformación necesaria para realizar—o vender—el producto natural de la explotación no es más que una actividad industrial complementaria adjunta a la explotación principal y; conforme a la jurisprudencia, no tiene por efecto conferir al agricultor la cualidad de comerciante. Esta solución se da para la transformación del trigo en harina, de la aceituna en aceite, de la uva en vino, de la leche en mantequilla o en queso. Ello cesa de ser exacto—y es una cuestión de hecho—desde que la industria de transformación, en lugar de tener un carácter simplemente complementario, es preponderante respecto a la explotación agrícola. Es el caso del industrial que aun teniendo tierra consagrada al cultivo de la remolacha, transforma en azúcar cantidades de remolacha muy superiores a las que cosecha. Hay entonces empresa de manufactura, que es un acto comercial (art. 632, pág. 2)".

Esta configuración delimitada de lo que, a estos efectos diferenciadores, significa en sentido jurídico la explotación agrícola propiamente dicha, la hallamos más concreta en el nuevo Código civil italiano y su interpretación doctrinal. Según el artículo 2.135, "es empresario agrícola aquel que ejerce una actividad dirigida al cultivo de la tierra, a la silvicultura, al recrío de ganado y a las actividades conexas. Se reputan actividades conexas las dirigidas a la transformación o a la enajenación de los productos agrícolas, cuando forman parte del ejercicio normal de la agricultura". Y explicándolo, dice la doctrina que "todas estas actividades—cultivo de la tierra, silvicultura, recrío de ganado—tienen de común el disfrute de la tierra y de sus condiciones

(68) Se sigue considerando civil la venta de leña y del carbón obtenidos de los bosques propios o cultivados, la compra de uva o vino a terceros para completar y mezclar con el producto propio, las sociedades para la venta de leche o los lacticinios—queso, manteca, etc.—elaborados con la leche aportada por los socios como producto de sus ganados, las sociedades de floricultura y horticultura. V. TARELLO, *La Società civile*, cit., págs. 67-76.

(69) *Manuel de Droit Commercial*, I, 65.

productivas, diferenciándose según el modo como se emplean, según que se utilice directamente la tierra cultivable por medio de sus cultivos efectivos, o bien en su porción de bosque o bien por medio de otros productos naturales del suelo dedicados a la ganadería. Como la ley habla genéricamente de *recrio de ganado* debe creerse que esa actividad será agrícola sólo en cuanto se refiera y se relacione con el disfrute de la tierra, y, en cambio, debe observarse que no queda limitado a aquellos animales que se entiende corrientemente por “ganado” (vacas, ovejas, caballos y cerdos), sino que comprende también cualquier otro animal, ya que en definitiva se realiza una utilización y transformación de los productos del suelo (avicultura, cunicultura, etcétera)”. “Además de las tres actividades citadas concretamente, entran en el concepto de agricultura las *actividades conexas*, como la vinificación, la oleicultura, las producciones de mantequilla y queso, etcétera. Hay en estos aspectos una actividad manufacturera ciertamente, pero como *es dependiente funcionalmente de la actividad agrícola*, en cuanto que se dirige a la mejor conservación de los productos de la tierra o del recrio y a lograr una mayor comercialidad de los mismos, es evidente que tiene una naturaleza agrícola”.

Mas la doctrina italiana se da cuenta pronto de que la vaguedad o amplitud conceptual de esas actividades conexas puede derivar hacia fluctuaciones deformantes. “Se juzga, empero—sigue escribiendo el mismo autor—, que la relación de subordinación y de dependencia puede faltar en algún caso concreto, bien por la magnitud de las instalaciones, bien por lo complejo de las manipulaciones a que se somete el producto, que no se justifican por la razón de conservarlo o de aumentar su comercialidad, por lo que la actividad colateral desarrollada viene a constituirse en objeto de una especulación autónoma, independiente de la agricultura, y, por tanto, no debe ser agrícola”. Y surge el problema hirsuto, pero acuciante, de cuando se da esa disociación o aislamiento. Conforme al párrafo segundo del artículo citado, “para que exista una actividad conexa son necesarias dos condiciones: a) que se trate de una actividad encaminada a la transformación o a la venta de productos agrícolas, o sea de los obtenidos por el cultivo de la tierra, de la silvicultura o del recrio de animales; b) que tales actividades formen parte del ejercicio normal de la agricultura”. Y comentando esta doble exigencia legal, se dice: “a) Se comprende que tal actividad debe referirse a los productos agrícolas de la *propia hacienda*; la transformación o la venta de productos ajenos no podría considerarse como actividad conexa, pues faltaría toda relación entre la actividad agrícola y esta otra colateral” (70). “b) Para apreciar la *normalidad* exigida es

(70) “La transformación de *cualquier producto* de la actividad agrícola pueden constituir una actividad conexa. Así, en relación con el cultivo de la tierra lo son la transformación de la uva en vino, de las aceitunas en aceite, del trigo en harina, de la leche en mantequilla y queso, las conservas de frutas y, circunstancialmente, también la elaboración del cáñamo y del esparto. Del mismo modo en la silvicultura pueden ser actividades conexas el carboneo, la tala de árboles y su despiece, la producción de tablones para la carpintería,

preciso tener en cuenta *el modo de ejercer la actividad*, los instrumentos o máquinas que se emplean y los capitales invertidos para desarrollarlas. Tal normalidad se tiene que apreciar no con referencia a un tipo abstracto de agricultura o de hacienda agrícola, sino *en concreto*, caso por caso, en relación con la magnitud de la empresa agrícola y los medios de que se vale. Se trata de un criterio esencialmente relativo; por eso, una misma actividad económica (por ejemplo: una quesería o un molino) ejercida con idéntico empleo de capital puede considerarse conexas respecto a una hacienda agrícola y no serlo en relación con otra. No tiene importancia que la actividad colateral se alimente exclusivamente con los productos de la actividad agrícola, pues puede darse el caso de que el cultivo de la tierra esté dedicado y planeado precisamente en función de la otra actividad, que tiene un valor absorbente y principal, como un medio de asegurar las primeras materias o de abaratar la producción (por ejemplo: el cultivo intensivo de la naranja dedicado a surtir una industria de conservas o mermeladas)" (71).

De todo esto podríamos extraer un criterio diferenciador para estos supuestos de actividad industrial conexas a la producción o extracción natural: si la aplicación industrial transforma, modifica o mejora lo que en estado natural tiene ya un regular valor comercial insito o propio, estaremos en el campo civil; si por el contrario, la segunda fase hace aptos para el mercado productos extraídos de algo que en estado natural tiene nulo o escaso valor comercial y cuyo cultivo se planeó supeditado y con miras a tal transformación, penetraremos de lleno en el terreno industrial y consiguiente mercantilización de la Empresa. Pero aún en el primer supuesto, habrá que recelar de su absolutidad y atender en cada caso a los grados o términos de accesibilidad o supeditación en que la industrialización se encuentre respecto a la producción o a la inversa.

Así, por ejemplo, una Sociedad que monta una gran fábrica azucarera, y como complemento de ella, adquiere y arrienda terrenos en que cultivar remolacha para asegurarse un mínimo de materia prima y regular su producción industrial complementada con adquisición eventual de remolacha a terceros o productores extraños, habrá que enmarcarla dentro de lo mercantil.

En cambio, una Sociedad que se dedica, mediante concesión del Estado, a la producción de semillas seleccionadas, y adquiere grandes fincas, arrienda otras y explota, como complemento de la finalidad fundamental y cual secuela propia, la producción agrícola normal, montando incluso industrias aprovechadoras y supervalcrantes vitícolas,

---

etcétera. Y en las actividades ganaderas son conexas, entre otras, la conservación de la carne salándola (jamón y cecina) o envasada o de cualquier otro modo; la preparación de pieles; la producción de mantequilla y de quesos, etc. En suma, la transformación de cualquier producto de la actividad agrícola puede constituir una actividad conexas". (Idem id.)

(71) V. todo esto en FERRARA, "Empresarios y Sociedades", ya cit., páginas 42-45.

de quesos y mantequilla, aceiteras, azucareras, etc., aunque en ocasiones precise adquirir uva, leche, aceituna, etc., de extraños productores para regularizar y completar el normal desarrollo y rendimiento de esas subordinadas y accesorias industrias, no parece que pierde el carácter civil que corresponde a su actividad matriz y fundamental.

Cosa parecida puede pensarse de las actividades pesqueras, tanto de altura como de bajura, y su correlación con la industria salazonera aplicada al servicio de aquellas, para facilitar su venta o comercialización: así, las sociedades bacaladeras v. gr., que con barcos propios extraen el bacalao que luego en sus factorías se deseca y prepara para el comercio, será indudablemente civil; mientras la empresa que con barcos propios se dedica a la captura de la ballena u otros cetáceos para la extracción de aceites y grasas y su consiguiente industrialización, parece rebasar la propia naturaleza civil, para incidir en plena actividad industrial mercantilizada: la actividad pesquera se presenta como auxiliar para procurar un *mínimum* de materia prima y asegurar su baratura con vistas a nutrir la fundamental industria de aceites y grasas animales—máxime mientras no se generalice más el autorizado consumo de la carne de ballena para la alimentación humana—.

B. *Sociedades inmobiliarias*.—Sabida es la evolución que sobre esto ha habido en nuestra legislación. El art. 360 del Código de comercio de 1829 negaba expresa y radicalmente a las compras de bienes raíces la calidad mercantil (72); en el art. 325 del vigente ha desaparecido tal exclusión, y aunque se refiere a la compraventa de bienes muebles, solamente, haciendo sospechar (73) que implícitamente quedaban excluidos los inmuebles, la exposición de motivos aclara que la omisión no fué intrascendente, sino buscada y significativa de abrir la puerta a la inclusión de los inmuebles dentro del tráfico mercantil si reunía las demás circunstancias que justificaran la calificación. Refiriéndose a particulares o sociedades que compren terrenos para revenderlos parcelados o después de construir edificios para viviendas, para laboreo de minas o cualquier otro uso o explotación, dice que "todas estas empresas ejecutan verdaderos actos de comercio, porque la compra de bienes inmuebles no es su fin principal, sino sólo una de

---

(72) Tal criterio parece fué bastante general. ESCARRA dice que los argumentos en que se apoyaba eran, de una parte, la imposibilidad de aplicar a los inmuebles las reglas de prueba simplificadas del articulado del Código de comercio; de otra, la imposibilidad de someter al conocimiento de la jurisdicción comercial los litigios sobre la propiedad y los derechos reales, que orgánicamente pertenecen a la competencia de los Tribunales civiles. Cuyos argumentos carecen hoy de razón de ser ante la realidad práctica de gentes que invierten grandes capitales en compra de casas y terrenos para revenderlos, lo que indujo al legislador francés, si bien por una ley fiscal (de 13 de julio 1925) a considerar comerciantes a los individuos y sociedades que se dediquen a operaciones de mediación en compra o venta de inmuebles, tras lo cual, con su inspiración y apoyado en la accesoriedad, la jurisprudencia más reciente tiende a incluir, en cuanto cabe, tales operaciones en el campo mercantil. V. ob. y lug. cits., páginas 67-68 y 80-81.

(73) Como ocurrió en Francia. V. ESCARRA, ob. y lug. cits., pág. 67.

las operaciones. Por eso, si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unido a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporales" (74).

Pero distinto es, en todo, el caso de aquellas sociedades inmobiliarias que compran casas de habitación o construyen otras de nueva planta o sobre otras de menos importancia derribadas, para dedicarlas a su explotación mediante arriendo o alquiler. No parece que haya aquí ninguna razón científica y menos aún apoyo legal positivo que obligue a su calificación mercantil. Tal operación constituye una explotación normal, adecuada a su naturaleza, de algo, como los bienes raíces, sustraído, en principio, a la materia mercantil. Como dice muy bien Valdés Villabella, "la—sociedad—Inmobiliaria tipo, que construye y adquiere edificios para cederlos en régimen de arrendamiento o similar... no realiza actos de comercio; tiene un objeto indudablemente civil. Arrendar edificios, sea para vivienda, sea para negocios o industria, es siempre acto esencialmente civil. Desde todos los puntos de vista" (75).

Esta diferenciación entre la compra para revender o la compra para arrendar, ya la estableció también Ponsa Gil con el mismo criterio: "Si la sociedad se ha formado para adquirir fincas... urbanas y explotarla, con el alquiler, tendrá la consideración de sociedad civil, pues va a explotar lo que constituirá su propiedad" (76).

C. *Sociedades mineras*.—No del todo clara se presenta la cuestión en nuestro Derecho. En principio, y desde el punto de vista científico, parece han de ser civiles. Paladinamente declara Castán "que tanto las constituídas para la simple investigación de minerales, como las formadas para obtener la concesión de una mina o para explotarla, se reputan sociedades civiles, aun cuando accesoriamente hayan de realizar las operaciones de comercio necesarias para conseguir en las mejores condiciones posibles su objeto principal" (77).

Pero en contra de esta apreciación tenemos en el derecho positivo el art. 125 del vigente C. de c., según el cual "Por la índole de sus operaciones, podrán ser las compañías mercantiles: Sociedades de crédito... *Compañías de minas*... Y de otras especies, siempre que... sean su fin la industria o el comercio".

Es verdad que, como dice Castán, de los preceptos pertinentes del Código de comercio—art. 2.º 325 y 326—se desprende que la explotación de una mina no es acto de comercio. Pero, en cambio, no parece tan contundente que por haber declarado el Tribunal Supremo en Sentencia

(74) V. el texto de la Exposición que reproduce CASTÁN. *Alrededor de la distinción...*, pág. 22, núm. 1.

(75) *Sociedades inmobiliarias urbanas*.—*Estudio económico, jurídico y fiscal*, Madrid, 1947, págs. 31-32. Ya, también, MUÑOZ y NÚÑEZ DE PRADO. Librería "Rev. Der. Priv."

(76) *Sociedades civiles y mercantiles*, I, pág. 107, cit. por CASTÁN, ob. citada, pág. 32, núm. 2.

(77) Ob. cit., pág. 32. Y la misma opinión parece que sustenta PONSÁ GIL, ob. y lug. cit., pág. 106, según alusión que hace CASTÁN, ob. y lug. cit.

de 5 de diciembre de 1902 que "el subarriendo de una mina para su laboreo y explotación no está comprendido entre los actos de comercio de que este Código trata, aunque los contratantes sean sociedades u otras personas jurídicas", se pueda inferir que será sociedad civil la que se dedique a este negocio (78).

En el Derecho comparado parece destacar un hecho evidente: la sustracción al Código civil de las sociedades explotadoras de minas en correlación y por influencia, quizá, de las especialidades que reviste la propiedad de minas, con reflejos en todos sus aspectos jurídicos. Por el mismo Castán aprendemos que "en el derecho alemán la sociedad para la explotación de minas (*Gewerkschaft*) constituye un tipo originálimo de sociedad con normas especiales, que ni puede catalogarse como sociedad civil ni se adapta tampoco a los moldes de las sociedades mercantiles" (79). En cuanto a Francia, ya hemos visto antes cómo la Ley de 9 de septiembre de 1919 comercializó la explotación de las minas, obligando a adoptar la forma mercantil a las sociedades que en adelante se constituyeran con aquella finalidad; y si bien las sociedades civiles anteriormente dedicadas a tal objeto no variaron de forma, si adquirieron la cualidad de comerciantes por el ejercicio profesional de actos de comercio (80). Respecto a Italia, si bien la jurisprudencia del siglo pasado consideró civiles las explotaciones mineras, bien pronto la doctrina empezó a sostener que las sociedades a esa actividad dedicadas debían ser consideradas como mercantiles, sea porque de ordinario disponen de grandes capitales, máquinas, medios de publicidad, que revelan la intención de especular, sea porque los inmuebles entran así en la órbita de la especulación comercial. Y la jurisprudencia fué aceptando dicha tesis. Otros autores, como Navarrini, se apoyaron en que las sociedades para extracción de mineral dan lugar a empresas que caían en la esfera del art. 3.º Y otros, por último, en que, como decía Simoncelli, "la sustancia de la mina está en ser fuente de mineral, y mineral, cosa y fruto es todo uno", por lo que la sociedad que explota la mina vende el mineral que ha comprado con intención de revender (81). Conforme a la actual legislación, ya se ha visto que sólo se excluye del

(78) *Idem id.*, pág. 24, núm. 4. No deja de ser sintomático que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 21 mayo 1935, recoja, en su 4.º considerando, "que el artículo 123 del Código de comercio determina que "por la índole de sus operaciones", podrán ser las Compañías mercantiles, entre otras, "Compañías de minas", si bien la cuestión entonces se limitaba a dilucidar si la escritura constitutiva de sociedad debía o no inscribirse en el Registro mercantil, que se resolvió afirmativamente.

(79) V. su cit. *Alrededor de la distinción...*, cit., págs. 26 y ss.

(80) V. PLANIOL Y RIPERT, ob. y lug. cit., pág. 256; ESCARRA, ob. cit., I, página 63, quien justificando tal proceder, añade: "La explotación de los productos del suelo (industrias extractivas) no ha sido jamás considerada como teniendo carácter comercial, porque se hacía jugar aquí un concepto demasiado estrecho de la comercialidad. Pero cuando se ha dado cuenta de que una "empresa" tan importante como una mina tiene necesidad de un crédito reforzado, y que debe ofrecer a los terceros el máximo de garantías, no se ha podido hacer nada mejor que comercializar este género de explotación".

(81) V. TARELLO, ob. cit., págs. 74-76

concepto de empresa que se sume en la normación especial mercantilizada, aparte el artesano y el empresario menor, la empresa agrícola, cuyo concepto también hemos recordado, y dentro del cual no cabe en modo alguno, como aclara la doctrina, "el disfrute de los recursos minerales" salvo que se realice por el propietario de la finca o quien tiene derecho a su disfrute y sin que adquiera autonomía propia (82).

A la vista de una corriente doctrinal y legislativa de tal potencia y orientación, ¿cómo desentenderse de ese inciso del art. 123 del Código de comercio español, que considera como especie de compañía mercantil a las minas? Desde luego, no sin gran cautela en la estimación de las circunstancias concurrentes cabe, en mi modesta opinión, neutralizar esa calificación legal. Y no olvidar que el menor atisbo de comercialización que en dichas sociedades concurre, decidirá definitivamente por el lado mercantil la balanza calificadora, inclinada ya hacia él por el precepto citado, que es innegable.

D. *Otros supuestos dudosos.*—No es fácil concentrar y prever en un artículo todas las posibilidades más o menos dudosas que de la vida práctica cabe esperar. Pero si estimo viable aceptar como brújula orientadora, a falta de preceptos legales o elaboraciones de lógica jurisprudencial o doctrinal más segura, la norma que distingue según se trate de explotar producto propio o de mediar en el acercamiento al consumidor del producto ajeno. Su aplicación y empleo nos aclarará más de un caso con aparente solución contradictoria. Veamos algunos:

a) *Sociedades para suministro de agua, energía eléctrica, gas, etcétera.*—La consulta al derecho comparado nos da respuesta bastante contradictoria. La jurisprudencia francesa, sin muchos distinguos, considera civiles las sociedades para "la explotación de una toma o de una concesión de gas, o bien el suministro de agua potable a una ciudad", aunque propende a reputar mercantiles las de suministro en general (83). En cambio, el derecho italiano, ya bajo el C. de c. de 1882 por interpretación de su art. 3.º, tendía a considerar mercantiles tales actividades de suministro en su más amplio sentido y las sociedades que las tuvieran por objeto (84). A juicio de Castán, en medio de ambas posturas, impera la regla dicha: si la sociedad se constituye para poner en explotación el agua de una finca propia, recae sobre productos del suelo y es civil; si para el abastecimiento de una ciudad o para la conducción o distribución de aguas que no fueren de predio propio o para suministro de energía eléctrica producida por procedimientos industriales, será comercial (85).

b) Igual criterio podrá guiarnos respecto a Sociedades editoriales o de prensa periódica, empresas de espectáculos públicos, sociedades de profesionales, etc. Serán comerciales las editoriales normales que realizan mediación entre los autores y el público, "traficando" con el trabajo

(82) V. FERRARA, ob. cit., pág. 43.

(83) V. PLANIOL Y RIPERT, ob. y lug. cit., pág. 249.

(84) TARELLO, ob. y lug. cit., pág. 55.

(85) V. su *Alrededor de la distinción...*, pág. 25.

de aquellos que revenden, o especulando con el trabajo de los artistas y las obras de los autores dramáticos o compositores que ofrecen en sus salas, bien coordinando bajo su dirección los servicios de médicos, abogados, arquitectos, etc., que ofrecen al público; más la sociedad de dos o más autores para la publicación y difusión de sus obras, o para la fundación de una revista científica o literaria con ánimo de propagar los resultados de una investigación, sus estudios o cierta corriente literaria con propia producción, o la asociación de un literato y un músico para la complementación de sus obras y composiciones, o de varios actores o artistas ejecutantes de música para lucrarse con sus actuaciones o conciertos lo mismo que la unión de dos o más médicos, abogados, etcétera, para el ejercicio coordinado de sus propias profesiones, aunque unos y otros se ayuden de colaboradores y auxiliares, no parece se salgan del ámbito puro y correctamente civil (86).

c) En cuanto a las Sociedades de fin instructivo o educativo, nos enseña Castán que "se reputan civiles y no mercantiles en razón a que la instrucción y la educación no son actos de comercio, sin que obste que tales sociedades realicen actos de comercio aislados como la compra de libros, medicinas, artículos de consumo o juego para los alumnos, ya que estos actos, auxiliares y accesorios del fin perseguido, no modifican el fin principal" (87).

En cambio, como el mismo maestro dice, "las sociedades constituidas para la explotación de círculos de recreo, cuando tienen un fin lucrativo—en caso contrario no serían sociedades, sino asociaciones—están consideradas como empresas mercantiles" (88).

4. *Sociedades con objeto complejo.*—Cabe distinguir dos subgrupos: Sociedades que se crean ya con finalidad civil y mercantil y Sociedades con objeto civil, pero que realizan actividades mercantiles.

Respecto de las primeras, creemos que fácilmente se verán arrastradas por la calificación mercantil, siempre que tal actividad sea habitual o finalista, aunque comparta otras actividades de índole civil. Aquella dedicación, bien que no exclusiva, con tal que no sea accesoria de la civil principal, inclinará la balanza calificadora sin mengua ni modificación de las actividades civiles. Lo mismo que el comerciante individual no pierde su aptitud para las actividades civiles ni éstas cambian de naturaleza—y consecuentemente de legislación reguladora—porque sean ejecutadas por un comerciante (89).

En cuanto a las segundas, creo que una sociedad civil podrá perfectamente verificar las operaciones accesorias de su objeto principal,

(86) V. CASTÁN, ob. cit., págs. 25-26; PLANIOL Y RIPERT, *idem id.*, pág. 259; TARELLO, *idem id.*, págs. 58, 62 y 81-82; FERRARA, *idem id.*, págs. 26 y ss.

(87) Ob. cit., pág. 26.

(88) *Idem id.*, *id.* Puede verse también la sentencia de 22 octubre 1948, que en cierto modo confirma esta tesis al asimilar, en determinado aspecto, los círculos de recreo "a un café, bar, salón de té o de juegos para proporcionar a los concurrentes fuera de sus hogares y con el fin de lucro, comidas, bebidas y diversiones...".

(89) Puede verse en aquel sentido, CASTÁN, ob. cit., págs. 17-18.

pagos, cobros, etc., mediante actos mercantiles, letras de cambio, cuentas corrientes bancarias, etc., sin que ello implique se dedican a actividades comerciales coloreadoras de su *status*: es el objeto, razón de ser de su existencia, lo que cuenta. Recuérdese lo que hemos dicho antes sobre la distinción necesaria entre esos actos mercantiles y la actividad comercial propiamente dicha. Como escribe también De Gregorio, "la realización efectiva de actos de comercio que encaja en la gestión normal de una sociedad civil no basta para transformarla en mercantil, como no basta para hacernos comerciantes el que realicemos actos de comercio singulares, ni pesan a ese efecto aquellos actos de comercio que sean simple medio para el desenvolvimiento de la actividad no comercial de la sociedad" (90).

Otros problemas, tales como los cambios de objeto durante la vida social—creada con objeto civil, evoluciona hacia actividad comercial como dedicación fundamental o a la inversa—, así como que uno sea el objeto documentado y otra la actividad sustantiva en la realidad, son o entrañan cuestiones de hecho necesitadas de solución judicial en cada caso para adecuación de la forma a la realidad, y apenas interesan a nuestro actual objeto. Sólo apuntaremos que si la sociedad mercantil encubría una actividad puramente civil, no cabrá privar de las garantías y tutelas propias de aquellas a los terceros que trataron con un ente que *se les presentaba legitimado* como "comercial" (91).

5. *Sociedades mixtas*.—Quizá constituya este supuesto la *veraxa quaestio* de las sociedades civiles: El de aquellas que en virtud del artículo 1.670 del Código civil, siendo civiles por su objeto y sin cambiar de naturaleza, adoptan alguna de las formas mercantiles. Conforme al párrafo segundo de dicho precepto autorizador, en tal caso les serán aplicables las disposiciones del Código de comercio en cuanto no se opongan a las del civil. Y algún autor llega a decir que "la doctrina desespera de encontrar sentido" a ese punto segundo del artículo 1.670 (92). Pero es posible que la cosa haya sido exageradamente embrollada, y que con un poco de buena voluntad se pueda facilitar la solución sin el menor ultraje para la técnica jurídica.

A) *Radical tesis mercantilista*.—Garrigues, después de reconocer que la tímida fórmula del artículo 1.670 no cede al C. de c. la reglamentación total de tales sociedades, sino en cuanto no se oponga al

(90) Ob. cit., pág. 24. V. también LANGLE, ob. y lug. cit., págs. 297-300.

(91) V. DE GREGORIO, ob. cit., pág. 767.

(92) GIRÓN TENA, ob. y lug. cit., pág. 47. Ya en nota anterior hemos hecho la salvedad de que, según la Ley de Sociedades Anónimas promulgada después de preparado este artículo, "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". Para no alargar demasiado nuestro artículo, que bastantes azares e interrupciones sufrió ya, ni volver sobre los propios pasos, opto por dejarlo en la primitiva redacción, considerando: 1.º, que sigue vigente para las otras formas mercantiles; 2.º, que las innovaciones de la Ley nueva, mejor dicho, toda ella y todas sus partes, merecen más meditado y profundo estudio que el posible en una esporádica e intercalada glosa.

civil, ya que a pesar de "revestir la forma mercantil, siguen siendo civiles", y esbozar la fórmula que le parece más correcta para solucionar esta duplicidad normativa, critica severamente lo que considera establecido en la Ley con estas palabras: "Mas la fórmula laconica del artículo 1.670 del C. c. da lugar a una serie inagotable de problemas, porque muchas de las disposiciones del C. de c. esenciales a cada una de las formas de las sociedades mercantiles, son contradictorias de las normas del C. c.... Decir que se apliquen las disposiciones legales sobre sociedades anónimas a una sociedad civil en cuanto no se opongan a las del C. c. es tanto como negar la posibilidad de sociedades civiles con forma mercantil anónima. A menos de admitir figuras sociales monstruosas: sociedades colectivas sin responsabilidad solidaria para los socios (el art. 127 del C. de c. se opone a las reglas del artículo 1.698 del C. c.); sociedades anónimas con responsabilidad ilimitada para los accionistas (el art. 153 del C. de c. se opone también al art. 1.698 del C. c., que implícitamente establece una responsabilidad ilimitada de los socios en las deudas sociales), etc." (93). No cabe duda que el cotejo es impresionante, y que tomado en consideración sin más aclaraciones, como lo hace Girón Tena de la redacción del "Curso..." de 1936, en que Garrigues no iba más allá en la contemplación del problema resulta francamente desalentador.

Pero a poco que se reflexione se verá que ese aparatoso contraste no es rigurosamente exacto ni imperativa conclusión del art. 1.670. Lo que en éste se pone como valla o límite a la aplicación del C. c. a las sociedades civiles con forma mercantil, no son precisamente los preceptos que se dictan para la sociedad civil con forma civil, o al menos todos ellos, los cuales ya se comprende que desde el momento de autorizar la adopción de forma mercantil no tienen plena razón de ser, sino a lo sumo aquellos de entre dichos preceptos y los demás del C. c. que revisten el carácter de derecho necesario, imperativo e inderogable. Además, como el mismo Garrigues reconoce, si cabe hablar de disposiciones opuestas o similares en tipos sociales semejantes, no cabe el cotejo entre las que, como el tipo de sociedad civil por una lado y los tipos de comanditaria y anónima por otro, son sustancialmente contradictorios o al menos distintos. Por eso, con los debidos respetos para la autoridad del maestro mercantilista, hay que declarar que aquel contraste, escuetamente presentado, parecía estampado para impresionar espíritus sugestionables. Tendría, a lo más, el valor de un argumento de reducción al absurdo, a fin de eliminar esa posible interpretación del artículo 1.670 por imposible. Pero sin agotar con ello los esfuerzos para hallar una fórmula conciliadora.

Pues las normas y los preceptos legales, en cuanto sea posible, hay que tomarlos no como crucigramas puestos allí para tortura del intérprete y jurista, sino en el sentido de su más dilatada y generosa aplicabilidad. Pero procurando extraer la fórmula de viabilidad del precepto mismo, y no renunciando al primer esfuerzo para reputarlo indesci-

(93) *Tratado...*, lug. cit., págs. 386-387.

frable y llenar la sedicente laguna con recetas de Derecho comparado más o menos acertadas, pero sin apoyo positivo en nuestros textos. Que es algo de lo que me parece ha ocurrido algunas veces.

“En buena técnica legislativa—dice Girón Tena tras recordar el desolador cotejo de Garrigues ya transcrito—las sociedades posibles son la suiza o la alemana, que pensadas para las sociedades personalistas en nuestro derecho habría de ser extendida a todos los tipos. En una y otra solución están sometidas, en cuanto al régimen de la sociedad, a las normas del Código de comercio. De lo que se duda es de si son o no comerciantes las sociedades de personas. Para las de capitales tampoco hay problema. Y la solución vimos que era, o no considerar comerciantes a las sociedades o considerarlas comerciantes aparentes con las necesarias consecuencias en cuanto a la aplicación del *status* de comerciante.

“Volvamos ahora a nuestro artículo 1.670 en su segundo punto. El intento de interpretarlo en el sentido de tratar de empotrar la figura sociedad civil en las de colectiva, comanditaria o anónima ya nos han dicho que es imposible. Y tiene que serlo por la impenetrabilidad de los conceptos y por razón histórica; ya vimos que el Código civil significa la ruptura de la simple desviación. Pero en cualquier caso, si las desviaciones del Derecho mercantil desaparecen, desaparece también el Derecho mercantil mismo, que no tiene más contenido que ese en la ~~reglamentación~~ de figuras paralelas. Sería una tontería conceder opción de constituir una comanditaria, por ejemplo, para luego decirle a los socios que lo que llaman comanditaria lo hemos ido podando y es otra vez sociedad civil.

“Pero los preceptos se dictan para que surtan efectos. No es fácil convencerse de que el legislador ha querido llevar el humor al Código y ensayar el juego de escamotear a la gente lo que les ofrece. ¿Cómo tendría efecto ese artículo 1.670? Ese texto no puede ser sino una opción entre los dos sistemas—suizo y alemán, antes indicados—hacia favor del suizo. Así, pues, lo que aquí se dice es que las sociedades de objeto civil se someterán íntegramente al régimen propio de la figura que entre las reglamentadas en el Código de comercio hayan elegido, pero que a esas sociedades no se les aplicará el estatuto del comerciante porque son “sociedades mercantiles”, pero no son “comerciantes”. Si ahora sintetizamos y calificamos las razones de esta interpretación desde el punto de vista hermenéutico podremos comprobar que son sanas; en efecto : 1.º Se trata de una interpretación sistemática, en que se tiene en cuenta la razón del régimen de los comerciantes y el concepto de sociedad. 2.º No está contra la redacción gramatical del precepto. 3.º Se inspira en la razón histórica del entronque del artículo. La solución suiza es de inspiración francesa como lo es el nuestro: lo que ocurre es que los suizos han comprendido mejor la cuestión que los franceses, aunque alguno de éstos también había visto la solución” (94).

Mas a pesar de la originalidad y brillantez de este documentado

trabajo, máxime con los ensayos que siguen hacia la posibilidad en Derecho español del *Schein Kaufmann* alemán o comerciante aparente, del que algo recogimos antes tomado de Cosack, a pesar de esa dilatación interpretativa bastante forzada para aproximar el texto del artículo 1.670 a la fórmula germana—suizo o alemana—, sospecho que a nadie se ocultará la escasa eficiencia práctica de la conclusión que Girón Tena nos brinda. La apelación al Derecho comparado no ha traído un mecanismo técnico explicativo o constructivo del texto español, sino sólo una sugerente fórmula solucionadora cristalizada en texto legal extraño. Y creemos que lo necesario en presencia del artículo 1.670 es, más que el recuerdo de una fórmula legislativa, por muy científicamente autorizada que sea, pero alejada o distante de nuestro texto y de su espíritu, una receta que dosifique límites y conceptos que la letra española plantea. No podemos escapar del crucial problema: aplicar las disposiciones del C. de c., pero no en absoluto, sino con un límite: en cuanto no se opongan o contradigan al Código civil. Lo contrario, sostener que al régimen de tales sociedades debe aplicarse el Código de comercio absolutamente, sin atender a los topes u obstáculos que nazcan del Código civil nos parece que no puede hacerse sin atropellar o desconocer el artículo 1.670, que bien patente está, pues es el mismo que posibilita tal especie de sociedades mixtas. Como aspiración de reforma legislativa será muy perfecta y loable; como solución actual, carece de valor.

Y análogo juicio negativo alcanzará a la conclusión a que Garrigues llega, bien que no por el espejismo de fórmulas extranjeras, sino por razones que dice extraer de la seguridad del tráfico al escribir “que la reserva a favor del C. c. que contiene el artículo 1.670 no debe impedir la aplicación de todas las normas del Código mercantil que regulan las relaciones internas y externas de cada uno de los tipos de sociedad que admite, estén o no en armonía con los artículos del C. c. Sólo quedarán excluidas aquellas normas que afectan a la sociedad como comerciante—llevanza de libros, inscripción en el Registro, quiebra, prescripción especial de acciones—” (95).

De esta radical tesis mercantilista disiente Lang'e. “porque aquella aplicación “íntegra” de las normas mercantiles que regulan las re-

(95) V. *Tratado...*, I, 390. Y esa conclusión resulta más incongruente cuando el mismo autor, en otro momento, declara entender “que la responsabilidad de los socios de una sociedad civil por las deudas sociales tiene carácter ilimitado, y por consiguiente, la adopción de la forma mercantil anónima por una sociedad de objeto civil, que entraña forzosamente la limitación de la responsabilidad de los socios, iría contra la norma civil que se contiene en el artículo 1.698 del C. c.”; y aludiendo a los fallos jurisprudenciales y autores que antes de la ley de 12 de agosto de 1893 sostenían en Francia que los socios de una sociedad civil con forma de anónima podían sustraerse al principio de ilimitación de responsabilidad por deudas, pregunta “qué opinarían esos mismos autores ante el texto del artículo 1.670 de nuestro C. c., que sólo permite la aplicación de las disposiciones del C. de c. en cuanto no se opongan a las del Código civil, siendo una de éstas la del artículo 1.911, que consagra el principio de ilimitación de responsabilidad”. (V. su ob. y lug. cit., pág. 389, núm. 5, b) y número 6.)

laciones internas y externas de cada uno de los tipos de sociedad, "estén o no en armonía con los artículos del C. c.", contradice lo dispuesto por éste. Lo que desea el C. c. es *compaginar* las disposiciones, y en modo alguno que el C. de c. *le suplante totalmente*" (96).

B) *Fórmula conciliadora de orientación civilista*.—Veamos si cabe una solución intermedia; ni negación absoluta de que las sociedades civiles por su objeto revistan forma mercantil, como habría que concluir del cotejo hecho por Garrigues, ni aplicación absoluta, a las que adopten esta forma, de la legislación mercantil, desentendiéndose del límite impuesto por el artículo 1.670. Y para ello, recordemos la interpretación civilística.

Por sonrojante que sea, hay que confesar que el laconismo con que se producen la mayoría de nuestros civilistas en sus textos más conocidos, apenas da luz alguna y menos llega a formar un cuerpo de doctrina. Materia que ha conturbado a los mercantilistas celosos, se diría que no inquieta a los civilistas que casi soslayan la cuestión. Cuando realmente parece que debiera ocurrir lo contrario.

Sánchez Román sólo dice que la salvedad del artículo 1.670—"en cuanto no se opongan al Código civil"—"por los vagos términos en que va concebida, es algo expuesta, como todas las de su clase, a complicados litigios" (97).

Manresa se limita a esbozar una idea, sin mucho desarrollo ni delimitaciones, "Constituyendo este artículo—escribe respecto al 1.670—una *disposición de referencia a las prescripciones del Código de comercio relativas a las formas que pueden revestir las compañías mercantiles*, según el mismo, hemos de limitarnos a remitir a nuestros lectores a los preceptos respectivos del título 1.º del libro II de dicho Código, y especialmente a los de las secciones 2.ª, 3.ª y 4.ª del indicado título, en los que se encontrarán las reglas que rigen las sociedades en cada una de dichas formas, bastando a nuestro objeto exponer tan sólo que en general las compañías citadas se constituyen adoptando alguna de las tres conocidas con los nombres de regular colectiva, comanditaria y anónima". A continuación da el concepto de cada una de éstas, cita una jurisprudencia congruente con sus definiciones, refiere algunas concordancias y pasa a comentar el artículo 1.671 (98).

Valverde resuelve el problema en dos palabras con asombrosa ligereza. "...Si por el concepto de dichas sociedades—dice—la sociedad fuera civil y reviste las formas reconocidas por el Código de comercio, se *aplicarán a ellas las disposiciones de éste*". E invoca, en nota, el texto del artículo 1.670, que nos es conocido (99).

Para De Diego en sus "Instituciones de Derecho Civil Español" pasa, al parecer, desapercibido el problema.

(96) *Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1950, I, 362.

(97) *Ob. y lug. cit.*, 546.

(98) V. sus *Comentarios al Código Civil Español*, 2.ª edic., Madrid, 1911, tomo XI, pág. 285.

(99) V. su *Tratado...*, cit., III, pág. 541.

De Buen, por lo que vemos en el tomo reimpresso y continuado por Bonet, trata la cuestión asaz superficialmente. Después de recoger el artículo 1.670 con la posibilidad de estas "sociedades mixtas", comenta: "En las disposiciones vigentes en España están previstas las dos hipótesis siguientes: a), existencia de una Sociedad civil por su objeto constituida en forma civil. Este caso no ofrece ninguna dificultad, estará regida por el C. c.; b), existencia de una sociedad civil por su objeto, mercantil por su forma. *Tal sociedad se registrá por el C. c. y como supletorio por el C. de c.*" (100).

No más sazonado fruto da en esto Castán en su obra más conocida: "*Las Sociedades civiles constituidas con arreglo a cualquiera de las formas del Código de comercio...* se rigen, en primer lugar, por el Código civil, pero además les son aplicables las disposiciones del mercantil, en cuanto no se opongan a las del civil (art. 1.670, párrafo segundo de éste), y aun en algún punto concreto, a saber, ciertas causas de extinción del contrato, se rigen por las de aquél con preferencia a las del último (art. 1.700, apartado 2.º)" (101).

Con bastante mayor extensión y detalle estudia la cuestión en el tomo XXV del *Mucius Scaevola* que continúa con la colaboración de Batlle y Bonet, en que le dedica las páginas 789 a 797. "Declara el artículo—dice comentando el 1.670—que a las sociedades civiles que revistan formas reguladas en el Código de comercio se aplicarán las disposiciones de éste en cuanto no se opongan a las del Código civil. Esto equivale a fijar la siguiente prelación de fuentes: 1.º, Código civil; 2.º, Código de comercio, en los que expresamente regule y no se oponga a aquél; 3.º, las fuentes supletorias de la legislación civil según el artículo 6.º del Código.

"Toda la dificultad—agrega—radica en saber cuáles son los preceptos del Código de comercio que por oponerse al Civil no pueden aplicarse. Sistematizaremos la materia distinguiendo los diversos extremos que pueden considerarse en el estudio del contrato de sociedad".

Y seguidamente hace un contraste en lo que ambos Códigos preceptúan en cuanto a los elementos reales, elementos formales, obligaciones de la sociedad, obligaciones de los socios, administración de sociedad, extinción normal de la sociedad, liquidación y partición del haber social y extinción anormal por insolvencia. Mas a pesar de la excelencia de los propósitos, quizá no se hayan conseguido resultados consistentes, malográndose el esfuerzo por un defecto de enfoque o planteamiento. Esa investigación sobre si la capacidad de los contratantes se registrá por el Código civil o por el de comercio—allanada la cuestión hoy con la unificación de la mayoría—; si precisarán como las mercantiles puras escrituras públicas e inscripción registral o subsistirá la libertad condicionada del Código civil;

(100) V. *Derecho Civil Común y Foral*, Madrid, 1940, t. II, continuado por Bonet, pág. 124.

(101) V. *Derecho Civil Español...* cit., III, 256.

si tendrán la obligación de llevar los libros de comercio; si la responsabilidad de los socios y demás obligaciones de éstos se regirán por uno u otro Código, así como la administración, la extinción por causas normales o anormales y la liquidación y partición del haber social, no parece posible hacerse sin un criterio diferenciador. Hay que excluir primero aquello que, como la llevanza de libros, parece consecuencia exclusiva del *status* de comerciante, al menos en su aspecto privilegiadamente probatorio. En segundo término, hay que distinguir entre aquellas obligaciones, circunstancias o requisitos que, aun impuestas en beneficio o por interés de terceros, pueden serlo, bien por la especial idiosincrasia jurídica del tráfico mercantil con sus notas de seguridad, buena fe, etc., o en atención a las características del tipo social adoptado, para excluir las primeras y aplicar las segundas. Y en cuanto a aquellas reglas de repercusión externa o ceñidas sólo a intereses de las partes contratantes, pero de régimen de la sociedad ya constituida, el contraste no debe hacerse con las normas del Código civil de carácter natural, supletorio o derogable—tal parece ser el caso de las referentes a duración (arts. 1.680 y 1.700), administración (1.695) y, según lo más verosímil, las de liquidación y partición (1.708, “*in fine*”)—. Me parece que su vigencia queda suplida por la sola adopción, sin salvedades, de una de las formas mercantiles que implica pactar esas sus circunstancias.

A pesar de todo su laconismo, quizá la idea más aprovechable por su logicidad sea la que nos da Manresa—“contemporáneo del Código civil, que formó parte de la sección de la Comisión General de Codificación que lo redactó”, cuyos “comentarios deben ser la interpretación casi auténtica del Código” (102), mientras la indiscreción de sus colaboradores no reclame la paternidad del comentario que interesa desnudándole del prestigio y credibilidad que a la sombra de Manresa tendría—. Pues bien: según Manresa, “constituyendo este artículo—1.670—una disposición de referencia a las prescripciones del Código de comercio, relativas a las formas que pueden revestir las compañías mercantiles, según el mismo”, se limita a remitir a sus lectores a los preceptos respectivos del título 1.º del libro II de dicho Código, y “especialmente” a los de las secciones 2.ª, 3.ª y 4.ª, del indicado título, en los que se encontrarán las reglas que rigen las sociedades en cada una de dichas formas.

Lo que no es sino atribuir al artículo 1.670 en su párrafo segundo, el significado de una norma en blanco que para tal supuesto de sociedad mixta, remite su régimen a las normas que, según la especie colectiva, comanditaria o anónima que se adopte, les corresponden según el Código de comercio, pero en cuanto tal sociedad solamente, y no en cuanto comerciantes, que no llegan a serlo. E *ipso facto*, se retraen por reabsorción las normas del Código civil que

(102) Como diría GONZÁLEZ PALOMINO, V. su *La Compensación y sus efectos* en “Estudios de Derecho Histórico moderno”, conferencias de 1947, en el Colegio Notarial de Barcelona, 144.

reglamentan la forma civil de las objetivamente civiles, dejando el hueco que se llena con las correspondientes de la sección 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> ó 4.<sup>a</sup>, título 1.<sup>o</sup>, libro II del de Comercio. Pero atiéndase la matización en el pensamiento de Manresa. Apela en principio al título 1.<sup>o</sup> genéricamente, aunque aclarando bastante al precisar “los preceptos respectivos”, como queriendo ya indicar que no a todos los del título, sino a los específicos de cada tipo social, colectivo, comanditario o anónimo; y no contento, añade, remachando el clavo de su salvedad, “y especialmente a los de las secciones 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>”. Es que la sección 1.<sup>a</sup>, por ejemplo, trata “de la constitución de las compañías y de su clase”, pero de y en cuanto compañías “mercantiles”, y las mixtas no lo son sino civiles. Y otras secciones posteriores dan reglas para Compañías de crédito, Bancos de emisión y descuento, Compañías de ferrocarriles..., Compañías de almacenes generales de depósito, etc., que son sustancialmente mercantiles.

Podríamos, pues, decir, resumiendo, que el reenvío y sustitución normativa se refiere a los preceptos que constituyen *Estatuto Social*. Así como el límite civil se reserva para las normas *institucionales* de la vida civil y de fuerza *imperativa* o *inderogable*.

C) *Justificación del criterio compatibilizador*.—Como vimos en otro lugar (103), en materia contractual y de obligaciones, cabe las cuales se trata de la Sociedad en nuestros códigos, predomina la tesis de que la mayoría de las normas del Código civil tienen un carácter dispositivo o supletorio. En aras del principio de autonomía de la voluntad, consagrado por el artículo 1.255, y dentro de los límites que el mismo diseña—ley, moral, orden público—pueden las partes establecer sus pactos y contratos en la forma que mejor les acomode. Este criterio de generosa flexibilidad no desaparece en materia de sociedades; antes al contrario, en el artículo 1.670 tiene amplio fortalecimiento. Y un ligero examen de aquellos preceptos en que la incompatibilidad con las esenciales características de las formas mercantiles se expresa por algunos tratadistas como más escandalosa, apoyará, en cada caso concreto, la veracidad de aquel principio abstracto.

El buscar la compatibilización de ambos Códigos obligaría, según Garrigues, a admitir “figuras sociales monstruosas”, como “sociedades colectivas sin responsabilidad solidaria para los socios (el artículo 127 del C. de c. se opone a las reglas del art. 1.698 del C. c.)” (104). Pero bien mirado, no hay posibilidad de sostener seriamente tal incompatibilidad. El adoptar la forma de la sociedad mercantil colectiva al amparo del artículo 1.670 no implica deber de no oponerse al 1.698, sino facultad de sustituirlo, pues dicho precepto no tiene carácter inderogable o imperativo. Si los contratantes, en sus

(103) V. *Renta vitalicia resoluble*, en “Rev. de Der. Priv.”, 1949, diciembre, págs. 1050-1059.

(104) V. pág. 387 de su *Tratado...*, cit., en cuyo argumento se detiene, sin tratar de superarlo, también GIRÓN TENA, según ya hemos anotado.

pactos, podrían, sin necesidad de adoptar en bloque la forma colectiva, ni abandonar la propia civil, estipular la responsabilidad solidaria entre ellos, ¿por qué no han de poder hacerlo implícitamente por reenvío al adoptar en bloque aquella forma mercantil y las normas legales del Código de comercio que la rigen?

Y que pueden hacer lo primero es evidente, según la exegética civilísticamente más ortodoxa. El párrafo primero del artículo 1.698 es un trasunto fiel del 1.137, fundamental en materia de obligaciones, según el cual para aquellas provenientes de la voluntad sólo se da la solidaridad cuando expresamente se estipule. Lo que en principio ha de tener más eficacia si cabe en la sociedad, en que conforme al artículo 1.681 el socio sólo es deudor a la sociedad de lo que prometió aportar y de su evicción, y no puede imponérsele *sin su consentimiento* una obligación distinta, como sería la de responder solidariamente por los otros socios (105). En esa salvedad del consentimiento de los socios queda patente que el pacto en contrario de los mismos puede instaurar la solidaridad, lo mismo que ocurre en el artículo 1.137, aunque el 1.698 nada diga de ello. Es conforme a aquel principio fundamental en materia de obligaciones y sólo beneficios produce para los terceros, cuyo interés y protección podría solamente despertar algún recelo. Tal es la opinión concorde de los comentaristas, tanto españoles como franceses e italianos (106).

Algo parecido sucede con los preceptos sobre administración de la sociedad. Cada una de las formas mercantiles tiene su régimen administrativo peculiar; y el de los tres tipos es muy distinto y casi contradictorio del civil (107). Pero en esta materia también el obs-

(105) V. MANRESA, ob. y lug. cit., 390; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado*. t. XXV, continuado por BAILLE VÁZQUEZ, pág. 144.

(106) Claramente dice MANRESA que al socio "no puede imponérsele una obligación... de responder solidariamente por los otros socios de las deudas sociales, a no existir pacto especial en que a ello se comprometiera" (ob. cit., 392). Y más explícitamente aún, MUCIUS SCAEVOLA (o su continuador) al escribir: "Ahora bien, nada obsta, porque ello entra en la libertad de contratación, para que los socios pacten la solidaridad, con objeto de robustecer el crédito social, y en tal caso no regirá el artículo que comentamos" (ob. cit., 144). Y a mayor abundamiento agrega: "También constituirá excepción el caso en que, acciéndose a la permisión del artículo 1.670, se hubiere pactado una forma mercantil". La misma opinión se sostiene en derecho francés, tanto respecto a la sociedad civil que conserva su forma propia, en que se puede pactar la responsabilidad solidaria de los socios, como que la adopción por aquellas de la forma mercantil de las colectivas entraña la responsabilidad solidaria e indefinida de los socios. V. ESCARRA, ob. cit., II, 533. También PLANIOL y RIPERT admiten el pacto en contra de la "no solidaridad legal". V. ob. y lug. cit., página 302. En Italia, bajo el régimen de la dualidad de códigos, se admitía igualmente que la sociedad civil con forma de la colectiva mercantil podría establecer que los socios deban responder por las obligaciones de la sociedad, con su responsabilidad ilimitada y solidaria. V. DE GREGORIO, ob. cit., 764.

(107) Con efectismo, dice GARRIGUES que "no es posible compaginar las disposiciones del C. c. con las destinadas en el C. de c. a regular la compañía comanditaria y la anónima, porque justamente aquello que es consubstancial a estas formas mercantiles (v. gr.: clase de responsabilidad de los socios por las

táculo es más aparente que real. El régimen administrativo de las sociedades civiles viene reglamentado por los arts. 1.692 a 1.695. Y en todos ellos late la idea del carácter supletorio y complementador de la voluntad declarada por las partes, explícitamente expresada en la mayoría, y cuando no, implícitamente bien patente. Así, el 1.693 regula el supuesto en que “dos o más socios han sido encargados de la administración social *sin determinarse sus funciones, o sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin consentimiento de los otros*”; el 1.694 se limita a explicar el sentido de la estipulación “que los socios administradores no hayan de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros”, y el 1.695 sienta las reglas a observar “cuando no se haya estipulado el modo de administrar”. Algo más riguroso e inflexible parece el texto del 1.692 al sentar la omnimoda facultad administrativa del socio a tal efecto nombrado en el contrato social, así como la irrevocabilidad de su poder. Pero ni aquí cabe sospechar, remotamente siquiera, en su carácter imperativo; parte del supuesto, no necesario, de que el nombramiento se haya hecho en el contrato social. Y no cabe duda ninguna de que pudo no haberse hecho o hacerse con las facultades y condicionamientos, incluso de revocabilidad, que los contratantes tuvieron a bien (108). Por lo que es correcto concluir que la mera adopción de cualquiera de las formas mercantiles implica la sumisión al régimen administrativo para aquéllas previsto en el Código de comercio, sin roce alguno con el civil (109).

Proseguiremos la justificación de la compatibilidad no deformante, con el examen de la responsabilidad de los socios y su posible limitabilidad, al que por su interés y amplitud dedicamos capítulo aparte.

6. *Otros supuestos de sociedades mixtas.*—Ciertos autores se ocupan de alguna modalidad de sociedad mixta inversa a esta que aquí nos ocupa: Sociedad mercantil por su objeto que adopta la forma de sociedad civil. Pero, aparte de que tal supuesto no parece factible en nuestro derecho, ni legal ni prácticamente, puesto que dichas socie-

---

deudas sociales, administración de la sociedad) pugna con las correspondientes normas civiles” (ob. y lug. cit., página 387).

(108) Como dice BATTLE en su continuación del Mucius Scaevola, “la ley aquí no hace sino sentar criterios supletorios de voluntad, porque nada se opone a que los contratantes de la sociedad hayan regulado supuestos de revocación o caducidad de poder” (Ob. cit., pág. 121). Y poco antes decía cosa análoga de las facultades de ese administrador previsto por el artículo 1.692, cuyas “facultades pueden fijarse en el contrato, y que dentro de su ámbito puede desenvolverse el socio administrador”.

(109) Hallamos un apoyo de esta nuestra postura en LANGLE, ob. cit., página 361, cuando escribe: “...por ser esenciales, tendrán que afirmar su indiscutible imperio sobre la sociedad civil de forma comercial las normas mercantiles que sirven para dibujar tipos de sociedad, porque “revestir las formas reconocidas por el C. de c.” no puede entenderse que sea sólo de calificar a una sociedad civil de colectiva, comanditaria o anónima, sino también adoptar las características que definen a cada una de estas formas.

dades son, sustancialmente, mercantiles y como tales deben adoptar la forma congruente que la Ley reglamenta, de darse, sería siempre eso, una sociedad mercantil en el fondo y sometida predominantemente al Código de comercio. Y ya, en tal sentido, el estudio de su posibilidad es algo que cae fuera de la parcela que aquí hemos acotado; aludimos a ello sólo por espíritu informativo (110).

### III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Es uno de los aspectos en que la incompatibilidad entre determinadas formas mercantiles—comanditaria, anónima, etc.—y el C. c. se supone más insuperable (111). Dado el interés que encierra y su indudable mayor dificultad en desvanecerla, no vacilamos en traerlo a párrafo aparte.

Dos cuestiones, a mi juicio, hay que distinguir aquí en este orden de cosas: 1) Alcance de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales conforme al Código civil. 2) Posibilidad de establecer por pacto la limitación de responsabilidad y, por ende, de conseguirla con una de las formas mercantiles.

1. *Alcance de la responsabilidad normal.*—La posición más radical en este aspecto es la que sostiene que la responsabilidad de los socios de una sociedad civil se *limita al importe de la aportación realizada* al fondo social (112). Aun admitiendo que “podría parecer que cuando las pérdidas exceden de las ganancias, éstas son de cuenta de los socios, salvo pacto en contrario que significase una limitación de responsabilidad” para Pérez y Alguer, “lo más exacto es que por pérdida sólo ha de entenderse la disminución o desaparición total de lo aportado y, en su caso, ganado y no las deudas

(110) Puede verse una referencia en CASTÁN, *Alrededor de la distinción...*, págs. 32-33, y también LANGLE, ob. y lug. cit., págs. 362.

(111) V. GARRIGUES, ob. y lug. cit., pág. 387, según el cual habría que admitir “sociedades anónimas con responsabilidad ilimitada para los accionistas”, y GIRÓN TENA, trab. y lug. cit., pág. 49, quien concluye que “sería una tontería conceder la opción de constituir una comanditaria, por ejemplo, para luego decirle a los socios que lo que llaman comanditaria lo hemos ido podando y es otra vez sociedad civil”.

(112) Cabría pensar que aparece ya, tímidamente esbozada y sin ulteriores desarrollos ni razonamientos, en los *Comentarios...*, de MANRESA, en cuya página 390 se lee “que el socio es sólo deudor a la sociedad de aquello que prometió aportar y de la evicción respecto de las cosas ciertas y determinadas que hubiere aportado a ella, y no puede imponérsele una obligación distinta como sería la de responder solidariamente por los otros socios de las deudas sociales, a no existir pacto especial en que a ello se comprometiera”; GARRIGUES lo cita como sostenedor de tal tesis (ob. y lug. cit., pág. 388, núm. 5, b), mas en mi modesta opinión la intención de Manresa no llega a tanto como a defender la limitación de la responsabilidad, sino sólo a negar la solidaridad, como leyendo todo el comentario a los artículos 1.697, 1.698 y 1.699 se deduce. La tesis limitativa *per se* fué propuesta como ideal por AGUADO en su *Legislación Notarial*, pág. 136; y establecida con todos los pronunciamientos razonadores por PÉREZ Y ALGUER en sus Anotaciones del Enneccerus.

excedentes del activo. Si se tiene presente que ninguno de los socios puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello (cf. art. 1.698, ap. 1, *in fine*), de las deudas de la sociedad (persona jurídica) sólo responde ésta con todos sus bienes presentes y futuros (cf. art. 1.911). Esta nos parece—concluyen—la solución en defecto de normas en el C. c. correlativas a las de los arts. 127 y 148 C. com. (cf. también art. 108 Regl. Registro mercantil de 20 de septiembre de 1919). No es quizá la solución más justa, pero es la resultante de los textos positivos, y muy especialmente del carácter de persona jurídica distinta de los socios” (113).

En principio, seduce este razonamiento por el rigor lógico con que está presentado; pero examinado más a fondo, quizá resulte ser mayor su brillantez que su solidez.

En efecto; un elemento o término del silogismo nos parece de la mayor corrección. Conforme a la doctrina predominantemente aceptada, la concesión de personalidad jurídica a las sociedades obedeció a las necesidades prácticas. Era preciso que tuviesen un domicilio único e independiente del diverso de los socios; que en la vida jurídica las representase uno o varios socios; que su patrimonio estuviese vinculado a las deudas sociales respondiendo a sus acreedores, con exclusión o preferencia a los particulares de cada socio (114). Y bien cabe decir que allí donde la Ley reviste a una colectividad de esas peculiaridades tendremos una persona jurídica o moral.

Pues bien; es indiscutible que la sociedad del Código civil español está dotada de personalidad. Se desprende del artículo 35, núm. 2.º; lo dice *a contrario sensu*, pero bien paladinamente, el artículo 1.669; y resulta prácticamente de la reglamentación general, donde se enfrenta a los terceros el ente social con independencia de los socios (cf. artículos 1.697 y 1.698, 2.º), regula su patrimonio con propios derechos y deberes exclusivos, tanto respecto de los acreedores sociales (artículo 1.699) como con respecto a los socios (artículos 1.681, 1.682, 1.688, 1.698, p. 2.º) y se configura su representación (arts. 1.692 a 1.695, y especialmente 1.697). Si en la sociedad civil no se reconociera la personalidad jurídica quedaría reducida a simple comunidad; pero entonces los acreedores individuales concurrirían con los comunes sobre el patrimonio común en contra del artículo 1.699; cualquier socio en cualquier momento podría exigir la división de la comunidad, sin sujeción a los artículos 1.705 y 1.707. Es decir, que estos artícu-

---

(113) Ob. y lug. cit., pág. 413. En este razonamiento no están desamparados. Para MESSINEO, por ejemplo, el hecho de que la sociedad sea o no persona jurídica se refleja en la consecuencia de que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales sea limitada a su aportación o ilimitada a todo su patrimonio personal (V. su *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 1950, I, pág. 340). Puede consultarse también el amplio estudio “Efectos de la personalidad jurídica de las Sociedades” en *Tratado de las Sociedades Mercantiles*, de RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, págs. 142-149 del t. I.

(114) V. ESCARRA, ob. y lug. cit., págs. 298-299.

los no tendrían razón de ser ni se daría la subordinación al fin común social que en toda la sección impera (115).

Pero ya no resulta tan evidente le inexorabilidad del otro término silogístico. La existencia de la personalidad jurídica y subsiguiente autonomía patrimonial de la sociedad *no implica necesaria ni ineludiblemente* que su responsabilidad por las deudas sociales quede consreñida al patrimonio social. Como dice De Gregorio, la responsabilidad subsidiaria que en ciertos casos pesa sobre los socios individuales no impide aquella autonomía como no la impide entre dos personas, el que una de ellas afiance la obligación de la otra (116). Personalidad jurídica tienen las sociedades colectivas mercantiles, y ello no impide que todos los socios estén obligados personal y solidariamente con todos sus bienes a las resultas de las operaciones hechas a nombre y por cuenta de la compañía (art. 127 C. de c.), y fué preciso que el legislador expresamente lo dijera para que en los socios comanditarios y los de la anónima (arts. 148, p. 3.º y 153) se entendiera limitada su responsabilidad al tanto de su aportación (117).

Por consiguiente, el problema consiste en averiguar si en el Código civil español hay ambiente para sostener, como normal al menos, la responsabilidad de los socios junto o después de la que corresponde

---

(115) No hay que desconocer, con todo, las críticas que, remontando el actual derecho positivo, con espíritu revisionista y miras *de lege ferenda*, se han hecho a esa concesión de personalidad jurídica, que en principio fué privilegio de las Sociedades anónimas, pero cuya consecuencia lógica es la postura del legislador español "admitiendo, en general, la personalidad jurídica de las compañías mercantiles (art. 116, C. de c.) y de las Sociedades civiles (arts. 35, 1.669 C. c.)". Según nos enseña Federico de CASTRO, "en ningún caso... autor alguno ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de Sociedad fuese posible crear una persona jurídica, por ser indudable para la técnica jurídica, que: a), el contrato de Sociedad crea una relación obligatoria y como tal dependiente de la voluntad de los socios; b), que mediante este contrato las aportaciones de los socios pueden tomar cierto carácter unitario (patrimonio colectivo o comunidad en mano común) que los separa del patrimonio personal de cada socio, pero que no se independiza nunca totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios", y es que "la idea de la persona jurídica tiene una raíz más profunda que la de explicar ciertos fenómenos técnicos (unidad patrimonial, subjetividad de derechos); es la existencia de realidades sociales, organizaciones que tienen propia vida e interna unidad, que se distinguen de los hombres que las constituyen o las rigen; su nota característica y diferencial está en que existen en torno a un fin distinto y superior al que asociados y administradores deben servir... En cambio, en la sociedad o asociación para ganar dinero, sea cualquiera la forma que adopte, falta el fin supraindividual, existe sólo una suma de aspiraciones egoístas cuya compaginación realiza el Derecho con la figura jurídica de la comunidad de bienes en forma de copropiedad y de mano común". Ver su luminoso y aleccionador estudio "La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica" en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1949, fasc. IV, páginas 1397-1415.

(116) V. ob. cit., pág. 7.

(117) V. también GARRIGUES puntualizando términos de Sentencia de 8 de noviembre de 1905 en ob. cit. t. I, núm. 2.º pág. 726.

a la sociedad por sus deudas. Y aquí puede estar el fallo de Pérez y Alguer: en haber omitido tal indagación.

Tras sentar la tesis antes recordada, añaden que "no puede invocarse que la ilimitación de responsabilidad es regla tradicional del contrato de sociedad porque tal regla era consecuencia de la falta de personalidad de la sociedad que determinaba la responsabilidad única y directa de los socios. Pero al ser la sociedad sujeto de derecho distinto de los socios, la obligación subsidiaria de éstos sería responsabilidad por deuda ajena, sería fianza (cf. art. 1.822, ap. 1) y la fianza no se presume (art. 1.827, ap. 1)" (118).

La fianza no se presume...; pero aquí tenemos un artículo, el 1.698, que después de haber establecido en el 1.697 las circunstancias en que la sociedad queda obligada con terceros, ordena la *forma* en que "los socios quedan obligados respecto de las deudas de la sociedad". Podrá ser o no superflua y, hasta si se quiere, indebida la conservación de este artículo 1.698 en nuestro Código civil después del más progresivo—y congruente con la personalidad de la sociedad—contenido del 1.697 (119). Pero el hecho evidente e inexcusable es que ahí está, hirsuto y desafiante, consagrando como "normal" una responsabilidad de los socios subsidiaria—la "no solidiaria", así como la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes de la sociedad (art. 1.699), así implica a mi juicio—a la de la sociedad. No es que se presume la fianza, no: es que el Código la da por fenómeno natural para este supuesto (120).

Por ello nos parece intachable la conclusión y razonamiento de Garrigues cuando escribe que si bien "en sentido estricto, la pérdida sólo puede referirse a algo que se tiene y que desaparece por causa de una explotación adversa"—que es el razonamiento de Pérez y Alguer para limitar a ello la responsabilidad social—, "el pasivo social está constituido en todo caso por *deudas sociales*, aunque rebasen el

(118) Ob. y lug. cits., pág. cit.

(119) El artículo 1.697, que enfrenta la sociedad a los terceros, no figuraba en el francés—allí el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil fué obra de la jurisprudencia para satisfacer necesidades de evidente interés práctico (V. ESCARRA, ob. y lug. cits., 311)—ni en el Proyecto español de 1851. Parece fué un "perfeccionamiento" del actual, en congruencia con el reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades. Por lo que se estima que admitido ese principio y redacción, debió haberse eliminado el texto del 1.698, en que incomprensiblemente se involucran los socios y la sociedad en cuanto a terceros. V. BATLLE, *Código Civil comentado* de Mucius Scaevola cit., página 145.

(120) "En nuestro Derecho—escribe BATLLE al iniciar el comentario de estos dos artículos—la personalidad jurídica es una característica de la sociedad y a su entidad distinta e independiente corresponde un ámbito distinto de responsabilidad. La sociedad no es una simple suma de socios, sino una persona con derechos y obligaciones propios frente a los mismos socios y frente a terceros. De aquí surgen varias consecuencias: Es, una de ellas, que la responsabilidad de los socios es subsidiaria de la Sociedad y únicamente puede alcanzarse cuando es necesario proceder al reparto de pérdidas sociales" (Ob. y lug. cits., pág. 140).

importe del activo y la cuantía de las aportaciones. Adviértase en este sentido que el artículo 1.698 del C. c. regula la responsabilidad de los socios *por las deudas de la sociedad*, sin establecer ningún límite a dicha responsabilidad. Como consecuencia de este razonamiento entendemos nosotros—dice Garrigues—que la responsabilidad de los socios de una sociedad civil por las deudas sociales tiene carácter ilimitado...” (121).

2. *Posible limitación de responsabilidad por pacto.*—¿Lo impedirán los artículos 1.698 y 1.911 del Código civil?—Su examen.—Ahora bien; esta responsabilidad ilimitada de los socios, ¿será un mero efecto natural derogable o implicará principio imperativo inamovible?

Se planteó un problema parecido en Francia con motivo de las sociedades civiles que adoptasen una forma mercantil con limitación de responsabilidad al cuanto de las aportaciones, y resolvió su jurisprudencia que, sin embargo, los socios serían tenidos por obligados conjuntamente, sobre sus bienes personales y por partes iguales, conforme al artículo 1.863 (122). Y con motivo de referirnos esto, se pregunta Garrigues qué hubieran dicho aún los autores franceses que, como Lyon-Caen y Renault, abogaban por la limitabilidad, ante el texto del artículo 1.670 de nuestro C. c., que sólo permite la aplicación de las disposiciones del C. de c. en cuanto no se opongan a las del Código civil, siendo una de éstas la del artículo 1.911, que consagra el principio de la ilimitación de responsabilidad. Y poco antes deja escrito que “la adopción de la forma mercantil anónima por una sociedad de objeto civil, que entraña forzosamente la limitación de la responsabilidad de los socios (v. art. 153 del C. de c.), iría contra la norma civil que se contiene en el artículo 1.698 del C. c.”. Es decir; que para este maestro mercantilista parece que los artículos 1.698 y 1.911 del Código civil constituyen obstáculos insuperables que impiden pueda establecerse la limitación de responsabilidad de los socios civiles, aun adoptando la forma mercantil. Tratemos de ver lo que de ello haya, examinando cada artículo de los citados.

A) *Artículo 1.698 del Código civil.*—Su derogabilidad.—Ya hemos visto que su conservación en el Código civil se juzga, en cierto modo, de inoportuna y contradictoria con el 1.697, en cuanto habla de obligar a los socios respecto a las deudas sociales, cuando el precedente trata, más correctamente, de la vinculación hacia terceros de la misma sociedad. Pero, inconscientemente quizá, consagra la responsabilidad subsidiaria de los propios socios por las deudas sociales.

Ahora bien; ¿habrá que tomar tal precepto como imperativo e inmutable? Como ya hemos visto también, se admite sin discusión, tan-

(121) Ob. cit., t. I, núm. 1.º, pág. 369 n.

(122) V. ESCARRA, ob. cit., t. II, pág. 533. Dicho art. 1.863 francés establece que “los asociados quedan obligados, respecto al acreedor con el que han contratado, cada uno por una suma y parte iguales, aunque la parte de uno de ellos en la sociedad fuese menor, si el act. no ha restringido, especialmente, la obligación de éste sobre el pie de esta última parte”.

to por la doctrina española como francesa e italiana (123), que se puede pactar la responsabilidad solidaria e indefinida de los socios, lo mismo que en la colectividad mercantil, en beneficio de los terceros con quienes trata la sociedad. ¿Por qué obstáculos inamovibles no podrá autorizarse el pacto que limite la responsabilidad de los socios al *quantum* de su aportación, bien expresamente estipulado en la reglamentación contractual de la sociedad civil propiamente dicha, bien implícitamente por adopción en bloque de una de las formas mercantiles, que lleven consigo aquella limitación?

El artículo 1.691 del Código civil impide la exención total de responsabilidad de uno o más socios, salvo el industrial, en las pérdidas. Pero, como entiende Batlle, ello implica evidentemente que se permite la mera limitación de esa responsabilidad (124).

Y el argumento del respeto debido al interés de los terceros nos parece ser de vigor más aparente que real. Cabría decir que con la solidaridad de responsabilidad pactada resultan beneficiados los acreedores de la sociedad, cuya garantía se puede robustecer, pero no debilitar, ya que lo último lesionaría el orden público. Pero ello es cierto a medias solamente. Los acreedores de la sociedad no son más respetables que los acreedores individuales o particulares de cada socio. Pues bien; la no solidaridad beneficia a los acreedores particulares, cuya garantía es así mayor, pues saben que los acreedores sociales, que les son preferidos frente al patrimonio social, no pueden, rebasado aquél, hacerles la concurrencia frente al patrimonio individual de cada socio, sino por su parte proporcional. Y, sin embargo, no se duda en reconocer eficacia al pacto de solidaridad que permite, contra lo que dichos acreedores esperaban según el orden legal natural, a los acreedores sociales repetir sobre el patrimonio particular de cualquier socio por la totalidad de su crédito, con mengua y perjuicio evidente de su campo responsable.

Si ello es factible, ¿en virtud de qué interés, a falta de otro precepto que lo establezca así, puede impedirse esa limitación de responsabilidad, que, al sustraer el resto del patrimonio de los socios a las resultas de la gestión social, aumenta y robustece la garantía de sus acreedores particulares? Cabe decir aquí que, lo mismo que la hipoteca limitada del artículo 140 de la Ley hipotecaria, aumenta y enriquece el crédito individual, por lo que sólo plácemes y facilidades merece (125). Máxime teniendo en cuenta la posibilidad de salvar, como luego veremos, la integridad del orden público que podría verse perturbado con la posible sorpresa a los terceros que traten con la sociedad.

(123) V. MANRESA, cit., pág. 390; BATLLE, íd., pág. 144; ESCARRA, íd., II, página 533; DE GREGORIO, íd., pág. 76.

(124) V. p. 144 de la obra y lugar citos.

(125) V. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV, pág. 104 y ss.; MARÍN PÉREZ, "La hipoteca de responsabilidad limitada", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945. II, pág. 422 y ss.; SANZ, *Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria*, pág. 389 y ss.

B) *Apoyo de las cláusulas limitativas de responsabilidad.*—Por otra parte, si de la argumentación localista en torno al artículo 1.698 nos remontamos a la abstracción de los principios para buscar allí la idea orientadora que nos preste la solución concreta, resulta que nos hallamos plenamente ubicados, en este caso, en el ámbito de las cláusulas modificativas de responsabilidad. Y en tal aspecto, las conclusiones jurídicas son lo bastante claras y aceptadas para que nos permitan apoyar una posición favorable a nuestra tesis.

La doctrina de las “cláusulas de no responsabilidad” parece haber sido elaborada por la doctrina y la jurisprudencia francesas. Tras una evolución bastante rápida—pues su mayor actualidad arranca de mediados del siglo XIX—se han impuesto sus directrices a la ciencia jurídica con generalidad, llegando a cristalizar en el Código civil italiano de 1942. Prescindiendo ahora de las que persiguen la total exoneración (126), resulta que las referentes a la limitación cuantitativa de responsabilidad son aceptadas con rara unanimidad, reduciéndose las menudas disensiones al alcance o repercusión que tendrá la intervención de la culpa (127).

(126) Que son las que ofrecen más complicada problemática, con diferentes soluciones, según se trate de la delictual o aquiliana, o de la meramente contractual, con diferentes matizaciones conforme sea causada por dolo o culpa grave o sólo por la culpa leve o negligencia, etc. V. to'lo ello con bastante detalle y precisión en PLANIOL Y RIPERT, ob. cit., t. VI, págs. 565-580; JOSSE-RAND, idem id., II, págs. 282-287 y 395-398; BONNECASE, *Elementos de Derecho Civil*, trad. esp., II, págs. 421-423; VICENTE Y GELLA, *Convenciones de no responsabilidad*, en “Rev. Crítica de Der. Inmob.”, año 1928; y referencias en tratados y obras generales como ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Contestaciones mecanografiadas a progr. de Opos. entre Not.*, de 1946, tema XXVII, páginas 10 y ss.; CASTÁN Y BATLLE, “Apéndice” a la 3.ª edic. de *Derecho Civil* para Registros, 1945, II, págs. 87-92.

(127) Así, en Francia, para PLANIOL Y RIPERT, “las cláusulas por medio de las cuales se limita la responsabilidad a cierta suma son plenamente válidas y producen sus efectos aun cuando se probare la culpa. Es esta una aplicación de la cláusula penal. Son válidas aún en materia de transporte terrestre, ya que la Ley Rabier solamente se refiere a las cláusulas que suprimen toda responsabilidad. Es requisito que la indemnización pactada tenga cierta importancia en relación con el valor del negocio, reservándose a los tribunales el derecho de anular la cláusula cuando la suma aquella sea irrisoria; además, la cláusula es ineficaz si el acreedor prueba que el incumplimiento se debe a dolo o a culpa grave del deudor” (Ob. y lug. cit., 575). Según JOSSE-RAND, “la jurisprudencia admite constantemente que la responsabilidad contractual pueda ser eliminada, parcial o totalmente, por una cláusula de no responsabilidad; surgida de la convención, es susceptible de ser eliminada por la misma convención: a diferencia de la responsabilidad delictual, ésta no es de orden público”. Y tras advertir la unanimidad en exceptuar el dolo “contra el cual toda reserva contractual es impotente”, plantea el problema de si la culpa grave será tratada con el mismo rigor, mostrándose contrario al mantenimiento incondicional del principio *culpa lata dolo aequiparatur* y sus consecuencias (Ob. y lug. citados., págs. 395-396). En Italia, el C. c. de 1942 ha dado estado legal a las cláusulas de irresponsabilidad al legislar sobre sus límites. Según su artículo 1.229, “es nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave. Es nulo del mismo modo cualquier pacto de exención o limitación de responsabilidad para los

En la doctrina española, las cláusulas limitativas de responsabilidad cuentan también, en principio, con la aceptación de los autores que de ellas se han ocupado, si bien, de ordinario, apenas han superado los términos genéricos e informativos. Según Valverde, "dado el principio dominante en nuestra legislación, el de la autonomía de la voluntad, y aceptada la responsabilidad subjetiva en términos generales, nada hay que oponer a la licitud de aquellas cláusulas. Pero esta regla tiene excepciones, pues aplicarla a todos los casos resultaría una inmoralidad evidente en algunos casos y sería acaso una contradicción con el interés público". Y añade algunas limitaciones que fijan el campo conforme al derecho comparado (128).

Para Castán y Batlle, las cláusulas de limitación de la responsabilidad "son aquellas en virtud de las cuales se fija una cantidad máxima, de la que la responsabilidad no puede pasar". "No parece —agregan— que en principio estas cláusulas sean ilícitas, a menos que su evaluación se haga conscientemente por bajo del importe del daño eventual, en cuyo caso puede encubrir un fraude y deben declararse nulas" (129).

Roca Sastre y Puig Brutau tratan la materia bastante extensa y detalladamente, con tendencia a la admisibilidad de estas cláusulas dentro de los cauces normalmente señalados. Parten de una distinción según el aspecto subjetivo u objetivo a que afectan. En cuanto a lo primero—cuando se responde—, aunque reconocen que "existe ya, preordenado por la ley, el criterio o manera de saber si el deudor es responsable", admiten que "a la vez, la voluntad contractual puede, en cierta y discutida medida, alterar las reglas que la ley formula al respecto y desviar, tal vez, la declaración de responsabilidad de las consecuencias que estrictamente se producirían *ex lege*". Y en tal sentido, señalan los topes normales, hacen algunas conclusiones de posible exención, sientan el principio general de factible limitación,

---

casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de obligaciones derivadas de normas de orden público". Luego fuera de esos límites, mejor dicho dentro de ellos, serán válidos. (V. las interesantes explicaciones de MESSINEO en su *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., I, número 2.º, págs. 251-253.) En Derecho alemán parece ser admitidos los pactos de exoneración de responsabilidad excepto las derivadas del dolo propio que a diferencia del dolo de los representantes sería contrario a las buenas costumbres (V. ENNECERUS-LEHMAN, ob. cit., II, núm. 1.º, págs. 223 y 229). En Suiza "las partes pueden rebajar mediante contrato la responsabilidad del deudor, pero no eximirlo totalmente de ella, mientras que la responsabilidad por el personal auxiliar puede restringirse o eliminarse en absoluto" (V. VON TUHR, *Tratado de obligaciones*, Madrid, 1934, t. II, págs. 99-100 y 107).

(128) Tomo "Apéndice" a la 3.ª edic. de su *Tratado...* cit.: Valladolid, 1932, pág. 6 del t. III.

(129) Ob. y lug. cit. El mismo CASTÁN, en la 7.ª edic. de su *Derecho Civil Español común y foral*, t. III, en curso de publicación, trata de esta materia con mayor amplitud y detalle, mostrándose favorable a la admisión, dentro de los normales moderados límites, de las cláusulas *modificativas de responsabilidad* respecto a los casos, cuantía y concreción (V. págs. 160-163).

todo lo cual hacen extensivo a la delimitación cuantitativa y cualitativa o concrecionadora del objeto con que se responde (130).

Pero las conclusiones más fundadas y radicales en la doctrina española, se deben al magnífico estudio monográfico de Vicente y Gella, quien las apoya en los antecedentes históricos del derecho romano y en dispersos artículos del Código civil. Y es que para este autor, "los preceptos jurídicos que rigen la responsabilidad entre contratantes tienen una misión secundaria: interpretan y suplen el querer de los individuos. Ellos derivan su energía vinculante de un acuerdo tácito que se presume haber mediado entre las partes, aceptando las prescripciones del derecho común. Son, por tanto, normas permisivas cuya aplicación decae ante una declaración contraria, porque la voluntad expresa debe prevalecer sobre la voluntad tácita" (131).

"En efecto—escribe más adelante—, con arreglo al Código civil, la responsabilidad contractual depende en su grado y extensión de la voluntad de las partes; diversos artículos pueden citarse en apoyo de esta opinión: en primer lugar, el artículo 1.091, admitiendo el principio de la autonomía de la voluntad, permite a las partes determinar como ellas quieran los efectos de sus convenciones; en segundo término, el artículo 1.104 prevé una responsabilidad más o menos extensa, según las diferentes obligaciones, y finalmente, el artículo 1.105 reconoce que, en virtud de la convención, puede asumirse la responsabilidad por caso fortuito".

(130) *Contestaciones...* cit., tema XXVII, págs. 10-20.

(131) *Convenciones de no responsabilidad*, "Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario", 1928, pág. 567. Y apoya o refuerza esta afirmación con textos del Derecho romano fundamentando la libertad de las convenciones: el tan elocuente de Ulpiano en la Ley "Contractus" que, tras determinar la extensión normal de la responsabilidad en los diversos contratos, añade: "Sed haec ita nisi si qui nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus: non hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit" (D. 23, D. 50, 17); los ejemplos de las fuentes que permiten la agravación de responsabilidad, junto a los que permiten atenuarla y aun suprimirla—principalmente en materia de compraventa—: la misma formación de la garantía del saneamiento por evicción que empezó como pacto agregado a la venta de las cosas "nec mancipi" en forma de "stipulatio duplae". Completa esta investigación desde otro punto de vista: el de la eficacia de los pactos como modelando la "natura contractus" o elementos naturales—de índole intermedia entre "esenciales" y "accidentales"—del contrato estudiado a través de los escolios de las *Basilicas*, pareciéndole que los textos de los Códigos modernos son una traducción de los romanos reguladores de la correspondiente responsabilidad, así como en ellos ha sido recibida la construcción de la "natura contractus". Lo que sucede a su parecer es que la doctrina había olvidado todo ello; mejor dicho, no supo relacionar ello con la actualización de las "cláusulas de no responsabilidad" que se presentaron a mediados del siglo XIX como una novedad, novedad que sólo lo era por la naturaleza de los contratos a que se incorporaban: los de adhesión, despertándose en los juristas el recelo de que así predominaría abusivamente una de las partes y amenazaría la seguridad comercial por su aplicación a los transportes: lo que llevó a la proscripción inicial sin reparar que contradecía no sólo el Derecho romano, sino también los preceptos de los Códigos civiles (V. págs. 567 a 576 y 648 a 650).

“Además de la modificación que resulta de la declaración expresa de la voluntad de las partes, puede la responsabilidad venir acentuada, sea mediante modificaciones en el contrato, que, como dice Chironi (v. Chironi: “Colpa Contrattuale”; Torino, 1894, pág. 95), implican por disposición legal tal aumento—estimación, ej.: artículo 1.745 Código civil—, sea mediante un hecho al cual el obligado ha dado causa—mora—artículo 1.100 C. c.”.

“Por último, puede invocarse la validez de la cláusula penal, que permite a los interesados tasar previamente la cuantía de la indemnización—artículos 1.152-1.155 C. c.—, en virtud de cuyo argumento la cláusula de exoneración adopta la figura jurídica de una cláusula penal mínima”.

“Concluimos, pues, que la cláusula de no-responsabilidad es en sí misma un convenio jurídico perfectamente válido, y, por tanto, deberá reconocerse su licitud si en el caso singular en que se aplique concurren los requisitos que exige toda convención: capacidad, consentimiento, objeto y causa” (132).

Más adelante declara el mismo autor “que las cláusulas de no-responsabilidad sufren otras restricciones derivadas del orden público”.

“En primer término, es preciso que ellas constituyan una convención verdadera, un acuerdo de voluntad libremente consentido; en esto se funda la nulidad de las cláusulas insertadas en un contrato, en el que una de las partes ha abusado de la inexperiencia o de la debilidad de la otra”.

“En segundo lugar, el acuerdo debe constar expresamente: no siendo, por tanto, suficiente una declaración unilateral del deudor declinando su propia responsabilidad; si bien estimamos ser innecesaria una cláusula manuscrita, pudiendo bastar una cláusula impresa” (133).

Y aquí es donde puede plantearse alguna dificultad para nuestro caso: en que la limitación de responsabilidad de los socios de la civil a un *máximum* determinado (coincida o no con el cuánto de su participación social), si bien no ofrece dificultad respecto a los demás socios, puede estimarse que no es más que una delimitación previa unilateral, de las reputadas insuficientes, respecto a los terceros que contraten con la sociedad.

Sin embargo juzgamos procedente la solución favorable o posibilitadora. Es un supuesto parecido—muy similar, sino igual—al citado por *Bonnesse*, en que las cláusulas de no-responsabilidad “aparecen como constitutivas de un artículo especial de los estatutos corporativos de las grandes empresas industriales, comerciales o agrícolas. Estas, con anterioridad, declaran, mediante sus estatutos, que no responden del incumplimiento culpable de los contratos que celebren ni de cualquiera culpa en que incurran con motivo de los mismos”. Y como el mismo tratadista aclara, “es indudable que aun bajo esta for-

(132) Ob. y lug. cit., 651.

(133) Ob. y lug. cit., pág. 723.

ma, las cláusulas de irresponsabilidad prácticamente están destinadas a presentar, finalmente, un aspecto contractual, puesto que únicamente realizarán sus fines por efecto de los contratos celebrados con la empresa, y porque tales contratos comprenden, como condiciones, implícita o expresamente, las disposiciones de los estatutos" (134). Y en tal sentido parecen ser admitidas por la doctrina y jurisprudencia, máxime cuando más que de eliminar totalmente la responsabilidad, se trata de tasarla o limitarla, fijando, anticipadamente, un máximum, según hemos demostrado con citas de tratadistas anteriormente. Y sobre todo, podemos agregar, cuando ello puede exteriorizarse correctamente mediante una adecuada publicidad, como luego trataremos de explicar.

C. *Examen del art. 1.911 del Código civil.*—Resulta casi un lugar común el considerar a este artículo consagrador de la responsabilidad ilimitada. Ya hemos visto la postura de Garrigues; y apenas difiere, en principio—aunque disientan de él en cuanto a su derogabilidad—la de la mayoría de los civilistas. Así leemos, *ad exemplum*, en *Mucius Scaevola*: "Respecto a la responsabilidad ilimitada, aunque nada diga este texto—se refiere al art. 1.698 C. c., que comenta—resulta de la norma de la *Lex Poetelia* traducida al art. 1.911: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros" (135). Mas bien mirado, lo que aquí se establece es, sí la responsabilidad universal cualitativa; pero nada se trasluce ni revela de la cuantitativa. Por lo que si bien obstaculizará las limitaciones cualitativas o patrimoniales propiamente dichas, en nada se opondrán a aquellas limitaciones cuantitativas que, además, son más del débito que del patrimonio responsable.

Pero examinemos las cosas más despacio para ver lo que en realidad se establece en el art. 1.911 y deducir después lo que verdaderamente lo contradice, aclarando de paso el auténtico sentido de las palabras, frases o giros que quizá se utilicen sin demasiado rigor, acarreado la consiguiente confusión conceptual.

a) *Sentido de la responsabilidad universal del art. 1.911.*—Aunque no sea éste el lugar adecuado para un amplio y exhaustivo estudio del concepto de obligación, es imprescindible alguna referencia para fijar aquel sentido. Pues en definitiva, no se trata sino del aseguramiento de que aquéllas tendrán su debido cumplimiento.

Si bien el Código civil español no define la obligación, sino sólo

(134) *Elementos de Derecho Civil*, II, págs. 421-423. Por lo demás, para lo comprensión de los contratos de "adhesión" y su peculiar interpretación en nuestro derecho, ver la importante sentencia de 27 de febrero de 1942 e interesante comentario de POLO en "Rev. de Der. Priv.", noviembre de 1942, páginas 708 y siguientes.

(135) Ob. cit., t. XXV, continuado por BATLLE VÁZQUEZ, núm. 670, página 144. Una breve, pero sustanciosa historia de la evolución que culminó en el artículo 1.911, puede verse en DÍAZ PABLO, *Teoría General de las Obligaciones*, I, págs. 164-165, o en CASTÁN, 7.ª edic. de su "Der. Civ. Esp. com. y for.", III, págs. 156-158.

en su aspecto pasivo—al decir en el art. 1.088 que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”—ello no impide que se adapten a nuestro derecho construcciones doctrinales que la conciben como “relación jurídica constituida a virtud de ciertos hechos entre dos o más personas, por la que una, denominada acreedor, puede exigir de otra, llamada deudor, una determinada prestación” (136).

En virtud de la distinción—que no disociación—de los dos elementos *débito* y *responsabilidad*—el *Schuld* y el *Haftung* tan trabajados por el derecho germánico—la doctrina diseñó perfectamente estos dos momentos o aspectos de la relación obligatoria. De un lado, el deber del deudor de observar una cierta conducta—prestación—al que correspondía el derecho del acreedor que tenía por objeto dicha prestación; del otro, la responsabilidad del patrimonio del deudor a la que correspondía el derecho del acreedor a agredir los bienes del deudor, o sea un derecho que tenía por objeto los mismos bienes. Por lo que Roca Sastre ha podido definir la obligación como “relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (o varios) tienen el derecho a exigir (*pretensión*) a otro sujeto (o a varios), una determinada *prestación* (consistente en dar, hacer o no hacer) y, en su defecto, a *procurarse una congrua satisfacción o equivalente en dinero* (el *id quod interest*, o el interés contractual positivo) a base de la *responsabilidad patrimonial* del deudor”. Es decir: que la obligación atribuye al acreedor una pretensión a la prestación del deudor con la consiguiente responsabilidad patrimonial subsidiaria, por lo que la pretensión de aquél tiene una doble posibilidad: la prestación del deudor, y, subsidiariamente, la indemnización por incumplimiento (137). Y así como el artículo 1.088 del Código civil consagra el débito, el 1.911 establece la responsabilidad patrimonial disponiendo que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

La función que desempeña dicho art. 1.911 queda así bien clara: sujeta el patrimonio entero del deudor al cumplimiento de sus obligaciones; hace posible que los bienes presentes y futuros del deudor sirvan para que el acreedor vea satisfecha su pretensión. Queda comprometido todo el patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones. Y la primera consecuencia que salta de esta explicación es lo erróneo de hacer descansar en dicho precepto la responsabilidad *ilimitada*, en cuya equivocada concepción radica la posición que aquí tratamos de neutralizar o combatir.

Como ya advirtió Roca Sastre, la calificación de “responsabilidad patrimonial ilimitada” referida al principio que establece el repetido art. 1.911 C. c., no es del todo aceptable. *No cabe confundir los*

(136) V., por ejemplo. DE DIEGO, *Instituciones...*, II, pág. 8; CASTÁN, 5.ª edición de ob. cit., II, pág. 440; PÉREZ Y ALGUER, *idem id.*, II, núm. 1.º, página 6.

(137) *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, IV, pág. 81. V. también CASTÁN, ob. y lug. cit., págs. 444 y siguientes.

*conceptos de responsabilidad universal y de responsabilidad ilimitada.* Dicho artículo afirma que la responsabilidad del deudor afecta a todo su patrimonio, o sea, con indiferencia de cuáles sean los elementos integrantes, salvo ciertas modalidades especiales. Determina las cosas sobre las cuales se hará efectiva la responsabilidad, pero no la ilimitabilidad del "quantum" exigible" (138).

Pero si se mira mejor, resulta que la confusión arranca más bien del uso indebido de la palabra "responsabilidad". Técnicamente ella implica y significa la situación jurídica en que se encuentra el patrimonio del deudor, expuesto a la aprehensión del acreedor, en aseguramiento de su derecho; y, por principio, ella es universal e ilimitada. En cambio, cuando se le adosa el adjetivo "limitada", se refiere, de ordinario (139) al aspecto cuantitativo o medida de la exigibilidad, que es propia y técnicamente "deuda o débito", ni más ni menos, conforme a esa distinción—*Schuld* y *Haftung*—a que antes hemos aludido. Lo que sucede es que "como en principio el patrimonio responde por toda deuda de su titular y únicamente por las suyas, es muy comprensible que "deuda" y "responsabilidad" a menudo se unan como sinónimos;

(138) Tema XXVII de "Contestaciones al programa de 1946" cit., página 7, y análogamente en "Der. Hipot." cit., pág. 90, núm. 5. No es éste el único de los errores e imprecisiones en que se incurre al hablar de este precepto. Y así, quizá resulte incorrecto también, por exageración, ese empeño de ROCA SASTRE en configurar unilateralmente el oficio de la responsabilidad patrimonial. "El patrimonio deudor—dice—no responde directamente de las obligaciones... *in natura*...; sólo se presenta como base pasiva de suministro al acreedor de un valor pecuniario de indemnización. El acreedor sólo puede atacar al patrimonio del deudor para extraerle el valor en cambio indemnizatorio (*distractus*); pero, como es natural, no puede exigir que el patrimonio cumpla específicamente la prestación" (pág. 83 de su "Derecho Hipotecario" cit.). Y, sin embargo, lo "natural" parece que en mérito de ese artículo se procure el cumplimiento *in natura* siempre que sea posible. Al decir que "el deudor responde del cumplimiento resulta evidente que arbitra el instrumento de la responsabilidad para asegurar la realización del derecho del acreedor, lo que será posible siempre que el objeto de la prestación sea susceptible de ser proporcionado al titular con independencia de la actividad voluntaria del deudor. Comparar artículos 1.096, 1.098, 1.099 del Código civil, y v. NICOLÒ, *Comentario del Codice Civile*, libro sexto, Bologna e Roma, 19-8, pág. 5 y ss., así como MESSINEO, *Manuale...* ya cit., v. 2.º, parte 2.ª, págs. 20 y ss. Algo parecido podría decirse también del afán de polarizar la virtualidad de la "responsabilidad patrimonial" al hecho del incumplimiento que siguiendo a NICOLÒ (ob. cit., pág. 4) arrastra a ROCA SASTRE (tema 27, ya cit., pág. 6), y en cierto modo al mismo maestro CASTÁN (7.ª edición de su ob. cit., II, pág. 156), cuando resulta tan evidente que, producto de esa "responsabilidad patrimonial", ya antes del incumplimiento tiene el acreedor algunos poderes—y ejercitables—sobre el patrimonio del deudor: puede embargar preventivamente sus bienes; ejercitar, en determinados supuestos, derechos y acciones del deudor por la acción subrogatoria; impugnar, por la pauliana, actos que el mismo realice en fraude para hacerse insolvente, etc. (V. DÍAZ PAIRÓ, *Teoría General de las Obligaciones*, v. t. I, 2.ª edic., pág. 18).

(139) Decimos "de ordinario" porque, como se verá más adelante, existen supuestos auténticos y verdaderos de "responsabilidad limitada", que como excepción a la "universal", aluden, constriñéndolo, al aspecto real o patrimonial que propiamente "responde".

se habla de responsabilidad por culpa, por caso fortuito, etc., aludiendo con eso a la obligación de reparar el daño, por la cual, naturalmente, en última instancia, debe responder el patrimonio del deudor" (140): Pero para manejar o esgrimir el art. 1.911 como veto o límite de modalidades o combinaciones jurídicas, es preciso profundizar algo más, traspasando el sentido vulgar de los términos, y ateniéndose, más que a la expresión usual, a la entrañable esencia de los fenómenos que se parangonan o contraponen.

b) *Lo que realmente se veda en el artículo 1.911 y lo que no está previsto.*—1.º Según esto, lo dogmáticamente ordenado en dicho artículo es que la totalidad del patrimonio queda sujeto al cumplimiento de las obligaciones de su titular. Es esto lo que constituye elemento esencial de la obligación, aunque no sea más que como instrumento idóneo para que el acreedor pueda conseguir la prestación debida si la espontánea actuación del deudor no se la procura. Pero aun en este aspecto, si bien su total y absoluta eliminación no es admisible sin que se destruya la esencia jurídica de la relación obligatoria, nada impide, en cambio, la posibilidad de su limitación; ella se da cuando determinados bienes del deudor se sustraen a la acción ejecutiva de todos o algunos de sus acreedores. Lo cual puede hacerse en doble sentido, o por doble fundamento: por la propia cualidad de algunos bienes que se estima deben librarse de la acción ejecutiva de alguno o todos los acreedores—supuesto de bienes inembargables—, o por la cualidad de ciertos créditos que se quiere sean realizados sobre determinados bienes del deudor en que se concreta la responsabilidad.

Lo que sucede es que la mayoría de estas auténticas y propias limitaciones de responsabilidad son de origen legal. Como que en el nuevo Código civil italiano se sienta ese criterio restrictivo por el artículo 2.740, que después de ordenar en el párrafo 1.º que “el deudor responde del cumplimiento de la obligación con todos sus bienes presentes y futuros”, ordena en el 2.º que “no se admiten las limitaciones de la responsabilidad más que en los casos establecidos por la ley”. Mas en el Código español no existe tan expresa prohibición, y aunque con criterio indudablemente restrictivo, caben señalar algunos supuestos de limitación convencional de responsabilidad.

a') Casos de sustracción absoluta—respecto a todos los acreedores—de ciertos bienes, son todos los de inembargabilidad (141); de sustracción relativa respecto a determinados acreedores, pueden considerarse, entre otros, los originados por el artículo 655 del Código civil—legatarios y acreedores del causante que no pueden aprovechar—

(140) VON THUR, *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán*, Buenos Aires, 1946, vol. I, núm. 1.º, pág. 141.

(141) V. arts. 1.449-1.452 de la Ley de E. c. y los que establecen las leyes especiales, vestigios todos ellos, según parece, del antiguo *beneficium competentiae*, favor concedido a algunos deudores de no tener que pagar íntegramente su deuda si con ello quedaban reducidos a la indigencia.

se de la reducción de donaciones inoficiosas—(142); por último, se da la concreción de responsabilidad de ciertos créditos sobre determinados bienes en supuesto considerado típico, de la “aceptación de herencia a beneficio de inventario” (art. 1.023, núm. 1.º en relación con el 2.º) (143), los bienes gananciales y parafernales (arts. 1.408 y ss., y 1.386), y otros similares supuestos en que se da la estructura de los “patrimonios separados”, pudiéndose considerar uno de ellos, el de los artículos 587 y 590 del Código de comercio sobre “abandono de la nave” con que el naviero se exime de la responsabilidad derivada de hechos culposos del capitán... (144). Por lo demás, todas estas limitaciones tienen el común denominador de su origen legal.

b') Como limitaciones a la responsabilidad patrimonial de origen voluntario o convencional, pueden citarse en nuestro derecho estos dos supuestos cuya posibilidad está prevista por el propio legislador, y que corresponden, respectivamente, a las dos modalidades de sustracción de embargo y concreción para ciertos créditos: 1.º El autorizado por el artículo 1.807 del Código civil al expresar que “el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer al tiempo del otorgamiento que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista”. 2.º El introducido por el artículo 140 de la vigente Ley Hipotecaria al permitir que por pacto “la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes

---

(142) Los otros dos que citan ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU en *Contestaciones...* cit., pág. 19, inspirados quizá en NICOLO (ob. cit., pág. 12)—del artículo 162 y los 1.408 y ss. y 1.386—más bien nos parecen corresponder a la especie siguiente de “concreción de responsabilidad sobre ciertos bienes”. El que se pretenda—sin éxito—hacer efectivo un crédito como “gastos de educación e instrucción”—sabiendo que no lo fué así y demostrándose—sobre bienes donados a tal efecto, así como sobre bienes gananciales o parafernales obligaciones contraídas sin las formalidades para comprometer a la comunidad o sin redundar en provecho de la familia, sabiendo todo ello el acreedor, no varía su verdadera esencia de que tales bienes estén sujetos sólo a la satisfacción de tales obligaciones.

(143) En Derecho español no caben, a mi juicio, las dudas que se dan en otros regímenes, como el italiano, cuyo artículo 490, núm. 2, dispone que el heredero “no está obligado al pago de las deudas hereditarias y de los legados más allá del valor de los bienes a él llegados”, dando pie para que se estime supuesto de reducción de deuda, si bien apoya la otra solución el artículo 497, que establece excepcionalmente los casos en que el heredero podrá ser obligado a pagar con sus propios bienes, como razona NICOLO, ob. cit., páginas 12-13. Conforme al artículo 1.023 español: “1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcanzan los bienes de la misma... 2.º... 3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.”

(144) Para un más amplio y detallado estudio de esta parte, v. NICOLO, obra y lug. cit., pág. 11 y ss.; MESSINEO, ídem íd., págs. 52 y ss.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Contestaciones...* cit., págs. 17-19; CASTÁN, “Derecho Civil Español com. y for.” 7.ª edic., III, pág. 162. No citamos otros supuestos a que aluden algunos autores por parecernos dudosos correspondan a estos fenómenos, siendo más bien casos de limitación de deuda, o de inexistencia de ella en el responsable subsidiario, etc.

hipotecados”, en cuyo caso “la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor” (145). Fuera de las citadas no parece fácil puedan darse otras excepciones convencionales. Como dice Diaz Pairo, “la responsabilidad limitada tiene carácter excepcional, dada la declaración amplia del artículo 1.911, pudiendo admitirse sólo cuando media disposición expresa del legislador” (146). De ahí las graves dificultades que plantean la admisión de la sociedad anónima o la limitada de un solo accionista o socio, o la empresa individual limitada; pues todo ello es lo que real y verdaderamente se opone al artículo 1.911, cuyo imperio resulta que no se constriñe al campo meramente civil, sino que extiende su imperio a todo lo obligatorio, incluso el mercantil (147).

2.º En cambio, queda totalmente fuera del alcance del artículo 1.911 todo aquello que en la realidad, cualquiera sea la confusa terminología con que se le designe, implica limitación “cuantitativa” de la responsabilidad, mejor dicho: limitación o determinación de la deuda. Esto sólo afecta al primero de los elementos—*débito* y *responsabilidad*—de la relación obligatoria, y es evidente que la reglamentación del segundo, que es el subsidiario y complementador, no puede afectar ni restringir la autonomía del primero, fundamental y principal elemento.

Y aquí sí que la unanimidad de los tratadistas aparece sin fisuras

(145) V. ROCA y PUIG, lug. cit., pág. 19; ROCA, *Derecho Hipotecario*, IV, página 89 y ss.; CASTÁN, ob. y lug. cit.: Díez PAIRO, *idem* id.

(146) Ob. y lug. cit., pág. 165.

(147) Como dice NICOLÒ: “Deberán considerarse ilícitos, como en fraude de Ley, todos los medios indirectos que el deudor pueda poner en juego para limitar preventivamente su responsabilidad”, entre los cuales se comprenden esos patrimonios separados. Sabida es la solución que el C. c. italiano de 1942 ha dado a la cuestión en sus artículos 2.362 y 2.497, pág. 2: establecer que el socio único de tal sociedad responde ilimitadamente de las obligaciones sociales contraídas durante el tiempo en que las acciones o participaciones sociales estuvieron concentradas en sus manos (V. NICOLÒ, ob. cit., 15 y 16). Sobre patrimonios separados y patrimonios autónomos, cuya autonomía puede ser perfecta o imperfecta, así como la dificultad de constituirse por particulares individuales, puede verse un breve pero interesante y claro estudio en MESSINEO, ob. cit., I, págs. 376-379. En la doctrina alemana: “es discutible si puede restringirse por contrato la responsabilidad, esto es, si es lícito convenir que la ejecución procederá únicamente sobre ciertos elementos del patrimonio o no se admitirá respecto a ellos”, según vemos en VON TUHR (obra citada, I, núm. 1.º, pág. 401) y ENNECERUS-LEHMANN (ob. cit., II, núm. 1.º, página 11), aunque los últimos sean partidarios de su admisión. En Derecho español creemos no cabe admitir sin grandes reservas la postura de PÉREZ Y ALGUER (ob. cit., pág. 12) y CASTÁN (ob. cit., 5.ª edic., pág. 451), que se apoyan para su admisibilidad en el art. 1.255 del C. c. Puede verse también una posición favorable en PALÁ MEDIANO, Conferencia “Sociedades unipersonales”, ciclo 1946 en Col. Notar. Valencia, págs. 93 y ss., principalmente. 108-119; TRÍAS DE BES, *La limitación de responsabilidad aplicada a las empresas individuales*, “Anales de la Acad. Merit. del Notariado”, t. IV, págs. 363 y siguientes. Su examen y crítica rebasaría nuestro actual propósito.

en general. Para Von Thur, aparte de que la medida de la obligación puede estar condicionada por la situación patrimonial del deudor—en la obligación alimenticia y en la que surge de la promesa de donación—“no cabe duda de que procede una limitación de la obligación, ya que su contenido puede ser determinado por las partes en todos sus elementos. La fianza puede convenirse por un importe máximo; la locación de obra estipularse en forma que el locador no invierta más de cierta suma, etc. En tal categoría debiera clasificarse también el caso en que el deudor se obliga tan sólo en la medida en que le es posible efectuar la prestación con elementos determinados de su patrimonio; tal condición constituye un límite para la obligación del deudor...” (148).

“A veces—escriben por su parte Enneccerus-Lehmann—la responsabilidad o sujeción se limita a *un importe máximo* (responsabilidad cuantitativamente limitada). Entonces se trata de una *delimitación del contenido de la deuda*, de una obligación delimitada, que nos parece limitada porque la comparamos con otra de mayor alcance. Pero al contenido delimitado de la deuda está sujeto todo el patrimonio del deudor, y la ejecución forzosa es admisible sobre todos los objetos del patrimonio, que están sometidos en general a la ejecución forzosa. El derecho romano limita de este modo la responsabilidad del *pater familias* por las deudas del peculio al importe del peculio, y en el derecho actual, por ejemplo, los *membros de una compañía con responsabilidad limitada* sólo responden de las deudas de la Compañía *hasta el importe de un límite de responsabilidad...* Indudablemente se admite también una *limitación convencional de esta índole*, por ejemplo, la limitación a un máximo de la fianza por un crédito abierto” (149).

Claro que esto de la delimitación del *débito* es una cosa obvia por demás. Como observa Messineo, “en sustancia, *todo débito que no sea ilíquido es siempre limitado* a aquello que establece el título del cual nace; *el débito limitado es la regla*” (150). Por lo que cuando se habla de obligaciones delimitadas en cuanto a su contenido, hay que entender—como advierten los autores—que la limitación resulta de comparar la obligación delimitada—por ley o por las partes—con el mayor o distinto alcance que naturalmente podría aquélla tener. Y en este sentido resulta de lo más correcta la conclusión de Roca Sastre, cuando escribe que “la posibilidad de limitar la responsabilidad patrimonial o personal, o mejor dicho, de fijar o determinar hasta una cantidad máxima el importe de la indemnización por incumplimiento obligacional (el *id quod interest* o interés contractual positivo), es cosa permitida por el Derecho de obligaciones (civiles y mercantiles)” (151). Como el mismo tratadista señala, en nuestro derecho se encuentran junto a preceptos que contienen una delimitación preceptiva—artículos 858,

(148) Ob. y lug. cit., pág. 401.

(149) Ob. y lug. cit., 10-11.

(150) Ob. y lug. cit., 52.

(151) *Derecho Hipotecario*, IV, 92.

1.801 y 1.897 del C. c., artículo 837 del C. de c., a los que creemos poder agregar el 1.765 del C. c.—otros que autorizan su fijación convencional, como ocurre con la “cláusula penal” y el supuesto previsto por el artículo 1.826 del Código civil, en que si el fiador se obliga a menos que el deudor principal, sólo responderá de la obligación hasta el límite fijado (152) y el muy fundamental, por lo típico y tipificador del contrato a que afecta, resultante del artículo 1.475 del Código civil, que consagrando el saneamiento por evicción en la compraventa, establece que “los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor” (153).

Pues bien; no es otra cosa lo que, sustancialmente, ocurre en las sociedades comanditarias, anónimas o de responsabilidad limitada: que se delimita, fija, o concreta el *quantum* de la responsabilidad de los socios en el tanto de su aportación o participación social, aunque siga asegurando ese *quantum* con la totalidad de su patrimonio. “Tanto la anónima como la limitada—dice Rodríguez y Rodríguez—son ciertamente sociedades de responsabilidad limitada en el sentido de que junto a la responsabilidad ilimitada del patrimonio social por las obligaciones sociales no responde el patrimonio de ningún socio, sino es el límite de la aportación que haya prometido” (154). Y es en mérito de esta realidad sustancial que los autores excluyen tales modalidades del ámbito o influencia del art. 1.911—o equivalentes del correspondiente Código civil—. Así Enneccerus, en el párrafo antes citado (155), Messineo (156), Nicolo (157) ... (158).

(152) *Contestaciones*, cits., 16-17.

(153) Recuértese lo que dijimos sobre esto con motivo de la alusión a las cláusulas de no responsabilidad, y véase el magnífico estudio de VICENTE Y GELIA allí citado, principalmente, págs. 507 y ss.

(154) *Tratado de Sociedades Mercantiles*, II, 440. V. también LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil esp.*, cit., págs. 483, 491 y ss., y 635 y ss.

(155) Pág. 11, ob. y lug. cits.

(156) Ob. y lug. cits., pág. 53: “Así, por ejemplo, contrae débito limitado, aunque responde ilimitadamente (ante la sociedad), el socio de la sociedad por acciones: aquí, el socio, cuando desembolse la parte de capital suscrita, cumple toda su obligación ante la sociedad (respecto a los terceros acreedores de la sociedad no tiene obligación o responsabilidad alguna); pero si no satisface la parte de capital suscrito, responde ante la sociedad ilimitadamente... En situación análoga a la del accionista se encuentra el comanditario en la comandita; el cual igualmente asume respecto a la sociedad una deuda limitada a la aportación prometida, aunque responde después ilimitadamente si no efectúa tal aportación. En verdad, dichos casos son considerados por algunos, erróneamente, de responsabilidad limitada; pero su exacta configuración es la acabada de exponer”, de débito limitado.

(157) Ob. y lug. cits., 14: “Finalmente, no pueden calificarse como hipótesis de limitación de responsabilidad, aunque a veces la ley usa o emplea fórmula inadecuada, las situaciones del socio comanditario, del accionista y del socio con responsabilidad limitada con relación a los acreedores de la sociedad frente a los cuales no son ni deudores ni responsables. Ellos solamente son deudores de su aportación (con responsabilidad ilimitada) con respecto a la sociedad. Sólo en el caso en que, practicada la liquidación y repartido el activo entre los socios, hubiera acreedores insatisfechos que procedieran contra el comanditario...

Y siendo así, tales modalidades, pactadas ya expresamente o implícitamente por adopción de cualquiera de las formas mercantiles en bloque para las sociedades civiles, resultará que en nada rozan con el art. 1.911, ni encuentran repugnancia alguna en los preceptos del Código civil, por lo que su viabilidad, en tal aspecto, se hace indudable.

3. *Hipotético fraude; su remedio: publicidad.*—Ahora bien; aun siendo muy posible, por admitida en la doctrina general y jurisprudencia de los países, y encontrar ambiente favorable en diversos artículos del Código civil español, el pactar la limitación de la responsabilidad de los socios de la civil hasta un cuanto delimitado, siempre tendremos un tope que respetar: hay que evitar el fraude.

Es verdad que no parece puede hablarse aquí de fraude a la ley, ni de quebrantar el orden público. Para que ello fuera posible, se precizaría que el precepto legal contradicho o modificado tuviera un sentido imperativo, con alcance prohibitivo (159). Y no se ve que la li-

---

el accionista... o el socio con responsabilidad limitada..., dentro de los límites de la suma a ellos atribuida en el balance, podría parecer que se daba una hipótesis de responsabilidad limitada. Pero, en realidad, aun en tales hipótesis no hay una limitación de responsabilidad, sino *una limitación originaria de débito...* Otro tanto debe decirse para la hipótesis en que la ley admite, en materia de sociedad simple, la oponibilidad a los acreedores sociales del pacto que limita la responsabilidad de los socios que no actúan en nombre de la sociedad (a. 2.267). En tales hipótesis, tampoco hay una limitación de responsabilidad en sentido técnico admitida por la ley con derogación al veto del artículo 2.740, sino la asunción de una *deuda (eventual) originariamente limitada a una cierta suma*". Adviértese que tanto este autor como el antecitado MESSINEO, siguen la dirección iniciada por LA LUMIA, de que los comanditarios y los socios de la Anónima son responsables *exclusivamente* para con la sociedad por las aportaciones previstas, pero irresponsables totalmente de las deudas sociales, de las que sólo responde la sociedad, a diferencia de la tesis tradicional de VIVANTE, y otros, que, junto a la responsabilidad de la entidad, admitían la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, si bien la de los últimos serían en los casos dichos limitada. Pero ello no debilita la aplicación de sus conclusiones a nuestro caso.

(158) La forma, modalidades u orden en que esa limitada responsabilidad del socio comanditario, del accionista o del de responsabilidad limitada puede hacerse efectiva, o sea si responden sólo ante la sociedad, si están expuestos directamente a los acreedores de la sociedad en ciertos casos o sólo por la acción subrogatoria, si cabe una responsabilidad mayor o distinta de la aportación en la comanditaria y en la de responsabilidad limitada, no afectan al sentido de las conclusiones que ahora buscamos sentar ni pueden ser objeto de estudio aquí. Para todo ello, ver el instructivo estudio que VALLET de GOYTISOLO hace en su magnífico trabajo, *La responsabilidad personal de los socios en las compañías de responsabilidad limitada frente a las sociedades y frente a terceros*, "Revista de Derecho Privado", 1949, jul-ag., págs. 580-619. A diferencia de lo que los tratadistas italianos arriba citados dicen, en derecho español la posición es distinta: el accionista responde de su aportación sólo ante la sociedad y sólo por acción subrogatoria puede verse expuesto a la agresión de los acreedores de aquella cuando omite tal aportación; el socio comanditario y el de la responsabilidad limitada no quedan tan aislados de los terceros acreedores, ya que su participación es aportación y cifra de responsabilidad (que incluso pueden ser de diferente cuantía), expuestos, por tanto, a falta de efectación. El ataque directo de los acreedores (v. también GARRIGUES, ob. cit., I, 1.º, 595-597).

(159) Puede comprarse en LIGER-POULO, *La defensa del Derecho contra el fraude* (estudio sobre el problema del fraude de ley), "Rev. de Der. Privado",

mitación de responsabilidad cuantitativa en la sociedad civil ataque a ningún precepto de esta naturaleza.

Pero la delimitación de responsabilidad no afecta sólo a los contratantes o contrayentes del contrato de sociedad; sino que atañe también, y principalmente, a los terceros que con la Sociedad contraten, en cuanto supone una modificación de la garantía con que normalmente y *secundum legem* podrían contar para la plena satisfacción de las relaciones jurídicas. Y es su conformidad la que se necesita para la plena vigencia y virtualidad en cuanto a ellos de tal delimitación (160).

Más, a tales efectos, no creemos imprescindible que en cada operación se haga saber a los terceros que entren en relación con la sociedad la existencia de aquella delimitación, como supuesto previo y parte de los contratos, como parece pretenden algunos autores. Sino que estimamos que es muy suficiente la obtención de esa conformidad por vía implícita. Para lo que será bastante una adecuada publicidad de tal pacto limitativo. En efecto, si el mismo medio que ha servido para que los terceros sepan que tratan con una sociedad civil, pudiendo deducir de ello quiénes son los socios sobre los que recae la responsabilidad u obligatoriedad de aquellas relaciones, les da a conocer las circunstancias y condiciones en que tales socios se hallan vinculados, habrá que estimar su conformidad y aceptación con la subsiguiente entrada en relación.

La dificultad mayor radicará en cuanto a las que conservan forma civil, pactando sólo como especialidad la limitación cuantitativa que nos ocupa, por no haber preceptuada para ellas una forma especial de publicidad. Pero aún en ellas, como ya antes hemos dicho, y se desprende de artículos del Código civil, es indiscutible que alguna publicidad han de tener; de lo contrario, por imperio del art. 1.669, carecerán de personalidad jurídica, y más que sociedades, serán casos de comunidad de bienes. Parece necesario, pues, para que las relaciones con terceros puedan establecerse dentro de régimen o en plan de sociedades, que aquellos puedan y deban tener conocimiento del acto constitutivo de la sociedad. Por lo que una constancia en el mismo, con suficiente y patente reflejo en la denominación adoptada, será suficiente publicidad.

En el peor de los casos, la limitación de responsabilidad no afectaría al socio o socios que habían actuado por la sociedad con el tercero, siempre que demostrare éste que no se le había dado por aquellos adecuado y completo conocimiento de la sociedad y sus circunstancias.

---

1930, págs. 1-25, y ver también una breve e instructiva versión de lo que son las normas imperativas de orden público en MESSINEO, *Manuale*.... I, 47-48; también VICENTE Y GELLA, ob. y lug. cit., págs. 403-407.

(160) Así se desprende de todos los autores citados, tanto con motivo de las "cláusulas de no responsabilidad" como de la posible limitación cuantitativa de la responsabilidad patrimonial. Y expresamente lo dicen, en la doctrina española, CASTÁN (ob. cit., 7.ª edic., III, 160; t. XXV, v. 1.º del *Mucius Scaevola*, 418), y BATLLE VÁZQUEZ (pág. 145 del t. XXV, v. 2.º del *Código Civil Comentado*. de *Mucius Scaevola* citado).

Aunque del art. 1.697 del Código civil se desprende que quien no actúa como socio y por cuenta de la sociedad, ni siquiera obliga a la sociedad—sino que obligado quedará él solo—; y del párrafo 2.º del artículo 1.698 que ningún socio “puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello” (161). Pero todo esto afecta o se refiere a la sociedad o a los demás socios en cuanto a terceros; mas la sociedad queda obligada con respecto al socio que actuó en esa incorrecta forma en los actos que hayan redundado en su provecho; y ante él, si que, en todo caso, valdría la limitación pactada de responsabilidad.

La cuestión aparece enormemente facilitada para las sociedades civiles con forma mercantil. Estas, en su propia denominación ya llevarán patente la derogación de la forma normal de responsabilidad propia de las civiles. Pero además cuentan con el más idóneo medio de publicidad que permitirá su perfecto conocimiento a todos los interesados: el Registro Mercantil. Bien que al llegar a este punto nos encontramos con que se plantea, también con caracteres problemáticos, una cuestión: si la sociedad civil con forma mercantil debe—o puede, al menos—inscribirse en dicho Registro.

Según el Reglamento de 20 de septiembre de 1919, art. 107: “En el libro de Sociedades se inscribirán: 1.º... 2.º, las Sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1.670 del Código civil...”. Y no obstante la cosa se niega y discute. Dan pie a ello dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contradictorias entre sí: la de 1 de agosto de 1922 declaró bien denegada la inscripción de una sociedad de objeto civil; en cambio, la de 21 de mayo de 1935 estimó que también las sociedades civiles comprendidas en el art. 1.670 del Código civil deben inscribirse en el Registro mercantil.

Garrigues juzga que la primera Resolución representa la buena doctrina, y razona así: “La inscripción en el Registro mercantil de una sociedad civil con forma mercantil induce a los terceros al error de suponer que se trata de una sociedad íntegramente sometida al Código de Comercio. No puede, por tanto, justificarse el art. 107, número 2 del Regl. Reg., que vulnera el art. 1.667 del C. c. Si se llevan al Registro mercantil las sociedades civiles con forma comercial no hay razón para excluirlas de las demás obligaciones legales impuestas a los comerciantes” (162).

Pero tal razonamiento nos parece inoperante, por arrancar de un punto de vista erróneo o equivocado: considerar la inscripción en el Registro Mercantil como calificadora de comercialidad. Algo de esto dice el mismo eminente profesor un poco antes: que las disposiciones del C. de c. sobre publicidad son “elemento de diferenciación de las

(161) Esto último confirma lo anacrónico de los dos párrafos iniciales del artículo 1.698 del C. c., hablando de obligación de los socios por las deudas sociales.

(162) Ob. y lug. cit., 388-389.

sociedades mercantiles". Y en mi modesta opinión no cabe sostener esto en derecho positivo español, así, sin más. Pues no es suficiente que el art. 119 del Código de comercio preceptúe para ellas la inscripción de la escritura constitutiva en el Registro Mercantil. Como luego insistiremos, ni aquí ni en ningún otro artículo se encuentra nada que apoye la exclusividad; que "deberán" inscribirse las sociedades mercantiles, no significa por sí sólo que "sólo" ellas podrán tener acceso; y menos aún pudo prever el art. 1.670 del Código civil con que más tarde iba a complicarse la cuestión. Para buscar una más sólida posición, será preciso ahondar algo más en la índole, significado y sentido sistemático del Registro mercantil y sus inscripciones en nuestro derecho (163).

Fundamentalmente pueden apreciarse dos orientaciones en cuanto a la influencia de comercialización por el Registro mercantil: la germana y la latina.

La primera sigue actualmente sólo el Registro mercantil alemán, que sirve, en ciertos casos, para determinar la cualidad de comerciante. Y así, junto a los *comerciantes por razón del comercio o explotación de una industria*—en que "la comercialidad depende única y exclusivamente del objeto del ejercicio de su industria, es decir, de que consagre su explotación a uno de los actos de comercio fundamentales"—se da el grupo de los *comerciantes por razón de la inscripción*—cuando su explotación, dirigida a negocios diferentes de los actos de comercio fundamentales, requiera una organización mercantil y se haya inscrito en el Registro mercantil. Cualidad ésta de "comerciantes por inscripción" que lo mismo se da en el individual que en el colectivo" (164) (165).

(163) "Pensamos—escribe también LANGLE—que las personas jurídicas, como las naturales, no son comerciantes porque se hayan inscrito en el Registro mercantil, sino al revés: por dedicarse al comercio, deben inscribirse. Lo contrario es invertir los términos. Así, no consideramos decisiva esta simple formalidad para marcar la distinción. En la ley alemana, la inscripción registral confiere la cualidad de comerciante; pero en el sistema español, como en el francés, el Registro mercantil es un instrumento de publicidad y no una condición de fondo" (ob. y lug. cit., 352).

(164) V. COSACK, *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., págs. 21, 30-31, 43, 89. Advertimos que el "comerciante colectivo por inscripción" sólo se da en la colectiva y en la comanditaria. La anónima—desviación de la cual se reputa la comanditaria por acciones, así como la de responsabilidad limitada—, en cambio, "debe su condición de comerciante sólo a la forma exterior bajo la cual interviene en el tráfico". "porque el ropaje de sociedad anónima equivale al ropaje de comerciante", por lo que se dice ser un "comerciante formal" (v. COSACK, página 92).

(165) En Suiza, bajo el Código de obligaciones de 1881 y según su artículo 865, cualquier persona capaz de obligarse por contrato tenía el derecho de hacerse inscribir en el Registro de comercio de su domicilio beneficiándose así, aunque careciese de razón social, de algunas ventajas atribuidas a los comerciantes. Hoy, conforme al art. 934, están obligados a inscribirse quienes ejercitan el comercio, explotan una fábrica o ejercen en forma comercial alguna industria, así como pueden solicitar dicha inscripción los que bajo una razón o nombre comercial explotan un negocio sin estar obligados a inscribirse. Con-

La segunda orientación, indiferente en cuanto a la mercantilización de lo inscrito y dirigida o inspirada por un sentido preferentemente publicitario con efectos más o menos hondos—que ahora nos interesa averiguar—está, extremadamente, representada por el Registro mercantil francés, que casi ni siquiera tiene efectos ni matiz jurídico; es organización meramente administrativa. “En principio —escribe Escarra—la inmatriculación en el Registro carece de influencia sobre la cualidad de comerciante y las menciones no crean una oponibilidad a terceros”. Y aunque la importancia creciente que en nuestros tiempos adquiere el Registro de comercio tiende a introducir algunos correctivos a aquella inoperancia que se predicaba de la ley fundamental de 1919 “el principio, no discutido en doctrina y reconocido por la mayoría de las decisiones, de que la inmatriculación carece de efectos sobre la cualidad de comerciante, ha sido afirmado con nitidez por la Corte de Casación en una sentencia de 3 de mayo de 1945” (166).

En mi modesta opinión, en esta orientación hay que encuadrar también, bajo el aspecto que ahora nos preocupa, al Registro de empresas instaurado por el Código civil italiano de 1942, aunque a otros respectos, por su carácter acentuadamente jurídico y de efectividad en relación a terceros, se aproxime al sistema germánico (167). Por una parte, están exentos de inscripción los pequeños empresarios, mientras por otra se sujetan a ella a las sociedades colectivas, comanditarias, por acciones, de responsabilidad limitada y cooperativas aunque no desarrollen actividad mercantil. Pero esta incorporación al Registro, de empresas no mercantiles que adoptan forma de alguna de las sociedades comerciales, no imprime la condición de comerciantes. Su finalidad es meramente publicitaria (168). Y congruente con nues-

---

cretando, respecto a sociedades, parece que a las colectivas y comanditarias que se dedican a operaciones comerciales, nada añade la inscripción en el Registro mercantil: “no es una condición de existencia de la sociedad; es una simple medida de orden, cuya inobservancia acarrea sanciones” penales. En cambio, respecto a las sociedades que no ejercitan una actividad comercial, la inscripción tiene un carácter constitutivo: en tales casos, la sociedad colectiva o comanditaria no existe como tal sociedad, sino desde el momento en que se hace inscribir en el Registro (puede verse *Code des Obligations*, anotado por VIRGILE ROSSEL, 6me. edit, 1943, arts. 137, 552, 553, 594 y 595, y notas respectivas).

(166) ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial*, cit., I, 119 y 121.

(167) Así lo hacen LANGLE, ob. y lug. cit., pág. 874, y ESCARRA, *idem id.*, página 118.

(168) Es elocuente la relación ministerial: “... constituye, en efecto, en el sistema del presente Código, el instrumento de publicidad obligatorio, no sólo para las empresas comerciales cualquiera que sea su forma, sino también para las empresas no comerciales, cuando revisten la forma de sociedades, según uno de los tipos propios a las sociedades que ejercen actividad comercial... Se crea así, en el sistema del nuevo Código, la categoría de empresas sometidas al Registro, que comprende, no sólo las empresas consideradas por la ley como comerciales en razón de su objeto, sino también las empresas no comerciales, por causa de la forma social particular que revisten voluntariamente”. (Relación número 901, citado por ESCARRA, ob. y lug. cit., 118, nota.)

tro parecer dice Ferrara "que la inscripción en el Registro de empresas tiene una eficacia meramente declarativa, en cuanto se limita a hacer públicos los actos que ya existen y que son también, en parte, operantes, a fin de convertirlos en operantes totalmente. Pero esa publicidad *nada añade* al acto inscrito, no sana lo viciado ni da vida a lo inexistente. Si un empresario agrícola o un artesano se inscribe por error en el Registro de empresa, no se convierte por ello en empresario mercantil ni queda sometido a las normas de la quiebra" (169).

En cuanto al Derecho español, bajo el Código de 1829, art. 11, la inscripción en la matrícula de comerciantes era requisito constitutivo del estado de comerciante que se exigía a más del ejercicio del comercio para todos los comerciantes, tanto individuales como sociales (170).

En el Código de comercio vigente, se atribuye carácter *potestativo* a la inscripción del comerciante individual y conserva con carácter *forzoso* la de las sociedades (art. 17). Pero no me parece esto suficiente para afirmar que la inscripción en el Registro de la Sociedad sea el elemento calificador de su cualidad comerciante, pues ni puede darse este sentido a la frase de la Exposición de Motivos que justifica tal obligación diciendo "que ello es necesario, puesto que la inscripción constituye la única prueba de su existencia jurídica y estado de comerciante..."—ya que la exclusividad probatoria no implica dación de ser—ni ello es exacto más que respecto a terceros y en cuanto les perjudique, pues en cuanto les favorece, y siempre entre los socios, tiene existencia (171). Para lo que resulta indispensable la inscripción es para el conferimiento de personalidad jurídica y para la garantía de los terceros por las especiales formas de responsabilidad, propias de algunos tipos sociales (172).

(169) Ob. cit., 66.

(170) V. GARRIGUES, ob. y lug. cit., 1.397, y LANGLE, ídem íd., 867.

(171) V. HERNÁNDEZ BERONDO, *Derecho Mercantil*, cit., 143; GARRIGUES, ob. y lug. cit., 1.399, y antes había dicho: "Y precisamente porque ese supuesto es posible se habla en la doctrina de *Sociedades mercantiles irregulares*... Estas llamadas sociedades irregulares no se transforman en sociedades civiles por la sola causa de su irregularidad, sino que siguen siendo mercantiles... sometidas a normas especiales dentro del C. de c." (ob. cit., v. I, 1.º, 451). V. también LANGLE, ob. y lug. cit., págs. 422-425; BERGAMO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1951, I, págs. 214-217; Sentencia del T. S. de 14 febrero 1945, que declara: "habiéndose hecho constar el contrato de sociedad en documento privado, asignándosele como finalidad una explotación industrial, le corresponde la calificación jurídica de *mercantil*, y está dotada de plena eficacia en su vida interna o de relación de los socios entre sí *no obstante la forma irregular con que ha sido constituida*", y en materia criminal, la de 10 de junio 1885, según la cual "la falta de inscripción no es causa bastante para dejar de considerar como comerciante y de penar, conforme al artículo 540 del Código Penal, por alzamiento, quiebra o insolvencia punibles, a quien habitualmente se dedica al comercio". Ver también y comprobar ello en UTANDE, *Sociedades Mercantiles irregulares en Derecho Español*, "Rev. de Der. Priv.", 1944, págs. 123-137.

(172) V. GARRIGUES, ob. cit., I, 3.º, 1.400; LANGLE, ob. y lug. cit., 427 y ss.; BERGAMO, ídem íd., 220. Por todo ello me parece poco correcta y propensa a infundir error la postura de Garrigues cuando escribe: "Nuestro C. de c. ha

Hay que descartar, pues, que en España el Registro mercantil sea elemento calificador de la cualidad comercial de las Sociedades, que lo serán sólo y en tanto se dediquen a operaciones de aquella índole y conservarán dicho carácter, aunque no se inscriban en la precaria vida que sin ello tendrán, como sociedad irregular mercantil.

Y queda como sustancia y casi único motivo de la obligatoriedad inscriptoria de las sociedades, esa protección a terceros con la finalidad inmediata de dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad—la concesión de personalidad jurídica es otro aspecto formal que no empaña éste—. El Registro Mercantil será así, como auguraba Mossa, “la fuente, la documentación de la responsabilidad; de toda responsabilidad (de orden corporativo y privado) por la creación, la guía, el ejercicio, la sucesión y toda otra relación reconocida—y a veces, también no reconocida—de la empresa. Está perenne y fresco, como nunca, en el Registro de las empresas—concluida—el primer motivo del Registro mercantil; la responsabilidad del jefe, del maestro, del apoderado y de los socios” (173). El mismo Garrigues admite, refiriéndose al Registro mercantil español, que “la *finalidad inmediata* de esta publicidad es la de dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad. Por eso se inscriben los hechos de significación para la responsabilidad” (174).

Y aquí está el suficiente y debido argumento para abrir las puertas del Registro mercantil a la sociedad civil por su objeto que adopte una de las formas acuñadas para las comerciales: “Las especiales formas de responsabilidad propias de “esos” tipos sociales”, justifican generosamente la disposición del art. 107, párrafo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil.

Por todo ello, no dudamos en declarar que desde este punto de vista, la verdadera y correcta postura es la adoptada por la Resolución de la Dirección de los Registros de 21 de mayo de 1935, aunque sea de lamentar no hubiera llegado a fundamentar su decisión en sólida y adecuada doctrina. Se razona exegéticamente sobre base de los artículos 1.670 y 1.700 del Código civil, que posibilitan la adopción de forma mercantil por las sociedades civiles, que en tal caso se registrarán por el C. de c., en cuanto no se oponga a aquél, siendo preceptiva a su juicio la escritura y su inscripción en el Registro mercantil, por no pugnar con las disposiciones del C. c.; en la indubitabilidad del sentido que hay que dar al art. 107 del Reglamento del Registro, confirmado por su Exposición de Motivos al decir que “también las socie-

---

segundo en este punto—calificación de comercialidad—un criterio realista para la calificación de los comerciantes individuales (a. 1.º) y mixto para la de los comerciantes sociales, que se definen atendiendo tanto al elemento real—naturaleza de las operaciones de la sociedad—como al elemento formal—escritura e inscripción en el R. m. (arts. 1.º, 116, 119, 123)” (ob. y lug. cit., 1.493).

(173) *Registro di commercio*, en “Studi Sarsaresi”, 1921, I. citado por LANGLE, ob. y lug. repetidos, 875.

(174) Ob. y lug. cit., pág. 1496.

dades civiles comprendidas en el art. 1.670 del Código civil deben inscribirse en el Registro Mercantil, ya que a estas sociedades les son aplicables las disposiciones del Código de comercio en cuanto no se opongan a las del Código civil"; y sobre todo, ya con atisbos de contenido doctrinal que insuflan a la posición adoptada cierta savia vivificadora más potente y de sabor jurídico que el frío y bastante endeble juego de los textos esgrimidos, "que las citadas disposiciones legales y reglamentarias armonizan con los precedentes de nuestro Derecho relativos a las Sociedades Anónimas de todas clases de acciones al portador, con lo que se infiere de la Real Orden de 14 de febrero de 1924 sobre inscripción en el Registro Mercantil de Asociaciones no comerciales y con la tendencia de la legislación en todos los países, encaminada a que la organización de las Sociedades Anónimas tenga la más efectiva publicidad y a que consten sus Estatutos legalmente otorgados en el Registro correspondiente, para garantía del crédito, de quienes contraten con tales Sociedades y hasta de los tenedores de sus acciones, así como para impedir los abusos, que la realidad ha demostrado, cometidos por Sociedades constituidas bajo la expresada forma" (175).

Pero esta postura queda más confirmada aún, si cabe, si se contrasta con la argumentación que sirvió a la Resolución de 1 de agosto de 1922 para negar tal inscripción—prescindiendo de lo poco feliz que estuvo la parte actora al defender su pretensión—. He aquí la piedra angular de su razonamiento: "que como el citado Código de Comercio excluye *expresamente* de la inscripción en el Registro Mercantil a las compañías o sociedades, aun cuando se constituyan en cualquiera de las formas que estatuye, o bien en las del Código civil, que no tienen por fin verdaderos actos de comercio, según comprueba la lectura de sus preceptos y más especialmente de los al principio citados, y que estas prescripciones, conforme a lo prevenido en el art. 5.º del Código civil, no puede derogarlas ni modificarlas un Real Decreto como el que aprueba y manda dar vigencia al Reglamento mercantil".

Lejos de nuestro ánimo el menor propósito de poner en tela de juicio la eximia autoridad y prestigio de la Dirección y los eminentes juristas que a la sazón la adoctrinaban. Pero el más sincero respeto que a una y otros debemos, no creo deba impedir un frío y sereno examen de su razonamiento, por más violento que ello nos resulte. Se trata de analizar el argumento matriz con que, amparándose quizá en una cómoda rutina y la sombra de aquel prestigio, se intenta seguir negando el acceso de las sociedades mixtas al Registro mercantil.

---

(175) LANGLE (ob. y lug. cit., 360) opina que "en realidad, el requisito de la publicidad no debería imponerse a la sociedad civil, sino cuando adoptase una de las formas que llevan aparejada limitación de responsabilidad". A mi modesto juicio no hay lugar a esta distinción; la misma sociedad colectiva implica una honda modificación al mecanismo de la responsabilidad respecto a la sociedad civil, no sólo por la solidaridad que implica—favoreciendo a los acreedores sociales, pero perjudicando a los individuales de los socios—, sino también por las normas sobre administración y gestión que afectan e influyen sobre aquélla.

En primer término, sería suponer demasiada previsibilidad en el Código de Comercio, el pretender que hubiera podido definirse "expresamente" sobre tal inscribibilidad, cuando en aquella fecha aún no se había promulgado el Código civil, cuyo art. 1.670 instauró en España las sociedades mixtas, de objeto civil y forma de las mercantiles.

Pero no creo se precise apelar a la lógica ni esforzarse en los razonamientos. La "no exclusión expresamente" de esas sociedades salta a la vista con sólo leer los artículos que se invocan. Basta rasgar la inerte carne de la afirmación con apariencia de robustez, para dejar al descubierto sus vísceras sin vida.

He aquí los artículos que se citan:

Apartado 2.º del art. 1.º: "Son comerciantes, para los efectos de este Código:... 2.º Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código".

Párrafo último del art. 2.º: "Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualquiera otros de naturaleza análoga".

Art. 16: "Se abrirá en todas las capitales de provincia un Registro mercantil, compuesto de dos libros independientes, en los que se inscribirán: 1.º Los comerciantes particulares, 2.º Las sociedades. En las provincias litorales, y en las interiores donde se considere conveniente por haber un servicio de navegación, el Registro comprenderá un tercer libro, destinado a inscripción de los buques".

Art. 17: "La inscripción en el Registro mercantil será potestativa para los comerciantes particulares, y obligatoria para las Sociedades que se constituyan con arreglo a este Código o a leyes especiales, y para los buques".

Art. 116: "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 lucro, será mercantil cualquiera que fuere 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".

Art. 121: "Las Compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos, y, en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código".

Párrafo último del art. 123: "Por la índole de sus operaciones, podrán ser las Compañías mercantiles:... Y de otras especies, siempre que sus pactos sean lícitos, y su fin la industria y comercio".

Párrafo 3.º del art. 326: "No se reputarán mercantiles... 3.º Las ventas que de los objetos contruídos o fabricados por los artesanos hicieren estos en sus talleres".

Párrafo 2.º del art. 107 del Reglamento para la organización y régimen del Registro mercantil: "En el libro de sociedades se inscribirán:... 2.º las sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1.670 del Código civil".

¿Asoma por algún lado que en lo transcrito se "excluya expresa-

mente de la inscripción en el Registro mercantil” a las sociedades mixtas?

Ni siquiera implícitamente entiendo yo que late o palpita en los textos repetidos ese criterio exclusivista. Si acaso, todo lo contrario. Pues prescindiendo del art. 107 del Reglamento del Registro, cabe colegirlo del art. 17 del Código de Comercio, tan fundamental en la materia, al decir que “la inscripción en el Registro mercantil será... obligatoria para las Sociedades que se constituyan con arreglo a este Código o a leyes especiales”. No rezuma aquí el sentido o significado de “comprender” a todas las sociedades que revistan alguna de las formas reglamentadas por dicho Cuerpo legal: colectivas, anónimas y comanditarias? Y así el art. 107 del Reglamento, no resulta derogatorio ni modificador de ninguna Ley. A lo sumo, coordinador de los artículos correspondientes del Código de Comercio y del sobrevenido art. 1.670 del Código civil. Es más; fruto natural y explicativo, con rigurosidad reglamentaria y plena vigencia, de los arts. 17 del Código de Comercio y 1.670 del Código civil.

Esta nuestra interpretación, que estimo se obtiene sin esfuerzo alguno por la sola contemplación de los textos legales relacionados, parece, por lo menos, tan henchida de lógica y sentido jurídico como la contraria; y de mayor conveniencia social. Al fin, ese art. 107 del Reglamento del Registro mercantil es la mayor, casi única garantía expresamente preceptuada para las sociedades civiles en que se varíe la materia de su *responsabilidad*. Será defendible o no en derecho constituyente la subsistencia de estas sociedades civiles con forma mercantil sin mengua de su esencia no comercial. Pero mientras el derecho positivo actual no varíe, rodéenseles de las mayores garantías posibles, y no se cierren, sin serias y fundadas razones, caminos abiertos por la ley (176).

4. *Conclusión*.—Resumiendo lo expuesto, en cuanto a la responsabilidad de los socios, espero haber demostrado que pueden adoptar las sociedades civiles, en este orden de cosas, cualquiera de las modalidades que corresponden a las mercantiles con plena efectividad. Colectiva—con su solidaridad implica también variación de la típica civil—, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada. En tal caso tendrán—deberán tener, mejor dicho—acceso al Registro mercantil, donde se reflejarán todas sus especialidades, sin perjuicio de su esencia fundamentalmente civil, y atraerán la aceptación de los terceros.

(176) La Ley de Sociedades Anónimas, aprobada al terminar este trabajo, establece, como ya hemos dicho en notas anteriores, en su artículo 3.º, que las sociedades anónimas, cualquiera que sea su objeto, tendrán siempre carácter mercantil y quedarán sometidas en cuanto no se rijan por disposiciones especiales, a los preceptos de dicha ley. LANGLE, comentando el Anteproyecto de la Ley, donde figuraba el mismo precepto, estimó se trataba de afirmar en todo caso el imperio de las garantías que exigen los intereses de los accionistas y del público (ob. y lug. cit., 351). Pero el problema queda latente para las formas colectiva, comanditaria y de responsabilidad limitada; débeseles, pues, esa mínima garantía de publicidad en el Registro mercantil.

Si no se adopta en bloque alguna de esas modalidades, habrá alguna mayor dificultad para estipular con éxito respecto a terceros, la limitación de responsabilidad de todos los socios; a falta de un adecuado medio de publicidad general, precisaría, quizá y en el peor de los supuestos, la notificación o conocimiento a cada contratante. Aunque yo creo muy defendible la posición expuesta en el lugar correspondiente de que el mismo medio que exterioriza y hace creer a los terceros la existencia de la sociedad, les revelará también suficientemente estos extremos. Pero lo que sí parece factible siempre es la limitación de responsabilidad de los socios no administradores. El no ser ellos quienes contratan con los terceros, los deja en un segundo plano de actuación; aquellos ya no cuentan tan directamente con sus patrimonios; en todo caso, sabiendo los socios o componentes de la entidad en cuya representación actúa el gestor y en tal supuesto, el mismo medio que les da conocimiento de la relación social, les traería también la medida, alcance y modalidades de tal relación. Esto sin perjuicio de que, mantenida la responsabilidad ilimitada de los socios gestores o representantes respecto a los terceros, quepa la limitada entre los propios socios (177).

---

(177) Es elocuente y grávido de enseñanzas para nuestro caso que el Código civil italiano de 1942, al regular la sociedad simple, equivalente de nuestra sociedad civil, pero carente de personalidad jurídica—diferencia no pequeña en favor de la civil española—, prescriba la responsabilidad personal y solidaria de los socios por las obligaciones sociales, pero admitiendo el pacto en contrario para los socios que no actúen en nombre y por cuenta de la sociedad, cuyo pacto debe darse a conocer a los terceros contratantes por medios idóneos, para que pueda surtir efecto respecto a ellos la limitación de responsabilidad o la exclusión de solidaridad. Y el razonamiento explicativo de FERRARA lo reputo válido para apoyar las conclusiones del texto. “En el contrato social—dice—va incluido un mandato o representación, por el que cada socio, por el mero hecho de entrar en sociedad, autoriza a quien actúa por cuenta de ésta para comprometerlo personalmente. Se comprende, empero, que este mandato pueda quedar limitado a una cierta suma, correspondiente a la aportación realizada (o incluso a una mayor si se quiere, pero no ilimitada), de modo que el socio no responda más que por tal cantidad, ya que esto es perfectamente normal”—(igual razona LORDI, ob. cit., I, 215—. “Y se comprende igualmente—añade—, que no se consienta tal limitación para aquellos que actúan por la sociedad, porque sería contradictorio que quien realiza, por ejemplo, un contrato por un millón de liras en nombre suyo y de los otros, pueda limitar su responsabilidad a pongamos 50.000 liras, por ejemplo”—no hay que impresionarse por este razonamiento, pues en la sociedad civil española el gestor no actúa en su nombre y de los demás socios, sino en nombre de la sociedad, ente jurídico—. En cuanto a los medios de dar conocimiento a los terceros, mientras LORDI apunta la inscripción en el Registro de comercio (ob. y lug. cit.), FERRARA cree suficiente que tal pacto figure en el mismo documento del contrato social, “porque los poderes de quien actúe por la sociedad se fundan, precisamente, en el contrato, y por tanto, éste debería ser exhibido al tercero como medio de legitimación del actuante; luego si del mismo documento se deducen las limitaciones a tales poderes, parece indiscutible que puedan oponerse a los terceros. Y si éstos no han tenido la precaución de exigir esa exhibición del documento, como tienen derecho a exigirla, *imputet sibi*, y no pueden hacer que recaigan sobre los socios las consecuencias de su abandono” (ob. cit., págs. 161-162).

# **ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

