



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2014-2015

**MERCANTILIDAD Y PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD
IRREGULAR**

**MERCHANTABILITY AND PERSONALITY OF THE
IRREGULAR CORPORATION**

JENNIFER FERNÁNDEZ ECHEVARRÍA

VICENTE GOZALO LÓPEZ

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN.....	Pág. 2
2	CONCEPTO DE SOCIEDAD.....	Pág.5
2.1.	CUESTIONES GENERALES DE TODOS LOS TIPOS DE SOCIEDAD.....	Pág.5
2.2.	CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA SOCIEDAD.....	Pág.6
2.3.	SEPARACIÓN ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL.....	Pág.12
3	DIFERENCIA ENTRE LA SOCIEDAD INTERNA Y LA SOCIEDAD EXTERNA.....	Pág.15
4	DIFERENCIA ENTRE LA SOCIEDAD Y COMUNIDAD DE BIENES.....	Pág.19
5	MERCANTILIDAD DE LAS SOCIEDADES.....	Pág.23
5.1.	TIPOS DE MERCANTILIDAD.....	Pág.23
5.1.1	<i>Mercantilidad objetiva.....</i>	<i>Pág.24</i>
5.1.2	<i>Mercantilidad subjetiva.....</i>	<i>Pág.25</i>
6	LA PERSONALIDAD JURÍDICA.....	Pág.28

6.1	MOMENTO DE ADQUISICIÓN Y CONCEPTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. CONTRAPOSICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....	Pág.29
6.2	DOBLE INTERPRETACIÓN: DOCTRINA DE LA DGRN Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	Pág. 34
7	ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN.....	Pág.48
8	BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 51

1. INTRODUCCIÓN

En tiempos de la Roma antigua, de la conocida Roma de los emperadores, existía la asociación de personas. Esta asociación era sometida a autorización para poder llevarse a cabo; y se consideraba que cualquier asociación tenía una dimensión política, que cualquier asociación perseguía en última instancia o como un fin último, un fin político¹.

En el siglo XIX², el asociacionismo conservaba la relevancia política. Así en este siglo la doctrina alemana se planteó el estudio de esta figura, la asociación, aunque esta doctrina se ve influenciada por el papel del Estado ante estos entes asociativos. Es por ello, que sabedores del derecho como el estadista prusiano, Savigny, calificaba la asociación como una simple ficción³, llegando a la conclusión así de que la personalidad jurídica de la asociación es una mera ficción, por lo que el Estado no

¹En relación con la asociación en época de la Roma de los emperadores, el mayor temor ligado a esta es el complot contra el emperador. Dicho miedo se justificaba por la muerte de 45 emperadores por causas no naturales, es decir, de los 62 emperadores que conocemos desde Augusto a Constantino, son 17 los que murieron por causas naturales. Este miedo es una de las razones por las que los diversos cultos

²El siglo XIX fue época de la Codificación Civil así como de la constitución de los modernos Estados Europeos.

³La *naturaleza jurídica* de las entidades enunciadas en el art.32 del Código Civil ha sido el centro de gran debate del que surgen diversas teorías: 1) *Teoría de la ficción*: su mayor exponente fue Savigny. Parte de la idea de que el único sujeto natural de derechos y obligaciones es el hombre. Cuando la ley considera que los entes del art.32 tiene capacidad jurídica, realmente se está considerando por medio de una ficción que estos entes son capaces de pensar y querer. Así el derecho los asemeja a una persona ya sea por una razón de conveniencia o de interés. 2) *Teorías negatorias*: sostienen que la única persona real es el hombre al igual que la Teoría de la ficción. Critica esta teoría a la doctrina tradicional, por la insuficiencia de esta en la investigación de la realidad tras la personalidad jurídica. De este razonamiento surgen a su vez diversas teorías como: Teoría de los patrimonios de afectación, Teoría de los derechos individuales, Teoría de la propiedad colectiva, Teoría de Kelsen (para él "las personas sean físicas o jurídicas son construcciones del derecho objetivo a las cuales éste les atribuye un conjunto de derechos y obligaciones"). 3) *Teorías de la realidad*: este teoría mantiene la idea de que la personalidad de los entes del art.32 no es una ficción sino una realidad, porque realmente hay una separación entre los miembros que lo componen y el ente en sí, es clara la línea divisoria entre la voluntad o interés del ente y de los individuos que las componen. De esta teoría a su vez surgen la teoría organicista y la teoría de la institución. Actualmente, para la mayoría de los autores el Código Civil, en su art. 32, se sitúa en la position de la teoría de la ficción; para otros autores, el Código sigue la teoría de la ficción, aunque los cambios realizados en la legislación asemejan su contenido y línea las teoría de la realidad y dentro de ésta a la teoría de la institución.

tendrá ningún condicionante para reconocer o no la personalidad jurídica como tal de una asociación⁴.

Con la Constitución Española se reconoce el derecho de asociación como un derecho fundamental, entendiendo resuelta la cuestión de forma definitiva, ya que en su art.22.3 prevé expresamente la inscripción en el registro “a los solos efectos de publicidad”. De la propia literalidad del precepto se entiende que el legislador constitucional no hace depender la personalidad jurídica de la inscripción registral, sino que se entiende que la publicidad registral no debe ser un trámite del que dependa la personalidad jurídica de la asociación.

Esto se pone en duda habitualmente por el legislador post-constitucional, el cual, en ocasiones, sigue ligando la adquisición de personalidad jurídica al trámite de inscripción en un registro público⁵, como en adelante examinaremos.

En suma, el derecho de sociedades surge como respuesta a una realidad que deriva de la falta de medios económicos que un empresario por sí mismo, como persona única, tiene para llevar a cabo sus negocios. Ante esta manifiesta insuficiencia de medios económicos del empresario para llevar a cabo sus negocios, surgen las sociedades⁶.

Este “fenómeno” fue incrementando, siendo necesario el estudio y reglamentación de esta figura. Atendemos así a sus características y a su régimen jurídico, estudiamos el derecho de sociedades, derecho que forma una de las partes más relevantes del Derecho Mercantil.

⁴En nuestro país, en el tránsito en este mismo siglo del Antiguo Régimen al Estado Liberal, se debatió en la ciencia del derecho así como en la esfera política la extensión del derecho de asociación.

⁵Para coordinar el precepto constitucional con la realidad post-constitucional surge la distinción entre personalidad jurídica básica y personalidad jurídica plena. La personalidad jurídica básica es aquella que surge del propio acto fundacional, y la personalidad jurídica plena es aquella que depende y se condiciona a la inscripción en el registro, y que se caracteriza por aspectos como la oponibilidad frente a terceros así como el sometimiento a un régimen legal específico y en cierto modo ligado a las características, elección, y constitución de la asociación. Esta tesis se recoge actualmente en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 33 al establecer: “Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”, el legislador liga la personalidad jurídica de la sociedad mercantil a la sujeción de un régimen legal conforme a la elección de un tipo social conforme al cual es requisito la inscripción registral.

⁶Los empresarios individuales dejan de constar de esta característica para asociarse con otras personas, surgiendo los empresarios sociales. De esta forma, la magnitud del negocio es mayor, como mayor es la capacidad económica y los medios al alcance. Sin embargo, no solo se lleva a cabo esta asociación por una cuestión económica, sino que también en ciertos casos la asociación puede conllevar responder de una forma limitada, en vez de ilimitada.

2. CONCEPTO DE SOCIEDAD

Nuestro derecho de sociedades parte de un concepto único y unitario de sociedad para todo el derecho privado. Lo cual no quiere decir que exista un concepto de sociedad específico en el derecho mercantil, tal y como establece Cándido Paz-Ares.

La variedad de tipos de sociedad en este derecho lo enriquece y hace de él un abanico de posibilidades prácticas que posibilitan el comercio en todo su esplendor, brindándonos la posibilidad de estudiar diversas figuras de empresarios y socios.

Esto no es obstáculo para que todos estos tipos de sociedad mantengan ciertos rasgos en común, características propias del derecho mercantil que ponen de relieve la finalidad económica, el lucro buscado tanto por el derecho como por las sociedades.

Pues bien, manteniendo la idea de que no existe un concepto de sociedad mercantil tal y como Paz-Ares⁷ y diversos autores de renombre mantienen, es indispensable señalar que existe una sociedad general. Un régimen general en materia de sociedades que es característico del derecho mercantil. Las sociedades personalísimas, destacando la sociedad colectiva⁸ y la comanditaria⁹.

2.1. CUESTIONES GENERALES DE TODOS LOS TIPOS DE SOCIEDAD:

El concepto de sociedad en el derecho privado, o más bien los rasgos característicos de este concepto se establecen en los art. 1665 y siguientes del Código Civil y en el art.116 del Código de Comercio. Ambas definiciones son similares ya que parten de la idea de que mediante un contrato, el contrato de sociedad, dos o más personas se obligan a poner en común bienes, servicios, o ambos, con ánimo de repartir las ganancias obtenidas.

⁷Cándido Paz- Ares, *Curso de Derecho Mercantil I*, CIVITAS, Madrid, 1999, Cap. 19, “La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad”, pág. 329.

⁸Es un tipo de sociedad personalísima, caracterizada por “desarrollar una actividad mercantil bajo una razón social. Sus socios responden de forma ilimitada, personal y solidaria, aunque subsidiaria de las deudas sociales”. Así, Julio Álvarez Rubio, Joaquín Cayón de las Cuevas, Eugenia Fernández Fernández, Enrique Gadea Soler, Vicente Gozalo López, Jorge Tomillo Urbina, *Derecho de sociedades Vol.II, Dykinson, Madrid, 2003*.

⁹Sociedad de tipo personalísima, de grado inferior a la sociedad colectiva. Desarrolla una actividad mercantil. Se caracteriza por la coexistencia de socios colectivos, cuyos nombres deben servir para formar la razón social, y que responden de las deudas sociales de forma ilimitada. Julio Álvarez Rubio, Joaquín Cayón de las Cuevas, Eugenia Fernández Fernández, Enrique Gadea Soler, Vicente Gozalo López, Jorge Tomillo Urbina , *Derecho de sociedades Vol.II, Dykinson, Madrid, 2003*.

El concepto que extraemos de estos artículos es un concepto amplio, extenso, que hace difícil la obtención de una interpretación única y de un concepto claro. Por el contrario de esta extensión, dependen interesantes particularidades normativas e incluso sistemáticas, como la inclusión en el derecho de sociedades de ciertas figuras¹⁰.

El concepto de sociedad lo podemos resumir, haciendo uso de las notas más características de la figura y en concreto del contrato de sociedad que nos dan los artículos mencionados, en: la agrupación voluntaria¹¹ por el cual una o dos personas ponen en común bienes o industria, capital o/y trabajo¹² dirigida a la contribución de sus miembros para la consecución de un fin lucrativo común¹³ (con ánimo de lucrarse y de repartir entre si las ganancias).

2.2 CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA SOCIEDAD:

Del concepto previamente señalado extraemos las características esenciales de la sociedad:

No es sociedad la agrupación involuntaria de personas. Es decir, solo es sociedad aquella asociación voluntaria de personas, denominados socios, para la consecución de un fin. Es por esta razón que no se puede calificar como sociedad a la comunidad

¹⁰La inclusión de figuras asociativas positivizadas como son las cuentas en participaciones, el condominio naval, la unión temporal de empresas la asociación e incluso la cooperativa. Cándido Paz- Ares, *Curso de Derecho Mercantil I*, CIVITAS, Madrid, 1999, Capítulo 19, “La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad”, pág. 430.

¹¹Julio Álvarez Rubio, Joaquín Cayón de las Cuevas, Eugenia Fernández Fernández, Enrique Gadea Soler, Vicente Gozalo López, Jorge Tomillo Urbina, *Derecho de sociedades Vol.II*, Dykinson, Madrid, 2003. “En suma, la sociedad se trata de un contrato en el que pueden participar más de dos personas. Es por ello por lo que se caracteriza como plurilateral, salvo supuestos especiales, como puede ser el caso de las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada que sean fundadas por una sola persona”.

¹²Julio Álvarez Rubio, Joaquín Cayón de las Cuevas, Eugenia Fernández Fernández, Enrique Gadea Soler, Vicente Gozalo López, Jorge Tomillo Urbina, *Derecho de sociedades Vol.II*, Dykinson, Madrid, 2003, “Los socios de una sociedad se obligan a realizar aportaciones para la constitución de un fondo común, con el que realizar una actividad social, actividad común”.

¹³Julio Álvarez Rubio, Joaquín Cayón de las Cuevas, Eugenia Fernández Fernández, Enrique Gadea Soler, Vicente Gozalo López, Jorge Tomillo Urbina, *Derecho de sociedades Vol.II*, Dykinson, Madrid, 2003. “Los socios como regla general tienen como finalidad común el reparto de los beneficios que obtenga la sociedad en su conjunto. Aunque un sector de la doctrina no considera el ánimo de lucro como un elemento esencial y característico del concepto de sociedad; tras la evolución del Derecho de Sociedad entiende este sector que aun cuando el ánimo de lucro se tenga como un elemento normal de la vida y funcionamiento de una sociedad no tiene por qué existir como requisito esencial para calificar como sociedad a las organizaciones asociativas en las que concurran el resto de elementos característicos. Así a las AIE, Agrupaciones de Interés Económico que carecen de ese ánimo de lucro o las Cooperativas sin ánimo de lucro, pueden ser calificadas como sociedades”.

hereditaria¹⁴, ni tampoco a una agrupación de mayoristas impuesta por el Estado, tal y como declara el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de febrero de 1960.

Esta primera característica que obtenemos del breve concepto antes establecido, pone de relieve el *origen negocial* de la sociedad. Ya que dicha agrupación o asociación de personas conlleva en sí misma una negociación, un acto negocial. Es por ello que el acto fundacional de la sociedad constituye un negocio jurídico en sí mismo.

La sociedad tiene su origen tal y como ya hemos señalado en un negocio jurídico situado en la categoría de los contratos, ya que como es sabido tanto el Código de Comercio como el Código Civil, así como la doctrina, referente a esta cuestión hablan de “contrato de sociedad”.

Para la válida existencia y celebración del contrato de sociedad es necesario que concurren los elementos generales de la contratación, (art.1261CC) los requisitos esenciales que todo contrato debe tener, como son: consentimiento, objeto, causa e incluso forma.

En cuanto al consentimiento, según define el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de diciembre de 1959, concurre cuando la voluntad de unirse “versa sobre el fin común y sobre las aportaciones, que son los elementos esenciales del contrato de sociedad”, lo que se denomina como *affectiosocietatis*¹⁵. A su vez, es necesario que el consentimiento se preste y exprese libremente; teniendo siempre en cuenta que solo puede ser prestado por personas con capacidad para obligarse.¹⁶

Otra característica es la consecución de un *fin societario*, de un fin común. Este elemento es el objeto de la sociedad, sobre lo que gira la actividad de la sociedad. Pero no es el objeto del contrato, sino la causa. La causa del contrato de sociedad consiste en la finalidad perseguida por los socios, en el fin común.

El fin común establece en cierta manera la especificidad funcional y jurídica del contrato de sociedad.

¹⁴La comunidad hereditaria es aquella que se constituye entre los herederos del causante a la muerte de este.

¹⁵La *affectiosocietatis* se identifica como la voluntad de unión o la voluntad de puesta en común. Relacionándose así con el consentimiento, *animus contrahendisocietatis*.

¹⁶Destacar que el menor no emancipado no puede celebrar un contrato de sociedad, por sí solo. (Cfr. art.1263.1º y 322 CC en su contrario).

Este fin común debe ser lícito¹⁷ y establecerse de forma vinculante y en interés de todos los socios, tal y como indica el art. 1666 CC¹⁸. Así el fin común vertebrará las aportaciones de los socios, ya que estas se realizan para la consecución del fin.

En cuanto al carácter lucrativo de la finalidad, el art. 116.2CCom y el art.1665 CC establecen el ánimo de lucro. Y la doctrina más tradicional entiende que el lucro debe estar presente en el fin social¹⁹. Incluso la DGRN en resolución de 9 de marzo de 1943 establece que *“en la formación de toda compañía hay estímulos y finalidades comunes, también influye el natural deseo de obtener los beneficios máximos con el menor riesgo”*.

Pero actualmente, parte de la doctrina que discute la necesidad del carácter lucrativo del fin social, equipara el fin lucrativo con el fin común usual²⁰. Respaldan esta idea en la práctica cada vez más extendida del asociacionismo no económico, así como en el principio de libre asociación (art.22 CE) y el principio de autonomía privada (art. 9 CE y 1255 CC) poniendo de relieve la libertad de las partes para negociar sobre criterios rectores del fin social, pudiendo establecer fines lícitos carecientes de animus lucrandi²¹. Y sobre todo, la concepción tradicional está siendo superada por esta parte de la doctrina ya que respaldan la superación del dogma del ánimo de lucro en un argumento sólido como es la aplicación analógica del derecho de sociedades a las agrupaciones con fines no lucrativos, no reconocidas por el ordenamiento como sociedad.

Y en tercer lugar, los socios deben *contribuir a la consecución de este fin*. Esto conlleva a que todos los socios se vean obligados a realizar una aportación a la sociedad que ayude a conseguir el fin establecido.

¹⁷El fin común de la sociedad debe ser lícito, art.1666.1 CC en relación con el 1255 y 1275 del CC, no puede contradecir el derecho positivo como son las normas imperativas o prohibitivas, ni los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. (Cfr. TS 25 de enero de 1956, STS de 31 de diciembre de 1979).

¹⁸Esta es una de las razones por las que se prohíben los pactos leoninos. Pactos por los cuales algunos socios quedan excluidos de la participación en los beneficios, y otros socios agrupan dichos beneficios.

¹⁹Cfr. SSTS de 10 de noviembre de 1986, SSTS de 18 de noviembre de 1986, SSTS de 1 de abril de 1988, SSTS de 5 de junio de 1996 y SSTS de 21 de junio de 1998.

²⁰El id quod plerumque accidit.

²¹En alguna ocasión la jurisprudencia ha considerado que el ánimo de lucro no es esencial para una sociedad irregular, aunque sigue manteniendo la necesidad de animus lucrandi para las sociedades regulares. (Cfr. STS de 6 de octubre de 1994).

Las aportaciones que los socios se comprometen a aportar para la consecución de un fin (social) común forman el objeto del contrato²². Así el objeto del contrato se vincula directamente con la obligación de aportar- obligación básica de las partes- que tiene cada socio. La aportación, y por tanto el objeto, puede ser una prestación de dar, hacer o no hacer, de carácter patrimonial²³, valorable económicamente, y que sea de interés para la consecución del fin social. También puede consistir la aportación en industria o trabajo.

Estos caracteres no son obstáculo para que en nuestro derecho se admita la sociedad unipersonal. Sociedad que carece de pluralidad de personas y por ello de una asociación o agrupación voluntaria de estas, así como de la colaboración de dichas personas para la consecución de un fin común. Pero de forma excepcional y ya asentada en nuestro ordenamiento esta figura societaria se admite por entender que el acto de fundación del socio único es en sí mismo un negocio jurídico, dando a esta figura un origen negocial, y en suma se dirige a aunar esfuerzos para la consecución de un fin.

No solo estos requisitos determinan el concepto de sociedad. Aunque si son los más característicos y por supuesto esenciales. Lo cual no impide que en cada tipo o “categoría” de sociedad elegida por las partes nos encontraremos con diversos requisitos que han de ser cumplidos. Si no concurren los requisitos del tipo especial deberemos aplicar el tipo general previamente visto y regulado en el Código Civil. Ejemplo de esto se da cuando no se reconoce la forma social elegida por concurrir ciertas circunstancias que lo impiden, dando lugar a la “frustración del tipo social”²⁴. Pero siempre respetando en primer lugar la elección del tipo social realizada por las partes, sin establecer límites a la autonomía privada; y solo cuando sea imposible o no factible la aplicación del tipo social seleccionado se aplicará el general, pudiendo las partes regirse de forma interna por las normas legales o estatutarias establecidas para el tipos social que previamente

²²El objeto del contrato tal y como establece el art.1273 CC debe ser una cosa determinada y determinable en cuanto a su especie.

²³Cualquier aportación susceptible de valoración económica art.36.1LSA. (Cfr. STS de 30 de junio de 1993, STS 30 de noviembre de 1991, STS de 3 de diciembre de 1959).

²⁴Esto ocurre en el supuesto de las sociedades de capital irregulares. Son sociedades que se regirán por las normas de la sociedad civil si tienen por objeto una actividad, un objeto, no mercantil; aunque en este supuesto la sociedad podrá conservar en sus relaciones internas parte de las normas estatutarias o legalmente establecidas para el tipo social concreto previamente seleccionado, ya que en cierta medida sigue primando la voluntad de las partes (el principio de autonomía de la voluntad), art. 16 LSA. Y se regirán este tipo de sociedades por el régimen de la sociedad colectiva si tiene un objeto mercantil.

habían elegido, es más, en base al art.121CComdichas normas pueden regir como normas contractuales.

En este momento, y para evitar posible confusión, debemos resaltar que en el tráfico mercantil, en el mundo mercantil, es la sociedad colectiva la denominada sociedad general. La aplicación de este régimen depende no solo de su elección sino que se aplica subsidiariamente siempre y cuando la sociedad realice una actividad mercantil, tenga un objeto mercantil. Por lo que la sociedad colectiva y la sociedad civil no forman parte del mismo marco, sino que se enmarcan en realidades diferentes que posteriormente analizaremos.

Otros requisitos que son necesarios destacar y que en ocasiones se consideran necesarios en el concepto de sociedad son la *actividad común* (o unificada) y el *patrimonio común*.

Debe existir una explotación común de los socios, no es tolerable el ejercicio por separado de actividades por parte de los socios aunque estas estén comunicadas entre si y se repartan los beneficios.²⁵ Aun así esto no deja fuera del concepto de sociedad la asociación de actividades individuales de los artículos 1678 y 1671 y siguientes del Código Civil.

El patrimonio común no hace referencia a un fondo real de la sociedad, a una aportación de derechos de los socios. Sino a la característica de aportación antes señalada. El patrimonio común será así la aportación de trabajo (industria) o aportaciones de clientela, de garantías... Pero, con la denominación de patrimonio común, también nos podemos referir al patrimonio autónomo de la sociedad, ya que la sociedad debe tener una autonomía patrimonial. La existencia de este patrimonio social se relaciona íntimamente con la existencia de personalidad jurídica (art.38CC), no puede haber personificación sin patrimonio social separado.

Esto nos lleva a resaltar otro requisito de las sociedades, como es la personificación, la *personalidad jurídica*. Algunas figuras con organización interna y relevante, así como cierta autonomía, no han sido reconocidas por el legislador como figuras personificadas, es decir, no se las reconoce personalidad jurídica.

²⁵Cfr. STS de 3 de febrero de 1950, STS de 3 de diciembre de 1959, STS de 23 de mayo de 1962 y STS de 18 de noviembre de 1986.

Esto en gran medida tiene su origen en la configuración de la sociedad como sociedad externa, tanto en el ámbito del derecho mercantil como del derecho civil (art. 116.2 CCom– sociedades personificadas- art.1669 par. 2ºCC).

Pero esto no quiere decir que el concepto de sociedad no exige esta cualidad. Ya que las sociedades internas son también sociedades, e incluso las cuentas en participación son dotadas de personalidad jurídica por el Tribunal Supremo en ciertas ocasiones (Cfr. STS de 22 de mayo de 1987).²⁶

Por último, en lo concerniente a las características y elementos del contrato de sociedad, tenemos que hacer referencia a la *forma del contrato*.

Conforme al art. 1278 CC, los contratos son obligatorios cualquiera que sea su forma. No se establece una forma especial, sino que se nos proporciona una libertad de forma siempre y cuando se cumplan los requisitos de validez ya enunciados con anterioridad.

Dentro del contrato de sociedad como “fuente” de la misma nos encontramos con efectos obligacionales y efectos institucionales. Lo cual pone de relieve la doble eficacia del contrato de sociedad, una eficacia obligatoria puesto que es un contrato del que surgen obligaciones y también derechos para las partes, y eficacia organizativa lo cual nos lleva a caracterizarlo como contrato de organización. En base a esta eficacia organizativa, la agrupación debe estar provista de capacidad para mantener relaciones externas, lo que el legislador establece con carácter general como personalidad jurídica.²⁷ El art.1278 CC solo nos habla de los efectos obligatorios, no de los organizativos.

En el ámbito civil, en concreto de la sociedad civil parte de la doctrina y de la jurisprudencia²⁸ sostiene que los contratos no formalizados son irregulares, y en base a esa irregularidad carecen de personalidad jurídica, impiden la personificación de la sociedad.

²⁶En el art.66.3 LEC se recoge el carácter societario de estas figuras.

²⁷La eficacia organizativa del contrato de sociedad se incluye dentro de la personalidad jurídica aunque puede utilizarse otras técnicas no previstas con carácter general por el legislador para la obtención de este efecto). La eficacia organizativa puede resumirse en el establecimiento de grupos dotados de una estructura jurídica que les permita actuar de manera unificada y relacionarse en el tráfico.

²⁸Cfr. STS de 10 de noviembre 1978, STS de 30 de abril de 1986, STS de 9 de octubre de 1987, STS de 12 de marzo de 1988, STS de 21 de junio de 1990, STS de 3 de abril de 1991, STS de 12 de junio de 1996, STS de 17 de julio de 1996).

Por la DGRN se hace depender la personalidad jurídica en resolución de 31 de marzo de 1997 de la inscripción en un Registro Público. Es decir, solo será posible la adquisición de la personalidad jurídica por parte de la sociedad civil no solo con la escritura pública sino que además es necesaria la inscripción registral. Esto colisiona con el art.81 del Reglamento del Registro Mercantil establece que la sociedad civil no es inscribible en ningún registro público.

Este mismo planteamiento se defiende en el ámbito mercantil, solo que en el mundo mercantil se respaldan los argumentos por el derecho positivo, en concreto en los art.118 y 119 CCom²⁹. En base a los artículos citados es necesaria para la existencia de la sociedad externa con personalidad jurídica dos requisitos, tanto la escritura pública³⁰ como la inscripción en el Registro Mercantil³¹.

Mediante el cumplimiento de estos requisitos, la sociedad adquiere personalidad jurídica en todos sus actos y contratos, conforme al art.116.2 CCom. Siendo calificadas como irregulares aquellas sociedades que no cumplan estas formalidades; que no hayan sido formalizadas en escritura pública o siéndolo, no se hayan inscrito en el Registro Mercantil.³²

2.3 SEPARACIÓN ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL

A partir del concepto general y único estudiado del art.1665CC, derivado de la premisa de la prohibición en nuestro derecho de las sociedades atípicas³³, es necesario realizar una separación entre el ámbito civil y el mercantil.

²⁹El art.119 CCom establece que “toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto en el artículo 17”.

³⁰Mediante la escritura pública se da fe de la voluntad de los fundadores de la sociedad, otorgantes de la misma, de constituir un determinado tipo societario mercantil.

³¹Podríamos denominarlo como el “requisito de publicidad”. Mediante la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura, así como su posterior publicación, cuando lo requiera la ley, en el BORNE, damos a conocer el pacto social a terceros.

³²El régimen de estas sociedades ha sido muy discutido por la doctrina y la jurisprudencia. Actualmente de forma mayoritaria se siguen estos criterios:

- Si el contrato de sociedad es válido y reúne los requisitos del art.1261 CC., sin atender a su forma de celebración, ha de estimarse que en su aspecto interno el contrato debe producir todos los efectos. Los socios pueden exigirse mutuamente lo pactado en dicho pacto social.
- En la relación de la sociedad con los terceros, en su aspecto externo, las sociedades denominadas como irregulares, se les aplicará el régimen de la sociedad colectiva; siendo válidos aquellos contratos celebrados por el administrador o administradores con terceros. Responden así los socios de forma personal, ilimitada y solidaria en base al art.127CCom.

³³Sociedades no contempladas legalmente

El mundo civil ha desarrollado su propia forma de sociedad y el mundo mercantil en el Código de Comercio ha desarrollado otras formas paralelas. Es decir, se establecen dos regímenes que en el derecho de sociedades son absolutamente diferenciados e inspirados por principios contrapuestos:

- El régimen o mundo mercantil, que se rige por el principio de solidaridad.
- El régimen o mundo civil, que se rige por el principio de mancomunidad.

La diferencia entre las sociedades civiles y las sociedades mercantiles viene dada por dos aspectos distintos, o en dos planos distintos, como son el contrato y la personalidad jurídica.

En primer lugar, la sociedad es un contrato y como tal contrato debemos destacar que puede tener una regulación en el mundo civil y otra en el mundo mercantil. Es decir, producto de que estamos en presencia de unas normas, de una regulación española, que son frutos del acarreo histórico, en el mundo de los contratos confluyen dos ámbitos, el civil y el mercantil. De esta forma los contratos tienen una división civil y una mercantil, destacando así su dualidad, habrá contratos mercantiles y civiles.

En concreto, el contrato de sociedad será mercantil cuando se haya constituido con arreglo a las normas del Código de Comercio, y será civil cuando se haya constituido con arreglo al Código Civil.³⁴

Y en segundo lugar, la sociedad no es solo un contrato, la sociedad es también una persona jurídica; ya que partimos de la no existencia de sociedades atípicas³⁵. Por lo que debemos atender al surgimiento en el contrato (y su clasificación), de la personalidad jurídica. Habrá así personas jurídicas civiles y personas jurídicas comerciantes o mercantiles.

Por lo tanto, la sociedad es un contrato del que puede derivar personalidad jurídica en determinadas ocasiones.

³⁴El art.121 CCom establece que las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos y en cuanto no esté determinado por las Disposiciones del Código.

³⁵Nuestro derecho de sociedades tiene un único concepto de sociedad, es único el concepto, a partir de aquí nos dice que no puede haber sociedades atípicas. Todas las sociedades están previstas en la ley, y para que haya una sociedad diferente tiene que estar contemplada por una norma con rango de ley. No hay contratos atípicos, son todas típicas.

No obstante el mundo mercantil y el mundo civil han seguido en materia de sociedades caminos diferenciados.

El Código de Comercio en su art.121 obliga a que todas las sociedades mercantiles se constituyan con arreglo al código, con lo cual es necesariamente o debería ser comercial la que se constituye con arreglo al Código. Pero el Código Civil que es posterior al Código de Comercio recoge un art.1670 CC. *"Las sociedades civiles por el objeto a que se consagren pueden revestir todas las formas reconocidas en el código de comercio, en tal caso le serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente código"*. Este artículo rompe el carácter lineal de la mercantilidad que atribuía la forma social típica es decir, rompe el criterio de que las sociedades que se creaban conforme al Código de Comercio eran mercantiles y las sociedades que se creaban conforme al derecho civil eran civiles. De tal forma que este artículo nos dice que puede haber sociedades que se dediquen a actividades civiles y por tanto son sociedades civiles y no comerciantes, y que aún así se constituyan esas sociedades con arreglo al Código de Comercio.³⁶

Es decir, una sociedad con forma mercantil creada con arreglo al Código de Comercio puede desarrollar una actividad mercantil, con lo cual se crea un comerciante; o puede desarrollar una actividad civil, con lo cual surge un no comerciante, art.1670CC. Estas como se constituyen con arreglo al Código si pueden acceder al Registro Mercantil.

En este punto la Ley de Sociedades Capital entre otras nos dice que las sociedades de capital serán siempre comerciantes, mercantiles, cualquiera que sea el objeto al que se dedique. Por lo que de nuevo para estas sociedades volvemos a un carácter lineal.

Por lo tanto, el contrato será mercantil o civil según la forma, según si se ajusta al Código Civil o de Comercio. Y la personalidad jurídica, si es una sociedad de capital será siempre comerciantes, si es cualquiera de las restantes formas del Código de Comercio será comerciante si ejerce una actividad mercantil y será no comerciante si ejerce una actividad civil.

³⁶Se rompe el carácter lineal entre forma y objeto; hasta este momento la forma mercantil, constituirse con arreglo al Código de Comercio estaba vinculada a la actividad civil, y la actividad civil con la forma civil.

Desde la perspectiva de la sociedad civil como contrato, que puede a su vez ser una entidad que actúe en el mercado frente a terceros, nos suscita un problema que el resto de sociedades mercantiles no ponen de relieve, y es el problema de la publicidad institucional de los pactos contractuales por los que se rige.

Ante esta problemática en general se sostiene que si una tercera persona mantiene un vínculo contractual con la sociedad civil (que ejerce una actividad económica y por tanto mercantil, art.2CCom), la oponibilidad depende de la apariencia. Es decir, depende de lo que haya podido ser conocido por el tercero de acuerdo o conforme a la diligencia de un buen comerciante y a su vez de la buena fe. En esta tesitura, el tercero puede conocer la situación real, es decir, la aparente, o bien puede conocer la situación legal, denominando así a la tipificada por el ordenamiento jurídico.

Es por ello que la mayoría de los autores defienden que la sociedad que quiera oponer un pacto social debe probar el conocimiento de este en el momento de contratar por el tercero. Entrando aquí en juego la publicidad de las cláusulas contractuales, del contrato de sociedad, ya que solo pueden ser oponibles frente a terceros si gozan de cierta publicidad real o registral.³⁷

Esta argumentación descansa en el principio de apariencia, en la tutela de la apariencia. El tercero no cree erróneamente o no tiene un conocimiento erróneo sobre la naturaleza y tipología de la sociedad, sino quedándose una falta de publicidad el tercero bajo la buena fe confía en que dicha sociedad se rige por el régimen, organización y estructura legalmente estandarizado en el comercio por la vía legal, de nuestro derecho positivo.

3. DIFERENCIA ENTRE LA SOCIEDAD INTERNA Y LA SOCIEDAD EXTERNA.

La doble vertiente de efectos del contrato de sociedad, la diferencia entre el efecto organizativo y el efecto obligacional, nos permite dilucidar ante qué tipos estructurales de sociedad estamos. En concreto, podemos diferenciar entre sociedad interna y sociedad externa en atención a estos efectos.

³⁷ Esto se establece en la Ley de 15 de marzo de 2007 para las sociedades civiles profesionales.

La sociedad interna es aquella que solo tiene efectos obligatorios y no efectos organizativos. En cambio, la sociedad externa es la que podríamos identificar como sociedad personificada, y tal y como este adjetivo de personificada indica, tiene personalidad jurídica y por lo tanto efecto organizativo.

La sociedad externa es la sociedad modélica desde el punto de vista legal, el modelo en el que se basa el legislador en nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo de la interpretación y aplicación del art. 1669CC., y volviendo a la premisa de la publicidad de las sociedades antes señaladas a la luz del art.1669.1CC “*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*³⁸. *Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.*³⁹” debemos hacer distinción entre dos tipos estructurales de sociedad, como son la sociedad interna y la sociedad externa.

Las sociedades internas son aquellas que carecen de publicidad, suelen ser sociedades ocultas a la par que internas. De esta falta de publicidad surge el dogma y error de que la personalidad jurídica, el efecto organizativo está ligado a la publicidad de la sociedad.

En realidad la publicidad nos sirve para distinguir entre sociedad oculta y sociedad manifiesta o aparente. En la práctica la mayoría de los supuestos se relacionan entre sociedad oculta y sociedad interna, así como sociedad externa y sociedad manifiesta. Es decir, las sociedades internas suelen ser sociedades ocultas, y las sociedades externas suelen ser sociedades manifiestas. Pero no siempre tiene porque ser así, sino que hay supuestos en los que nos encontramos con una sociedad interna y manifiesta, e incluso con una sociedad externa y oculta.

Esto nos hace reflexionar e interpretar este precepto conforme a la práctica y no de forma sistemática. Las sociedades internas no lo son por su falta de publicidad, por ser ocultas; sino que son ocultas porque son internas, pero el hecho de ser internas no es un

³⁸El párrafo primero del art.1669 CC. hace referencia la sociedad interna.

³⁹El párrafo segundo del art.1669 CC. hace referencia a la sociedad externa.

impedimento para que sean manifiestas. Y lo mismo sucede con las externas, las sociedades externas no tienen por qué ser manifiestas, aunque suelen serlo.⁴⁰

La distinción entre estos dos modelos básicos, o estructurales de sociedad, la podemos fijar en su estructura.

La *sociedad interna* es aquella que se estructura y configura como una mera relación obligatoria entre los socios, como un vínculo de obligación entre los socios. Teniendo los socios la voluntad de negociar de forma individual y no conjunta.

Por otro lado la *sociedad externa* es la sociedad, sujeto de derecho, de relaciones jurídicas, que se estructura como un grupo organizado, una estructura organizada.⁴¹ Esta organización pone de manifiesto un efecto organizativo característico de este tipo de sociedad⁴², y a su vez la transcendencia externa de su organización o agrupación. Esta estructura u organización contractual es la que le permite mantener relaciones externas y participar así en el tráfico.

Esta diferencia estructural la podemos encontrar en el contrato, de la voluntad negocial. En general toda sociedad se tiene como externa, salvo que los socios tengan voluntad de que sea interna y lo plasmen en el contrato de sociedad mediante una cláusula de ocultación o una cláusula de representación indirecta. También podemos hallar esta voluntad de sociedad interna en la finalidad buscada por la sociedad, cuando el “fin sea reglamentar las relaciones entre los socios”.⁴³

En concreto, la voluntad negocial en la sociedad externa en cierta medida ha quedado más o menos clara. Es una voluntad de estructurarse para realizar actividades y mantener relaciones externas en el tráfico, con tercero.

⁴⁰Cfr. STS de 1 de octubre de 1986.

⁴¹Cándido Paz-Ares, Comentarios del Código Civil Vol.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. pág.1353, “El contrato de sociedad despliega típicamente sus efectos en una doble vertiente, obligatoria y organizativa. Aunque nada impide que las partes renuncien a la vertiente organizativa y su compromiso solo se contraiga con respecto a la vertiente obligatoria.”

⁴²Cándido Paz-Ares, Comentarios del Código Civil Vol.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. pág.135, “Los socios no pueden renunciar a este efecto organizativo en las sociedades externas. Ya que la sociedad externa a parte de caracterizarse por su vertiente organizativa, también se caracteriza por las relaciones unificadas externas, es decir, por su transcendencia externa. Transcendencia que se hace depender en gran medida del efecto organizativo del contrato”.

⁴³La voluntad de establecer una sociedad interna también tiene su origen ocasionalmente pero no de forma necesaria, cuando el fin buscado es reglamentar las relaciones entre los socios. Como la sociedad de comunicación de resultados, sociedades de distribución de gastos, sociedades profesionales de medios, cárteles... (Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil I*, CIVITAS, Madrid, 1999, Cap.19, Pág.452.)

En la sociedad interna la voluntad es la de no participar unificadamente y por tanto conjuntamente en el tráfico, este supuesto es aquel en el que no se prevé realizar una actividad externa.⁴⁴ Pero cabe el supuesto de que dicha sociedad interna si prevea la realización de una actividad externa, solo que la voluntad negocial sigue siendo la de no participar conjuntamente en dicha actividad con terceros. Esto último, pone de manifiesto que las sociedades internas pueden tener un efecto organizativo ya que pueden actuar en el tráfico con terceros, por lo que constarían tanto de un efecto obligatorio como organizativo; con la mera diferencia de la realización no conjunta de la actividad.

Las relaciones con terceros en el tráfico, las llamadas relaciones externas son relaciones unificadas. Como anteriormente hemos señalado una de las características de las sociedades es la actuación conjunta, unificada, en el tráfico. Estas relaciones unificadas con terceros de la sociedad como sujeto de derecho hacen que se rija la sociedad por un derecho especial, un derecho especializado para la persona jurídica. De ahí que la sociedad externa con carácter general tenga personalidad jurídica.

Por lo tanto, toda organización que tenga como objetivo fundacional el mantenimiento de relaciones externas, está dotada por el ordenamiento de una subjetivación que les permita actuar en el tráfico. Es decir, el legislador otorga personalidad jurídica a estas organizaciones.⁴⁵ Esto hace relevante señalar, con respecto a la sociedad interna, muchos autores mantienen que al carecer estas de una organización, de un efecto organizativo, y caracterizarse por ser un simple vínculo obligacional entre los socios, carecerá de subjetivación así como de eficacia externa. Poniendo de manifiesto, y ejemplificando la sociedad sin personalidad jurídica del art.1669.2º CC.

El artículo 1669.2º CC., establece que *“esta clase de sociedad se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”*, entendiendo así que en lo que

⁴⁴ Esto hace que se excluya todo ápice de sociedad ad extra.

⁴⁵ Esto se pone de manifiesto si examinamos la personalidad jurídica de las sociedades de personas, que careciendo de la organización propia de una sociedad externa, tiene cierta subjetivación que permite su actuación en el tráfico.

respecta al sustrato patrimonial⁴⁶, a la responsabilidad, la sociedad interna, en suma la sociedad sin personalidad jurídica, se estructura como una comunidad de bienes.⁴⁷

Por último, en la distinción entre sociedad interna y externa merece una atención especial la responsabilidad de los socios. Parte de la doctrina entiende que el art.1698 CC es aplicable a los socios de las sociedades internas;⁴⁸ defendiendo la idea de que en las sociedades internas no existen deudas sociales, es decir, deudas propiamente de la sociedad, sino deudas individuales. La existencia de una relación obligatoria entre un socio y un tercero, no legitima al tercero para proceder en contra de la sociedad, de aquellos socios que no estén directamente obligados por el previo vínculo obligacional.⁴⁹

4. DIFERENCIA ENTRE LA SOCIEDAD Y COMUNIDAD DE BIENES.

Después de analizar las realidades y características de la sociedad, lo primero que tenemos que hacer es diferenciar entre la sociedad y otras figuras afines o semejantes.

Como por ejemplo diferenciar la sociedad y la asociación. Transformando se la asociación en sociedad cuando entra en el tráfico y el mercado.

Y sobre todo diferenciar la sociedad de la comunidad de bienes, que en suma es una situación de cotitularidad sobre un patrimonio (pro indiviso).

La comunidad de bienes es una situación de cotitularidad colectiva, mientras que la sociedad es un contrato. En la comunidad no hay voluntad de constituirse, no se ha tenido voluntad de ser copropietarios, mientras que la sociedad es una situación querida, voluntaria. Es en si la diferencia entre la titularidad colectiva unificada con personalidad jurídica y la titularidad colectiva disgregada (art.1665CC y el 392CC).

⁴⁶Cfr. STS 3 de abril de 1982 y STS 26 de abril de 1988.

⁴⁷No se excluye en el art.1669 CC. la aplicación del derecho de sociedades en el plano obligatorio, en la relación obligatoria de los socios de una sociedad interna.

⁴⁸Doctrina de DIEZ-PICAZO y GULLÓN, Sistema, IIº, pág.528, referencia a GIRÓN, Der.soc. I, pág.50, 79-80. En este punto la doctrina separa dos fenómenos que suelen llevar a confusión: la sociedad oculta y la sociedad interna. En sede de responsabilidad, en la sociedad oculta responden los socios ocultos siempre que estemos ante deudas sociales; y en el caso de la sociedad interna los socios no responden como tal de deudas sociales.

⁴⁹En la sociedad interna las relaciones con los terceros, no son relaciones externas de la sociedad sino relaciones individuales de los socios.

Pero nos encontramos con ciertos elementos que generan confusión entre la figura de la comunidad de bienes y la sociedad. Ya que la doctrina de forma mayoritaria intenta distinguir estas figuras en base a su origen, y/o en base a su fin.

Estableciéndose así que la sociedad tiene como ya hemos visto un origen negocial, y un fin lucrativo y dinámico; mientras que la comunidad tiene un origen incidental, y un fin caracterizado por ánimo de uso y estático.

Estas dos figuras pertenecen a planos de realidad distintos, pero que pueden coexistir. Aquí es donde nos topamos con el problema. El problema está en distinguir estas figuras cuando se dan en un mismo plano. Esto sucede cuando el contrato de sociedad configura una sociedad interna. Ya que si configuran una sociedad externa se tendrá como sociedad personificada al haberse constituido con ánimo de actuar en el tráfico de forma unificada.⁵⁰

Esto nos sitúa los problemas de diferenciación solo en el plano de la sociedad interna y no así en la sociedad externa. Se plantea en este ámbito la necesidad de delimitar lo perteneciente a la figura de la sociedad y lo que forma parte de la figura de la comunidad ya que es donde pueden coexistir ambas figuras. En lo concerniente a la titularidad no cabe duda que estamos ante una comunidad, pero en lo referente a la relación obligatoria debemos distinguir si esta es una relación obligatoria contractual en base a la cual estaríamos ante una sociedad, o si es una relación obligatoria legal, estando así ante una comunidad.

En el ámbito obligacional, de las relaciones obligatorias entre los comuneros, haciendo uso de parte de la definición de sociedad podemos dilucidar la controversia antes enunciada, la distinción entre la figura de la sociedad y la comunidad. Pues bien, como se ha señalado en varias ocasiones, en la sociedad las partes se obligan a la consecución de un fin común, pero si se constituye sin un fin común no podemos hablar de sociedad, sino que hablamos de comunidad. Por lo tanto, si las relaciones entre

⁵⁰Se impide la actuación en el tráfico de las comunidades STS de 13 de marzo de 1961, STS de 21 de diciembre de 1965, Res. DGRN de 7 de junio de 1962. Así, la explotación de una empresa por parte de unos herederos, de forma unificada en el tráfico, superando la finalidad conservativa (que se debe tener por estos antes de la liquidación) a una finalidad lucrativa, hace que dicha comunidad se convierta en una sociedad externa, por cumplir los requisitos de esta. Surgiendo concertado el contrato de sociedad por hechos concluyentes o de forma tácita. (STS de 24 de mayo de 1979, de 16 de abril de 1942, de 29 de julio de 1995). En estos casos las relaciones externas se deben someter a las normas societarias (STS 25 de marzo de 1996) por razones tanto de política jurídica como conceptuales.

comuneros buscan un mismo fin común se regirán por la normativa de las sociedades, pero si por el contrario no buscan un fin común se regirán por las normas legales que rigen la comunidad.

En lo referente a la normativa aplicable en la sociedad interna no es tan clara y precisa esta distinción entre normas que rigen la sociedad o normas que rigen la comunidad, sino que determinados preceptos que forman parte de la normativa aplicable colisionan entre sí, como son los art.1669.2 y 392.2 del Código Civil.

Pero si interpretamos estos artículos conforme a la sección del Código Civil en la que se encuentran⁵¹, el art.392.2 está situado en sede de derechos reales, mientras que el art.1669.2 se ubica en sede de contratos, por lo que sus remisiones en realidad serían las siguientes: el art.392 en su párrafo segundo nos remite a la sociedad para la reglamentación de los aspectos obligatorios, mientras que el art.1669.2 nos remite a los preceptos sobre la comunidad para la regulación de los aspectos jurídico-reales. De este modo los artículos se complementan pero no colisionan, proporcionándonos una regulación completa y así una seguridad jurídica.

Así, cuando la sociedad y la comunidad coexisten en un mismo plano, en una misma realidad, las relaciones jurídico reales de titularidad se rigen por las normas de la comunidad en cuanto a la titularidad sobre el patrimonio común, art.399, 403 y 405 del Código Civil⁵², y las relaciones obligatorias se rigen por las normas de la sociedad.

Es por ello que el primero elemento jurídico que conlleva confusión es la personalidad jurídica de la sociedad externa. El art.1669CC regula cuando tiene la sociedad personalidad jurídica, es decir, cuando surge una sociedad con subjetividad, personalidad, con una realidad diferente a sus socios; o en su contrario, cuando se crea

⁵¹“Se realiza una reducción teleológica sobre la base de ambas normas”. Tal y como Cándido Paz Ares establece Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil I*, CIVITAS, Madrid, 1999, Cap.19, Pág.392. par2º“intenta preservar el principio de autonomía privada en el ámbito de las relaciones obligatorias, y el art.1669.2 preserva la inderogabilidad de las normas que perfilan o configuran derechos reales. Delimitando así el sentido de ambas normas y su ubicación cabe obtener la solución al razonamiento antes planteado, cuando la sociedad y la comunidad coexisten en un mismo plano, en una misma realidad, las relaciones jurídico reales de titularidad se rigen por las normas de la comunidad, y las relaciones obligatorias se rigen por las normas de la sociedad”.

⁵²No se rige por todas las normas que el Código Civil prevé para la comunidad, y como sostiene en reiteradas ocasiones la jurisprudencia (Cfr. STS de 21 de junio de 1990), sino que son de aplicación las normas que se refieren a la titularidad sobre el patrimonio común, al derecho de cada comunero sobre este patrimonio (art. 393, 403, y 405CC).

una sociedad interna sin personalidad jurídica en la que los socios son titulares directos. Este artículo 1669 CC nos dice que *"no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de estos contraten en su propio nombre con terceros"*, es decir, nos niega o nos determina los supuestos en los que la sociedad no tiene personalidad jurídica, nos dice cuando los socios crean una sociedad que no es distinta a los socios es decir que no tiene personalidad jurídica. Así señala y define unas sociedades que existen como contrato pero que no crean una personalidad distinta, una realidad distinta, a las personas de sus socios.

En el párrafo segundo de este artículo, nos dice que esta clase de sociedades que no tiene personalidad jurídica, (las sociedades internas), se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Es decir, las comunidades de bienes o mejor dicho las normas que regulan las comunidades de bienes art.392 y siguientes del Código Civil, que se aplican supletoriamente a las sociedades sin personalidad jurídica. Con lo cual aquí es visible la existencia de una interacción entre las comunidades y las sociedades.

Así, lo relevante para diferenciar entre comunidad de bienes y sociedad es cuando nace la personalidad jurídica de las sociedades. Porque si la sociedad tiene personalidad jurídica⁵³ se regula por las normas de las sociedades, mientras que si la sociedad no tiene personalidad jurídica se regula por las normas de la comunidad de bienes.⁵⁴

Por otro lado, la comunidades de bienes es una titularidad estáticas que recaen sobre un bien. Aunque dicha comunidad de bienes puede iniciar, desarrollar e incluso continuar una determinada actividad económica.⁵⁵

En esta situación, comunidades de bienes que continúan con el ejercicio de una actividad, nos llevan a preguntarnos si esas comunidades de bienes tiene o no

⁵³Si tiene personalidad jurídica surge una realidad distinta que se regula por una normativa distinta a si no tiene personalidad jurídica.

⁵⁴Por ejemplo, si no hay personalidad jurídica y los socios deciden asignarse en pro indiviso el bien no hay transmisión, el cambio con la personalidad jurídica sí.

⁵⁵Como por ejemplo un restaurante que heredan tres hijos a la muerte de su padre, y continúan con la explotación de ese restaurante. Son las que en la práctica denominamos las comunidades societarias. Destacar que actualmente, la figura de la comunidad societaria ha encontrado refrendo en el mundo laboral, ya que pueden ser empleadores.

personalidad jurídica, y si por tanto son o no comunidades de bienes, o si estamos ante otra figura distinta.⁵⁶

Por lo tanto la cuestión es, cuando surge la personalidad jurídica, cuando surge esa realidad diferenciada de los socios.⁵⁷

5. MERCANTILIDAD DE LAS SOCIEDADES:

En el Código de Comercio se hace referencia a algunas cuestiones que se tornan fundamentales en el derecho de sociedades. Estas cuestiones generales afectan sobre todo a las llamadas sociedades personalísimas o de naturaleza personalísima.

En concreto, en los artículos 116 a 124 del CCom. Se establece lo referente a la mercantilidad de las sociedades, a la tipología societaria y a la irregularidad de las sociedades mercantiles.

5.1 TIPOS DE MERCANTILIDAD

Podemos diferenciar dos categorías o dos tipos dentro de la mercantilidad. Una es la mercantilidad objetiva y otra la mercantilidad subjetiva.

La mercantilidad objetiva es la que se refiere al tipo, es decir, la mercantilidad de la sociedad como contrato. Es por ello que será civil la sociedad que se haya constituido conforme al Código Civil, y que su estructura y funcionamiento se someta a la normativa que se consolida en dicho código. Así en su contrario, será mercantil la sociedad que se constituya, estructure y funcione conforme a la normativa mercantil, que se rija por las normas mercantiles reguladoras del tipo social concreto.

Por otro lado, la mercantilidad subjetiva es aquella que hace referencia a la personalidad jurídica. Esta mercantilidad referente a la sociedad como sujeto tiene sentido solo en el ámbito de las sociedades externas, no así en las internas.

La mercantilidad subjetiva en suma hace referencia a la personalidad que surge o es consecuencia del contrato de sociedad. Según Cándido Paz-Ares, en relación con este

⁵⁶Nuestro derecho no permite las sociedades atípicas, no permite la existencia de otras sociedades más que las que están contempladas legalmente. Y la comunidad de bienes que ejerce una actividad económica no dejaría de ser una sociedad atípica.

⁵⁷Cfr. Art.33 de la ley de sociedades de capital.

tipo de mercantilidad “será mercantil la sociedad que haya de reputarse comerciante colectivo, y por tanto, sujetarse al llamado estatuto del empresario, y será civil la que no merezca tal calificación y régimen”⁵⁸.

Desde mi punto de vista esto es así en la mayoría de las ocasiones, pero no siempre la sociedad mercantil se reputará como un comerciante y la sociedad civil como un no comerciante, sino que en algunos supuestos nos podemos encontrar con sociedades civiles que a pesar de su forma actual como un comerciante y tiene un objeto por tanto mercantil.

Con el objeto de dejar bien delimitada la calificación de las sociedades, como sociedad civil o sociedad mercantil, es necesario estudiar de forma más exhaustiva los diferentes tipos, o planos, de mercantilidad.

5.1.1 Mercantilidad objetiva:

En sede del Código de Comercio, en su art. 116.1, se establece que será mercantil el contrato de compañía siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio. Es decir, constituir una compañía con arreglo a lo dispuesto en el art.119CCom, siendo necesaria la escritura pública y la posterior inscripción en el registro mercantil.⁵⁹

Es por esto, que parte de la doctrina y algunas líneas jurisprudenciales consideran sociedades civiles a las sociedades que se constituyen sin atender a la forma establecida en el art.119CCom, y que se denominan como sociedades irregulares.

Pero esta interpretación queda vacía de contenido, y nos lleva a un sin sentido, si tenemos en cuenta quienes son las destinatarias de este precepto. Es decir, a quien se dirige la norma citada. Ya que el art.119 determina la mercantilidad de las compañías de comercio. Son por lo tanto las sociedades mercantiles las destinatarias del contenido del precepto. En concreto, ordena la constitución mediante escritura pública y la inscripción de la sociedad mercantil en el registro mercantil. Pero no hace depender la

⁵⁸Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, “Curso de Derecho Mercantil I”, CIVITAS, Madrid, 1999, Cap.21, Pág.492.

⁵⁹Criterio de la formalidad.

mercantilidad de estos dos requisitos, sino que la adopción de estos requisitos depende de su naturaleza mercantil.⁶⁰

A su vez, constituir una compañía, sociedad, con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio, debe entenderse con arreglo a las formas o tipos sociales que dicho código recoge⁶¹, como pueden ser la sociedad comanditaria, la sociedad colectiva, la sociedad limitada, sociedad anónima...⁶² Pero esto hace que no consideremos como mercantiles a sociedades que no adoptan un tipo o forma de sociedad mercantil sino que adoptan la forma de sociedad civil, aun cuando se dedican a una actividad comercial, al comercio.

Es por ello que debemos atender también a la materia y no solo a la forma. Centrándonos así en la actividad que tenga por objeto la sociedad.⁶³

Son abundantes las sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado al respecto. En todas ellas respalda la idea de que la mercantilidad de la sociedad depende en cierta medida de que esta tenga por objeto una actividad comercial o industrial.

Así se podría afirmar que la forma mercantil exige una actividad comercial o industrial, es decir, que el tipo mercantil exige una materia también mercantil (art.117.2, 123.5 y 136CCom).

5.1.2 Mercantilidad subjetiva:

En lo referente al establecimiento o delimitación de la mercantilidad subjetiva debemos acudir al artículo 1 del Código de Comercio. En su apartado uno establece que se tendrán como comerciantes a *“las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este código”*. Por lo que la condición de comerciante o empresario la ostentarán solo si se constituye la compañía con arreglo al código (criterio formal).

Pero tal y como hemos establecido en la mercantilidad objetiva, la forma o tipo, y la materia o actividad desarrollada por la sociedad, están íntimamente relacionadas. Tal es

⁶⁰No depende la mercantilidad de las sociedades de su inscripción en el registro. Sino que para la inscripción de la sociedad depende de su naturaleza mercantil. Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil I*, CIVITAS, Madrid, 1999, Cap.21, Pág.493.

⁶¹Criterio de la forma social.

⁶²Cfr. Resolución de la DGRN de 30 de agosto de 1892.

⁶³Criterio de la materia mercantil.

la conexión entre ambas que en sede de mercantilidad subjetiva debemos también tener en cuenta para la atribución de comerciante el ejercicio de la actividad que realiza.

El Código de Comercio parte de la premisa de que las sociedades constituidas con arreglo a un tipo mercantil desarrollan una actividad comercial o/y industrial. Así, la condición de comerciante se hace depender del ejercicio de una actividad mercantil.

Teniendo en cuenta esto, podemos establecer que es la materia mercantil la que determina la mercantilidad de la sociedad, tanto en el ámbito subjetivo como objetivo. Esto hace que no puedan existir sociedades mercantiles que no sean comerciantes, y no pueden existir comerciantes que no sean sociedades mercantiles (esto último será matizado más adelante).⁶⁴

Este sistema expuesto del Código de Comercio liga entre si la mercantilidad del tipo con la mercantilidad del sujeto, mercantilidad objetiva con subjetiva. Pero si acudimos al Código Civil, promulgado cuatro años más tarde que el Código de Comercio, también nos encontramos con un sistema de determinación de la mercantilidad en su art.1670.

El art.1670 CC establece que “las sociedades civiles, por el objeto a que se consagran, pueden revestir todas las formas reconocidas en el Código de Comercio”. Así este precepto pone a disposición del tráfico civil las formas y tipos sociales del derecho mercantil. Permitiendo que una sociedad civil adopte un tipo mercantil, pero no que una sociedad mercantil adopte un tipo civil.⁶⁵

Este precepto basa la mercantilidad en un criterio material, y rompe así la relación que establece el Código de Comercio entre mercantilidad del tipo y del sujeto.⁶⁶

De esta exposición se desprende el razonamiento del que surgen las sociedades mixtas, que son aquellas sociedades que adoptan un tipo mercantil para el ejercicio de una actividad civil. Estas sociedades denominadas mixtas, son objetivamente mercantiles pero subjetivamente civiles.

⁶⁴En la práctica la jurisprudencia no termina de seguir esta línea teórica. En algunas ocasiones considera sociedades civiles, sociedades que tienen por objeto una actividad mercantil (industrial o comercial). Incluso se llega a considerar por el TS en sentencia de 8 de julio de 1993 que las sociedades irregulares no son sociedades mercantiles.

⁶⁵Cfr. Res. DGRN de 1 de abril de 1997. STS de 30 de mayo de 1992.

⁶⁶La puesta a disposición de la actividad civil los tipos mercantiles realizada por el artículo 1670 del CC conlleva a la derogación de los art.117.2 y 123 del Código de Comercio que ligan la adopción de un tipo mercantil a un objeto, actividad, mercantil, por la Ley de 25 de julio de 1989.

En base a la mercantilidad, podemos concluir con una clasificación de las sociedades, encontrándonos con:

- Sociedades con forma mercantil que se dedica a un objeto mercantil. Son sociedades que son objetivamente mercantiles y subjetivamente mercantiles.
- Sociedades formalmente mercantiles que se dedican a actividades civiles. Son las sociedades objetivamente mercantiles y subjetivamente civiles. Son las sociedades del art.1670 CC.
- Sociedades anónimas y sociedades limitadas, es decir sociedades de capital. Que son siempre mercantiles se dediquen a lo que se dediquen son comerciantes, son siempre objetiva (se contribuyen acorde a la ley de sociedades de capital) y subjetivamente mercantiles (porque lo dice la ley de sociedades de capital).⁶⁷
- Sociedades que se constituyen con arreglo al Código Civil y que se dedican a una actividad mercantil. Estas serían las sociedades objetivamente civiles y subjetivamente mercantiles. Sería un comerciante, son las conocidas como sociedad irregular, antes enunciada. A estas sociedades irregulares, según la Ley de Sociedades de Capital se le deben aplicar las normas de la sociedad civil si su objeto es civil y las normas de la sociedad colectiva cuando su objeto sea mercantil. Es decir, los socios responderán mancomunadamente cuando la sociedad sea civil y solidariamente cuando la sociedad se dedique a una actividad mercantil⁶⁸.

⁶⁷El legislador mercantil en busca de respaldar la sociedad más pura, a través de la ley de sociedad anónimas y la ley de sociedades de capital, establece que las sociedades de capital serán siempre mercantiles con independencia del objeto al que puedan dedicarse. Art.2 ley de sociedades de capital "Las sociedades de capital cualesquiera que sean su objeto serán siempre comercial", es decir, la forma mercantil determina para las sociedades de capital que estas sean necesariamente comerciantes, por lo que una sociedad anónima que se dedique a una actividad agrícola será comerciante porque es sociedad anónima, pero una sociedad colectiva que se dedica a la misma actividad no ser comerciante porque no es una sociedad anónima. Esta vez es por la forma por lo que es una sociedad mercantil, porque es una sociedad de capital.

⁶⁸Estas sociedades son todas aquellas que sin estar inscritas se dedican a una actividad económica conforme aún método económico, y no sólo las sociedades sino cualquier agrupación colectiva que se dedica a una actividad mercantil, conforme a un método económico predeterminado, se sitúa en la aplicación de esta normativa. Por ejemplo, una sociedad civil o una comunidad hereditaria que explota un restaurante adquirido por herencia, o una comunidad de bienes, se le aplicaría las normas de la sociedad colectiva y los socios responden colectivamente ya que ejercen una actividad civil. Otro ejemplo es una sociedad civil para una actividad de farmacia, se le aplicarían las normas civiles. ¿Actúan en el mercado conforme a un método económico predeterminado? Esa es la pregunta que debemos

6. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La personalidad jurídica se puede definir como una realidad jurídica, que nace del contrato de sociedad, objetivamente y subjetivamente indivisible.⁶⁹ Cuyo análisis debe ser realizado en relación con las afirmaciones anteriormente establecidas.

El precepto que aborda la cuestión de la sociedad como persona jurídica de carácter civil está redactado de forma negativa⁷⁰, es el referido a la sociedad civil sin personalidad jurídica, el art.1669 CC. Este artículo hace referencia a la sociedad sin personalidad jurídica al afirmar que *“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”*. A sensu contrario cabe entender que toda otra sociedad civil que no siga lo establecido en este precepto si goza de personalidad jurídica⁷¹.

Lo cierto es que el precepto 1669 no está falto de polémica, el desacuerdo doctrinal es constante en lo que al modo y momento de adquisición de la personalidad jurídica se refiere. Parte de la doctrina establece que la personalidad jurídica se adquiere con el requisito indispensable de la publicidad, la inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil (u otro ad hoc). Por otro lado, cierta parte de la doctrina defiende la autonomía de la voluntad de las partes, así como el contrato de sociedad como único requisito necesario para la obtención de la personalidad jurídica.

hacer para saber dónde encasillarlo. Por ejemplo las monjas al dar comida a los desamparados no tienen método económico. (Si hay un método económico predeterminado es mercantil).

⁶⁹“La condición de existencia de la personalidad jurídica es que se haya pactado una sociedad externa, o que no se haya pactado una sociedad interna”. Cándido Paz-Ares, Comentarios del Código Civil Vol.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, (art.1669).

⁷⁰La sociedad como persona jurídica de carácter civil no es una figura que está definida de forma clara, el Código Civil la regula en sede de contratos (art.1669 CC), en el marco de la regulación del contrato de sociedad civil.

⁷¹A continuación de este artículo, en el Código nos encontramos con el artículo 1670, que nos dice que las sociedades civiles por el objeto a que se consagren pueden revestir cualquiera de las formas previstas en el Código de Comercio. Son muchos los autores que han defendido la interpretación conjunta de este artículo con su anterior (1669 y 1670), como por ejemplo Federico Castro que entiende que estos artículos deberían ser interpretados conjuntamente, concluyendo que la sociedad civil con pactos secretos equivale a una sociedad no inscrita, es decir, a sociedad que no reviste las formas mercantiles establecidas en el Código de Comercio y que por tanto no se inscriben en el Registro Mercantil. Para otros autores como Francisco Mariño defiende que la interpretación conjunta no se adecua al tenor de las normas. No acepta que el legislador condicione la adquisición de la personalidad jurídica a la adopción de una u otra forma societaria.

Este debate se plasma en diversas resoluciones de la DGRN⁷² así como en jurisprudencia constante y cambiante del TS⁷³.

6.1. MOMENTO DE ADQUISICIÓN Y CONCEPTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. CONTRAPOSICIÓN DEL CODIGO CIVIL Y DEL CODIGO DE COMERCIO.

Como regla general, la personalidad jurídica de la sociedad tiene su origen en el momento de la celebración del contrato. Tanto la eficacia obligacional como la eficacia organizativa derivadas del contrato despliegan sus efectos con la perfección del contrato, del negocio jurídico⁷⁴.

La personalidad jurídica aúna en sí la eficacia organizativa del contrato de sociedad antes señalada, art. 116 CCom y 1669 CC⁷⁵. Es el legislador quien con carácter general vincula la personalidad jurídica con la estructura jurídica apta para actuar de manera unificada en el tráfico.

En concreto, el concepto de personalidad jurídica contiene un contenido básico que permite que el grupo social pueda actuar en el tráfico de una manera unificada.⁷⁶ El

⁷²Cfr. RDGRN de 31 de Marzo de 1990, RDGRN de 1 de Abril de 1997, RDGRN de 11 de Diciembre de 1997, RDGRN de 22 de Abril de 2000, RDGRN de 14 de Febrero de 2001, RDGRN 26 de Mayo de 2006, RDGRN 25 de Junio de 2012, RDGRN de 21 de Mayo de 2013, RDGRN de 2 de octubre de 2013, RDGRN de 28 de Noviembre de 2013, RDGRN de 29 de Noviembre de 2013, RDGRN de 6 de Agosto de 2014.

⁷³Cfr. STS de 3 de Diciembre de 1959, STS de 8 de Febrero de 1960, STS de 30 de Mayo de 1992, STS de 24 de Febrero de 2000, STS de 22 de Enero del 2001, STS de 10 de Noviembre de 2004, STS de 14 de Julio de 2006, STS de 7 de Marzo de 2012.

⁷⁴El art. 1679 CC lo debemos interpretar en este sentido, estableciendo así que la sociedad se origina y comienza desde el momento de celebración, perfeccionamiento, del contrato.

⁷⁵También es necesario destacar en este punto el artículo 32 CC, que clasifica a las personas jurídicas como públicas o privadas, es decir, pueden ser de carácter público o privado. Así, podemos señalar que las personas jurídicas de carácter público son: "El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios, las entidades autárquicas, la Iglesia Católica. Y tienen carácter privado: las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar." Así como las sociedades o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

⁷⁶Características y funcionamiento de la personalidad jurídica: 1) Distinción de los miembros que la integran: la persona jurídica de una sociedad hace que esta sea una persona distinta de cada uno de los miembros que la integran. 2) El ente o sociedad con personalidad jurídica, tiene derechos y obligaciones que son independientes de los de sus miembros. A su vez, tiene su propio patrimonio y estará obligada a satisfacer sus propias deudas, mientras que sus miembros no tendrán la obligación de pagarlas. 3) Los atributos de la persona jurídica son los mismos atributos que las personas físicas: nombre, domicilio, patrimonio y capacidad. Salvo el estado civil que es privativo de las personas físicas. 4) Carecen de capacidad de hecho y no así de derecho (con la limitación del principio de especialidad: "la persona jurídica sólo puede ejercer actos o adquirir derechos que hagan a los fines para los que fue creada"). Es decir, sólo pueden actuar estos entes por medio de sus representantes. 5) La responsabilidad a la que

art.38 CCom establece la unificación del grupo atribuyendo a esta capacidad de actuar de forma unitaria, es decir, como grupo y no personas individuales. Pero hace referencia a otro aspecto esencial y muy ligado a la unificación del grupo, y es la separación de su patrimonio. Un patrimonio propio del grupo, de la sociedad, con autonomía respecto del patrimonio de cada socio. Lo cual no quiere decir que la responsabilidad este siempre limitada a este patrimonio social separado y autónomo, sino que dependiendo del tipo social se obtendrá unas limitaciones u otras, respondiendo con carácter general en las sociedades de capital con el capital social de la sociedad, y en las sociedades personalísimas respondiendo de forma ilimitada con el patrimonio personal de los socios.

La ley nos viene a decir, en principio que, aquellas sociedades que cumplan determinados requisitos van a tener una forma determinada, y responderán de una determinada forma; y todas las que no cumplan esos requisitos se van a denominar sociedades irregulares (sociedades atípicas); aplicando a estas el régimen previsto para la sociedad general mercantil⁷⁷ si se dedican a una actividad mercantil o el régimen previsto en la sociedad general civil⁷⁸ si se van a dedicar a una actividad civil.

Es decir, cuando una sociedad atípica, sociedad que no cumple los requisitos establecidos por la ley, ejerce una actividad mercantil, ejerce una actividad conforme a un método estructurado, a un método económico mercantil, se le aplicarán las reglas de la sociedad general mercantil. Ergo, si la comunidad de bienes ejerce una actividad económica hay que considerarla como una sociedad atípica, y por tanto, de carácter irregular, y si ejerce su actividad en el mundo mercantil hay que aplicarla las normas no

haga frente un ente con personalidad jurídica puede ser contractual o extracontractual. Ya que las personas jurídicas son responsables de los actos que sus representantes celebraron en nombre y cuanta de ellas con terceros, siendo sus representantes responsables en el supuesto de que estos se extralimiten en su mandato o en su actuación. Las personas jurídicas también deberán responder en ciertos casos por los daños ocasionados por las personas que se encarguen de su dirección o administración. Por último, en sede de responsabilidad cabe destacar la responsabilidad penal de una persona jurídica. En este punto la doctrina clásica no admitía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en cambio la doctrina moderna la acepta, puesto que considera que si puede castigar a una persona jurídica, no con una pena privativa de libertad como a una persona física, pero si con un tipo de pena como una multa, retiro de la personalidad.

⁷⁷Se le aplicará el régimen de la sociedad colectiva que es la más importante y la primera sociedad históricamente. Esta sociedad se caracteriza fundamentalmente porque los socios responden con todos sus bienes presentes y futuros de las deudas de la sociedad solidariamente.

⁷⁸Sociedad Civil.

de la comunidad de bienes sino las normas de la sociedad colectiva, respondiendo así sus miembros solidariamente de las deudas de la sociedad⁷⁹.

El Código de Comercio establece que la sociedad colectiva tiene personalidad jurídica, luego si se aplican las normas de la sociedad colectiva se aplicarán también las normas de la personalidad jurídica. Por lo que en consecuencia, podemos pensar que la sociedad irregular tendrá personalidad jurídica⁸⁰.

Pero si acudimos al Código Civil, como ya sabemos posterior en el tiempo al Código de Comercio, en su art.1669 CC. Nos dice, exclusivamente, cuando una sociedad civil no tiene personalidad jurídica, pero no nos dice cuando la tiene.

Puede interpretarse del Código que tiene personalidad jurídica aquellas sociedades cuyos pactos no se mantengan secretos y se actúe en nombre de la sociedad. Pero el Código Civil únicamente nos dice que no tienen personalidad jurídica determinados contratos de sociedad.

El problema de esta interpretación es que la atribución o no de personalidad jurídica se hace depender de un criterio puramente factico, de hecho, es decir, creamos una dependencia de que la sociedad actúe o no actúe. Criterio factico que no ofrece ningún tipo de seguridad, ya que el tercero desconoce la actuación de esa sociedad, si tiene o no tiene personalidad jurídica.

El Código Civil al margen de ese precepto, nos dice que cuando los pactos sean secretos y no actúen en el exterior no tienen personalidad.

Y a su vez, en su art.1667 establece el principio espiritualista. El principio de libertad de forma, y nos dice cuando se aporten inmuebles la sociedad habrá de constar en escritura pública, y el art.1670 que nos dice que las sociedades civiles que no son comerciantes, las que se dedican a una actividad civil, que tiene por objeto una actividad

⁷⁹Podemos determinar así que las Sociedades Mixtas o Sociedades Civiles con forma mercantil, se rigen por el Código de Comercio en lo que al tipo se refiere; aplicándose la forma social elegida. Asimismo, en este caso debemos tener en cuenta que nos encontramos ante sujetos civiles, no comerciantes, por lo que quedarán estas sociedades sometidas al Estatuto del Comerciante.

⁸⁰La personalidad de la sociedad colectiva se ha corroborado en el art.16 de la Ley de Sociedades Anónimas; al establecer la aplicación a la Sociedad Anónima irregular la normativa reguladora de la Sociedad Colectiva, y en su caso, de la Sociedad Civil. Reconociéndose así que la sociedad no inscrita es una sociedad personificada.

civil, puede revestir las formas del Código de Comercio y en ese caso le serán aplicable las disposiciones del Código de Comercio si son compatibles con el Código Civil.

Pero por otro lado, el Código de Comercio nos dice en su art.116.2 que una vez constituida la compañía mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos. Por lo que el Código de Comercio, en contraposición al Código Civil, si nos dice cuando tiene personalidad jurídica. Y su art.119CComestablece que toda compañía de comercio antes de dar principio a sus operaciones deberá hacer constar su constitución en escritura pública que se presentara a inscripción en el registro mercantil.

Aparentemente el Código de Comercio nos dice que la compañía mercantil tendrá personalidad jurídica una vez constituida, y se produce la constitución con la inscripción de la sociedad en el registro mercantil, que requiere previa escritura pública.

Por lo que el contrato de sociedad mercantil, tiene personalidad jurídica cuando se otorga escritura pública y se inscribe en el Registro Mercantil.

Es por tanto que en principio la calificación de una sociedad como irregular se hace depender o más bien se basa en la no sujeción de esta a unos requisitos de forma. Pero el Tribunal Supremo en múltiples sentencias⁸¹ añade la falta de publicidad como presupuesto de la irregularidad de la sociedad. Por lo que hace depender la adquisición de la personalidad jurídica y por tanto los efectos frente a terceros, no solo del cumplimiento de unos requisitos formales tasados por la ley, sino de una publicidad manifiesta.

Coincidiendo así el Tribunal Supremo en cierta medida con la doctrina, la cual defiende que una sociedad no publica carece de personalidad jurídica y por tanto de efectos ante terceros, “eficacia ad extra”.⁸²

Esta cuestión de la personalidad jurídica y la publicidad como condición sine cuanum para obtener personificación, es con carácter general una cuestión debatida. Lo cual nos lleva a internarnos en su estudio del art.1669 del Código Civil.

⁸¹Cfr. STS 22 de Diciembre de 1962, 26 de Mayo de 1975, 7 de Octubre de 1976, 20 de Marzo de 1988, 11 de Octubre de 1990.

⁸²Cándido Paz-Ares, Comentarios del Código Civil Vol.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Pág.1352.

Este artículo, el art.1669CC.como ya hemos señalado con anterioridad, nos da una definición en negativo de la personalidad jurídica, “*no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de ellos contrate en su propio nombre con terceros*”. De acuerdo con este artículo y con cierta parte de la doctrina, la personalidad jurídica no tiene su origen en la celebración del contrato, sino que surge de la publicidad de la sociedad en el tráfico, de la publicación de la sociedad.

Así surge un planteamiento criticado y debatido, la idea de que la personalidad jurídica requiere publicidad para su existencia.

De acuerdo con este planteamiento la sociedad solo podrá obtener personalidad jurídica mediante su inscripción en el registro. Al respecto se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado, asentando una doctrina en sus resoluciones, entre otras destacar la resolución de 31 de Marzo de 1990, 1 de Abril de 1997, y 11 de Diciembre de 1997.

La Dirección General sostiene que la personalidad jurídica se debe hacer depender de la publicidad legal que proporciona la inscripción en el registro, en concreto de la inscripción en el Registro Mercantil.

Pero en el caso de las sociedades civiles, nos encontramos con una “incongruencia” ya que no son inscribibles registralmente⁸³. Lo cual es mantenido durante años en la

⁸³De esta doble interpretación podría deducirse, (y es lo que hace el TS y la DGRN), que la personalidad jurídica se adquiere con el cumplimiento de determinados requisitos formales que consisten en el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro mercantil. De tal forma que concluyen afirmando que sólo tiene personalidad jurídica las sociedades inscritas en el registro mercantil. Lo que desarrollando nos lleva a afirmar que las únicas sociedades civiles con personalidad jurídica son aquellas que se han constituido con arreglo al 1670 CC., ya que al constituirse con arreglo a este precepto acceden a las normas del código de comercio y por tanto al registro mercantil. Pero por más que el TS diga esto, la realidad tiende a manifestarse en sentido contrario, ya que las sociedades no inscritas en el registro mercantil se les ha otorgado carta de naturaleza en el mundo laboral (es decir pueden contratar trabajadores sin tener personalidad jurídica), también en el mundo tributario se les reconoce personalidad jurídica, también se les ha reconocido autonomía y legitimación activa y pasiva en la ley de enjuiciamiento civil; y lo que es más importante, las leyes de sociedades anónimas del 89 y la ley de responsabilidad limitada del 95 ambas derogadas por la ley de sociedades de capital de 2010 que reproduce lo que estas decían, y contiene los siguientes efectos para la sociedad irregular, es decir para la sociedad no inscrita: (ya sea civil, ya tenga una actividad mercantil), el art.39 de la ley de sociedades de capital del 2010, que era el antiguo artículo 16 de la ley de sociedades anónimas, que nos dice que la sociedad no inscrita se le aplicarán las normas de la sociedad colectiva si se dedica a una actividad mercantil o las normas de la sociedad civil si se dedica a una actividad civil. Pero si a la sociedad irregular, la no inscrita, se le aplican las normas de la sociedad colectiva (que es una sociedad con

práctica, e incluso por el Tribunal Supremo se aclara en Sentencia de 7 de marzo de 2012.

6.2 DOBLE INTERPRETACIÓN: DOCTRINA DE LA DGRN Y JURISPRUDENCIASOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La cuestión de la personalidad jurídica de la sociedad civil ha sido tratada con flexibilidad y constancia por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia. En contraposición con las polémicas resoluciones dictadas por la DGRN.

En el año 1997 la DGRN dicta dos resoluciones que condujeron a una reforma reglamentaria y a un acontecer de doctrinas. Ambas resoluciones, resolución de 31 de marzo y resolución de 11 de abril de 1997, condicionan la personalidad jurídica de la sociedad civil a su inscripción registral.

En Resolución de 31 de marzo de 1997 y en 11 de abril de 1997 se afirma que las sociedades civiles no contempladas en el art.1670⁸⁴ del Código Civil carecen de personalidad jurídica. Establecen así los efectos o consecuencias de esta falta de

personalidad jurídica), tal vez sea porque la sociedad irregular tiene personalidad jurídica. Y por esta razón la sala de lo civil del TS inspiró una reforma del reglamento del registro mercantil mediante un real decreto de 4 de septiembre de 1994 (1887/94), real decreto que introducía un nuevo artículo 269bis del reglamento del registro mercantil en el que expresamente se habilitaba a que las sociedades civiles se inscribieran en el registro mercantil. Con lo cual, a partir del año 94 comenzaron a inscribirse las sociedades civiles en el registro mercantil, de tal forma que la teoría de la inscripción en el registro de que sólo tienen personalidad jurídica las sociedades inscritas, alcanzaba su razonamiento perfecto. a partir del año94 a inscribirse en el registro mercantil sociedades civiles que no son mercantiles. Ocurre que la sala de lo contencioso del TS quiso contradecir a la sala civil del TS, en el año 2000 por sentencia del TS de la sala de lo contencioso declaró nulo por no respetar la reserva de ley la reforma introducida mediante decreto en el reglamento del registro mercantil en el año 94, es decir, fue declarada nula la posibilidad de inscribir sociedades civiles en el registro mercantil porque la determinación de que sujetos se inscriben en el registro mercantil se realiza en el art.16 del Código de Comercio que es una norma con rango de ley, y en cualquier país democrático de derecho- en cualquier estado de derecho, una norma con rango de ley sólo puede modificarse por una norma con rango de ley y no por una con rango de reglamento, con lo cual la reforma fue declarada nula. De tal forma que, a la situación anterior a esa reforma, es decir, a la duda de si las sociedades no inscritas tiene personalidad jurídica se añadió una segunda duda, ¿qué hacemos con las sociedades civiles que ya se han inscrito en el registro mercantil? (Porque es nula la norma pero no la inscripción) y 20 años después no se ha hecho nada. Por lo cual, ahora mismo en España hay sociedades civiles que están inscritas en el registro mercantil sin dedicarse a actividades mercantiles.

⁸⁴El art.1670 nos dice que “las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código”.

personalidad jurídica, distinguiendo el aspecto activo y el pasivo. En lo que respecta al aspecto activo, “efectos frente al exterior”, nos encontramos con una cotitularidad en los derechos sociales que se registrará por las disposiciones estipuladas en el contrato social, por las disposiciones especiales sobre la materia, y de forma subsidiaria, por las normas de la comunidad de bienes, destacando en la resolución al efecto los artículos 1669 y 392.2, ambos del Código Civil. En el aspecto pasivo, nos encontramos con la imputación de los propios socios de las obligaciones nacidas en la relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento, citando los artículos 1669 y 1692 CCom.⁸⁵

Esta doctrina defendida por la DGRN planteó la cuestión de en qué registro se podría proceder a la inscripción de las sociedades civiles sin forma mercantil. Con el fin de conseguir una adecuación óptima de un registro a este fin, se intentó utilizar el registro de bienes y posteriormente el registro de la propiedad, ya que no se tenía ni se tiene un registro específico para las sociedades civiles. Siendo esto infructuoso, en 1998 se recurre a una modificación legislativa. Se produce la reforma reglamentaria antes señalada con el Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre, que introduce el artículo 269 bis en el Reglamento del Registro Mercantil de 1996⁸⁶; este artículo admitía la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil las sociedades civiles.

De esta situación se hizo “eco” el Tribunal Supremo, que anuló, por sentencia de 24 de febrero de 2000, el artículo 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil por entender que se daba una extralimitación frente a la norma legal.

⁸⁵Teniendo en cuenta lo señalado en estas resoluciones, podemos destacar una consecuencia de esta falta de personalidad jurídica que la DGRN recoge en la resolución 11 de abril de 1997, “el bien adquirido por una sociedad civil no personificada jurídicamente deberá inscribirse a favor de todos los socios, si bien, al tratarse, como se ha señalado, no de una comunidad romana o por cuotas, sino de una cotitularidad específica, deberán recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad, de modo que quede perfectamente consignada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 del Reglamento Hipotecario; Sentencia de 12 de julio de 1996, y Resolución de la DGRN de 25 de marzo de 1993)”.

⁸⁶El artículo 269 bis del RRM establece la Inscripción de las sociedades civiles. En su apartado 1º nos dice que “las sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado.”

Y en su apartado 2º “Las sociedades civiles que no tengan forma mercantil podrán inscribirse con arreglo a las normas generales de este Reglamento en cuanto le sean aplicables”.

Revirtió esta sentencia en la DGRN, que en resolución de 14 de febrero de 2001⁸⁷ rectificó su doctrina. En esta resolución la DGRN afirma y acepta que es suficiente la mera publicidad de hecho para la obtención de la personalidad jurídica de la sociedad civil, aun sin inscripción en un registro público.

Según la mencionada Resolución de 31 de marzo de 1997:

"Una primera consideración a tener en cuenta es la de la trascendencia "erga omnes" de la atribución de la personalidad jurídica a una sociedad, en tanto que cuestión que no se circunscribe a la esfera meramente interna de los constituyentes del nuevo ente, sino que afecta principalmente a los terceros, al tráfico jurídico, al orden social en definitiva. Ello, unido a la categórica formulación del artículo 35.2CC, impone una primera e inequívoca premisa: para que la sociedad civil tenga personalidad jurídica es preciso que una disposición legal, formulada en términos positivos, así se le conceda". A continuación, añade la Resolución que "Se produce esa concesión legal, de manera directa y positiva, respecto de las sociedades civiles que adoptan alguna de las formas reconocidas en el Código de Comercio, y se ajustan al rigor que este Código establece para la constitución legal de las sociedades mercantiles (la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil); la aplicación, por imperativo del artículo 1.670 CC, del párrafo segundo de los artículos 116 y 119CCom, en tanto que normas de este Código que no contrarían lo dispuesto en el Código Civil, así lo evidencian"; mientras que "Para las restantes sociedades civiles, en cambio, ni hay una previsión legal que dé, modo preciso y directo, les atribuya la personalidad jurídica, ni tal conclusión puede deducirse del artículo 1.669 CC".

Exigiendo una formulación legal en términos positivos para que la sociedad civil tenga personalidad jurídica⁸⁸, se excluye en cierta medida la interpretación a contrario sensu del artículo 1.669 CC.

⁸⁷ Resolución de 14 de febrero de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por "GranyFruits, Sociedad Civil Particular", contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Lleida, número 2, don Enrique Carbonell García, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del Sr. Registrador.

Resumen de los hechos: Escritura de compraventa de inmueble por una sociedad civil, adquirido mediante escritura pública. Sociedad civil titular registral del bien, y aún carente de personalidad jurídica, es la titular del bien, siendo procedente la inscripción. Diferenciación de la cuestión de la acreditación de la representación. Personalidad de la representación.

⁸⁸ Actualmente sí que existen disposiciones legales que presuponen la personalidad jurídica de las sociedades civiles aunque no revistan forma mercantil ni se hallen inscritas en el Registro. Ejemplo de esto son: el artículo 87.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, "cuando el objeto de la sociedad de responsabilidad limitada no sea mercantil podrá transformarse en sociedad civil"; así como el artículo 91.1 de dicha Ley, la personalidad jurídica de la sociedad que se transforma no cambiará y continuará subsistiendo bajo la forma nueva; y con arreglo al artículo 92.1 siguiente, la transformación de sociedades civiles en sociedades de responsabilidad limitada "no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada" (cfr. artículo 222, apartados 1 y 3, del Reglamento del Registro Mercantil,

La DGRN entiende que derivar del artículo 1669 CC la personalidad jurídica de la sociedad civil supone en cierta parte aceptar la existencia de un “tertiumgenum” entre las sociedades recogidas en el artículo 1670 del mismo código (las sociedades civiles inscritas en el Registro Mercantil), y las sociedades cuyos pactos se mantienen reservados a los socios. Por otra parte en la Resolución de 1997 establecen que la negación de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, implica por si solo el reconocimiento de todas las demás. Lo cual para la Dirección es inaceptable.

En definitiva, en esta resolución se defiende la tesis según la cual únicamente gozan de personalidad jurídica las sociedades civiles con forma mercantil que se hallen inscritas en el Registro Mercantil. Tesis que contradice el criterio que el TS mantiene y que había prevalecido en la práctica.

En este sentido señala la DGRN una serie de argumentos que respaldan su posición. Argumentos que posteriormente fueron rebatidos en Resolución de 14 de febrero de 2001, que reconoce la personalidad jurídica de la sociedad civil, aun sin inscripción en un Registro público, siendo requisito suficiente la mera publicidad de hecho.

El primer argumento que la DGRN da en su resolución de 31 de marzo de 1997 es el argumento sistemático:

"Sobre no ser coherente supeditar la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles a su inscripción en un Registro público y prescindir de tal exigencia para la personificación de las sociedades civiles sin forma mercantil, cuando tan similares son las repercusiones que para el tráfico tienen la personificación de unas y otras, el artículo 119 del Código de Comercio, aplicable por remisión a determinadas sociedades civiles, al precisar que los pactos dejan de ser reservados entre los socios cuando se consignan en escritura pública y se inscriben en el Registro Mercantil, está indicando ya que las sociedades contempladas en el artículo 1669 del Código Civil no pueden ser sino todas las que no se inscriban en el Registro Mercantil (no deja de ser significativa a este respecto, la dicción del párrafo tercero del artículo 119 del Código de Comercio, así como los términos de la Exposición de Motivos de este Código cuando refiriéndose a las sociedades, señala que "el Registro

que, al establecer que se presentará la escritura de transformación en dicho Registro para cancelar los asientos relativos a la sociedad de responsabilidad limitada transformada, presupone que la sociedad civil resultante de la transformación goza de personalidad jurídica aunque no se halle inscrita en el Registro Mercantil).

Mercantil constituye la "única" prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil")".

En resolución de 14 de febrero de 2001, y como consecuencia de la evolución iniciada con la tesis que otro insigne tratadista mantuviera en 1951 sobre las sociedades irregulares, para la mayoría de la doctrina y para el Tribunal Supremo (cfr., por todas, las Sentencias de 8 de junio de 1995 y 27 de noviembre de 1998), no se puede mantener la idea de que una sociedad mercantil no inscrita carezca de personalidad jurídica.

De igual forma, de ciertos preceptos resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica⁸⁹. Señalándose al respecto:

“Los artículos 15 y 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, a los que remiten los artículos 152 del Código de Comercio y 11.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitadas; artículo 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico; igualmente, resultaba ya del tenor del artículo 116, párrafo segundo, del Código de Comercio, resulta ahora de los artículos 1 y 22.1 de la mencionada Ley de Agrupaciones de Interés Económico, que no condicionan la atribución a éstas de personalidad jurídica a su inscripción registral. La inscripción en el Registro Mercantil sólo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran "su" especial personalidad jurídica (artículos 7.1, párrafo primero, de la Ley de Sociedades Anónimas y 11.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) que añade la limitación de responsabilidad de los socios; y para excluir la responsabilidad solidaria de los administradores (junto a la de la propia sociedad), conforme al artículo 120 del Código de Comercio. También el artículo 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, que hace referencia a la responsabilidad de los administradores, al establecer que estos responderán solidariamente con la Agrupación por los actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de ella antes de su inscripción”.

La DGRN en resolución de 2001 dispone que mantener la idea de que toda sociedad (con forma mercantil) no inscrita en un Registro público carece de personalidad jurídica es, contradictorio con la doctrina de la Dirección General (que entiende de la cuestión sobre otras cuestiones. Cita así diversas resoluciones que hacen latente esta contradicción, *“según las Resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992, aun después de la cancelación registral de la sociedad persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular... Como no hay obligación sin deudor es claro que en estos casos persiste una cierta*

⁸⁹Gozan de personalidad jurídica o, por lo menos, de una personalidad suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero del Código Civil.

personalidad...". También han de tenerse en cuenta las Resoluciones relativas a la interpretación de la disposición transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas y a la posibilidad de reactivación de la sociedad disuelta de pleno derecho, según las cuales, "la cancelación de los asientos registrales de la sociedad no implica la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad (cfr., por todas, la Resolución de 15 de febrero de 1999)."

En contraposición a esto se señala el artículo 1.669 del Código Civil, al negar personalidad jurídica a *"las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con terceros"*. Pero la DGRN aclara el contenido de este artículo y dispone que "no puede referirse a las sociedades en que se mantengan reservados algunos pactos, sino a las sociedades que no se muestra como tal frente a terceros, por mantenerse secreta u oculta entre los socios, como mero vínculo contractual entre éstos.

Además, para excluir la personalidad jurídica de la sociedad se exige que no se haya configurado un régimen de gestión determinado, según las disposiciones que puedan haberse estipulado en el contrato social y las disposiciones legales de la sociedad, con mecanismos específicos de representación en nombre de un nuevo ente, sino que cada socio contrate en su propio nombre⁹⁰.

Asimismo, la dirección general entiende que:

*"Desde que los pactos sociales consten en escritura pública no puede entenderse que se trate de pactos reservados (cfr. artículos 1.218, 1.219 y 1.230 del Código Civil) y así resulta meridianamente del propio párrafo tercero del artículo 119 del Código de Comercio, en tanto en cuanto contrapone pactos reservados de los socios y pactos sociales que deberán constar en la escritura pública"*⁹¹.

⁹⁰La DGRN advierte que "la contratación en nombre de la sociedad como tal no requiere imprescindiblemente que aquélla goce de publicidad registral".

⁹¹El artículo 119, párrafo tercero, del Código de Comercio al que se refiere la Resolución, y que decreta: "Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social"; y "aunque se enuncie en el precepto que alude a las formalidades constitutivas, tiene su precedente en los artículos 287 y 288 del Código de Comercio de 1829, que expresaban la regla que posteriormente cristalizaría en el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y en artículo 7.1, párrafo segundo de la de 1989, así como en el artículo 11.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (según los dos últimos preceptos citados, "Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad"), en una regla que atañe fundamentalmente a las relaciones entre los socios (actuales y futuros) y entre éstos y la sociedad."

Por último, ante este primer argumento, la Dirección posteriormente lo rebate en lo que se refiere a los términos de la Exposición de Motivos del Código de Comercio que se citan en la Resolución de 1997, fijando que no puede la Exposición de Motivos separarse del Texto consecutivo a esta.⁹²

Siendo así claro, que la afirmación de que “el Registro Mercantil constituye la única prueba de la existencia del estado civil de las sociedades” es contradictoria y contradicha por el originario texto del artículo 24, el cual permitía al tercero “reputar como existente la sociedad no inscrita para todo lo que le fuera favorable”.

El segundo argumento que se revirtió fue el argumento lógico:

"Siendo evidente que la trascendencia "erga omnes" de la atribución de personalidad jurídica reclama que su concesión se produzca respecto de todos en un momento preciso y determinado, en la medida en que esa personificación de la sociedad civil dependa de la publicidad de los pactos sociales, habrá de concluirse que no bastará la simple "publicidad" de hecho, esto es la simple posibilidad de hecho que unos u otros terceros puedan haber tenido, con más o menos trabas, para conocer -quizás de modo fragmentario y casual- los pactos sociales y sus modificaciones -acceso a la información que siempre sería problemática- sino la posibilidad legal de conocimiento por todos, desde el momento inicial y al margen, ya, de la voluntad de los socios, y ello sólo se garantiza mediante el acceso de los pactos sociales a un instrumento oficial de publicidad establecido al efecto por la Ley, el cual dará fe tanto de la existencia como del completo régimen normativo aplicable al nuevo ente (advuértase, en este sentido, que el artículo 1.669 del Código Civil no se conforma únicamente con la publicidad del hecho societario, sino que precisaría la de los concretos pactos sociales que estructuran la sociedad y regulan su funcionamiento)... "

La Dirección general entra a conocer o más bien, analiza sucintamente, el nacimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil; por el contrario, no analiza si “*el nacimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil exige la publicidad de hecho de la existencia de ese nuevo ente o si, como entienden algunos autores, es suficiente la voluntad*

⁹²Según el Texto consecutivo a la Exposición de Motivos a la que hacemos referencia, y citando lo dispuesto en la RDGRN de 14 de febrero de 2001 "el proyecto... sustituye la necesidad que hoy existe de practicar la inscripción dentro de un plazo fijo y perentorio, bajo cierta multa, por la libertad de inscribir o no los documentos, sin otra sanción que la de quedar privado el acto o contrato de ciertos beneficios y ventajas que se conceden a los actos inscritos; a cuyo fin se consigna el principio general de que éstos últimos producirán efecto legal, en perjuicio de tercero, sólo desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros actos anteriores o posteriores no registrados... (y) como consecuencia del mismo principio se deroga la legislación vigente sobre los efectos de la no inscripción de la escritura de Sociedad... declarando, en armonía con la teoría general del Registro territorial, que estos contratos surtirán efecto entre los otorgantes, pero no en perjuicio de tercero, quien sin embargo podrá utilizarlos en lo que le sean favorables".

contractual de los socios de constituir una sociedad externa que participe en el tráfico jurídico como sujeto”.

Se refiere así a la exigencia de publicidad entendiendo que esta exigencia “*habría de ser referida a la existencia de la misma sociedad y no a los pactos sociales*”; es decir, lo que realmente importa a los terceros que se relacionan con la sociedad es que se de publicidad al vínculo societario, que se exteriorice de forma clara, de tal forma que al contratar con quien actúa en nombre y por cuenta de la sociedad, quien actúa “*nomine societatis*”, conozca que la relación obligatoria se entabla con el ente personificado, con la sociedad⁹³.

Con esta publicidad o exteriorización (según algunos autores, desde que existe la voluntad contractual de constituir la entidad colectiva como sujeto de derecho) se entiende que nace la personalidad jurídica.⁹⁴

También en la Resolución mencionada de 1997 se hace hincapié en el elemento histórico:

“Admitiendo que los artículos 1669 y 1670 del Código Civil son preceptos complementarios que abarcan todas las sociedades civiles (éste para las que son inscribibles en el Registro Mercantil por razón de la forma adoptada, y aquel para las restantes sociedades civiles que por quedar excluidas del Registro Mercantil mantendrán sus pactos reservados entre los socios), encuentra plena coherencia su introducción conjunta en el Texto del Código Civil⁹⁵; al mismo tiempo que se suprimía el artículo 5 del título dedicado a las

⁹³El artículo 1.699 del Código Civil, tal y como establece la Resolución de 14 de febrero de 2001 de la DGRN, “concede relevancia externa al vínculo social, al establecer una afectación del patrimonio social a favor de unos acreedores que lo son del grupo unificado, como sujeto de derecho”, al establecerse en este artículo que “los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales...”; ya que, de no gozar de personalidad jurídica, se trataría de acreedores de los comuneros, como ocurriría en caso de faltar esa personificación, por aplicación de las normas de la comunidad de bienes a las que se remite el artículo 1.669 del mismo Código.

⁹⁴La DGRN hace referencia en este punto a la oponibilidad de la personalidad jurídica: “en caso de que se exteriorice frente a unos y no frente a otros, sólo a los primeros pueda ser oponible (cfr. artículo 1.698, párrafo segundo, del Código Civil, según el cual la sociedad no queda obligada respecto de terceros por actos que un socio haya realizado en su propio nombre o sin poder; pero no afecta a la personalidad jurídica de aquélla). El conocimiento de los pactos sociales -o la posibilidad de conocerlos- resulta relevante respecto de la oponibilidad de los mismos (y en éste ámbito, debe equipararse los efectos que tendría la publicidad registral y los derivados del conocimiento extra registral de los pactos) y no es decisivo para determinar si existe o no personalidad jurídica”.

⁹⁵Como se ha puesto de relieve por algún comentarista, y recoge la DGRN en su resolución de 2001, “los artículos 1.669 y 1.670 carecen de precedentes en el Anteproyecto del Código Civil (y tampoco se encuentran para los artículos 35 a 39 del Código Civil, aparte el artículo 26 de aquél -equivalente al artículo 33 del Proyecto de 1851, con la diferencia de que éste emplea la expresión “persona moral”-: “las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley se considerarán personas jurídicas para el ejercicio de los derechos civiles”)”.

sociedades en el anteproyecto del Código Civil, que de modo absoluto negaba la personalidad jurídica de las sociedades civiles”

La DRGN establece que no se trata de cambiar de forma radical este criterio contrario a la personalidad jurídica de la sociedad civil mantenido en el anteproyecto del Código Civil, sino que únicamente se excepcione para las sociedades civiles inscribibles en el registro mercantil, y confirmarlo para las restantes sociedades no inscribibles.⁹⁶

Por último, nos encontramos con el argumento sociológico:

Se añade en la resolución de 1997 que la solución propugnada en ella "responde, además, a las necesidades de la realidad social y coordina con las tendencias de la nueva legislación. Con la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil para que las sociedades civiles por el objeto a que se consagren, puedan ganar personalidad jurídica, se contribuye a dar seguridad, también en el ámbito civil, a las relaciones jurídicas a través del control de legalidad que esos requisitos comportan y, en particular, a través de la publicidad registral. Por otra parte, la exigencia, en los fenómenos de personificación jurídica, del requisito de publicidad entendida como constancia oficial en un registro público, constituye una constante de nuestro ordenamiento ya desde la propia época de la codificación (cfr. artículos 22, 25 a 31 del Código de Comercio de 1829; 119 del Código de Comercio de 1885; artículos 4 y siguientes de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887; 5 de la Ley de 24 de diciembre de 1964; 2 de la Ley 54/1978), en incluso después del propio texto constitucional (cfr. artículos 5 de la Ley 54/1980, de Libertad Religiosa; 6 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas; 7 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico). En fin, el sometimiento de las sociedades de lucro, sea su objeto civil o mercantil, a una

⁹⁶La DGRN destaca que es de ahí de donde proviene la proximidad del contenido entre el artículo 1669 vigente y el artículo 55 del título dedicado a la sociedad en el Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888. Analizando en Resolución posterior de 14 de febrero de 2001 la DGRN el artículo 55 del mencionado Anteproyecto de 1882-1888. Fijando que no puede entenderse este artículo “en el sentido de que las sociedades civiles no contempladas en el vigente artículo 1.670 se rijan por las disposiciones de la comunidad de bienes, sino que se limitaba a establecer una clasificación de las “asociaciones”: Por una parte, las que constituyen una sociedad civil en el sentido del actual artículo 1.665 y que se regularían por las disposiciones del Título primero del Anteproyecto (coincidentes con las del actual Título VIII, salvo la negación de personalidad jurídica que contenía el artículo 5); por otra parte, las asociaciones con personalidad jurídica reguladas en el Título segundo, que recogía una regulación general de las asociaciones civiles de estructura corporativa dotadas de personalidad, y que era aplicable a ciertas sociedades civiles dotadas de personalidad jurídica (cfr. artículos 47 y 49, párrafo segundo); y por último, las restantes asociaciones, que se regirían por las disposiciones de la comunidad de bienes. Así, suprimido el mencionado artículo 5 y sustituido el Título segundo por las normas de los vigentes artículos 1.669 y 1.670, se ha venido entendiendo, con casi unanimidad doctrinal, que las sociedades a las que no fueran aplicables dichos preceptos tienen personalidad jurídica propia, con los efectos establecidos en el artículo 38 del Código Civil, sin que se rijan por las disposiciones de la comunidad de bienes (En el mismo sentido, cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1994).”

misma disciplina en cuanto a exigencias de constitución para tener personalidad jurídica, coordina con la tendencia, manifiesta en múltiples leyes, hacia la consecución de una cierta unificación del estatuto del empresario y de la empresa, sin distinguir entre empresas mercantiles y no mercantiles (así en el régimen de inscripción en el Registro Mercantil, en la legislación sobre contabilidad, defensa de la competencia, publicidad de los productos o servicios, competencia desleal, agrupaciones de interés económico, arrendamientos urbanos para uso distinto de vivienda, etc.)".

La DGRN en 2001 sigue manteniendo en parte este argumento, siendo ineludible la seguridad jurídica que se ganaría con la inscripción de las sociedades civiles en un registro específico. Pero tal y como se señala en la resolución de 14 de febrero de 2001:

"El establecimiento de la publicidad registral -tan provechosa para terceros y, por ende, para la misma sociedad que haya de relacionarse con ellos- respecto de las sociedades civiles que no revistan forma mercantil, así como la subordinación del reconocimiento de personalidad jurídica de aquéllas a dicha publicidad requieren ineluctablemente una norma de rango legal que así lo imponga".⁹⁷

No obstante, la resolución dictada de 2001 hace referencia a la realidad social. Realidad en la que existen grupos instrumentalmente unificados, los cuales actúan en el tráfico como entidades colectivas, y respecto de los cuales surgen cuestiones que engloban o pivotan sobre la existencia de su personalidad jurídica, entendiendo la DGRN en esta resolución que la negación de su personalidad jurídica no es la solución más acertada a esas cuestiones planteadas. Poniendo como ejemplo de ello los artículos 87.2, 91.1 y 92.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículos 15 y 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, a los que remiten los artículos 152 del Código de Comercio y 11.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitadas; y artículos 1, 7.2 y 22.1 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la sociedad civil irregular, en su concepto y causas⁹⁸. Y a lo largo del tiempo, en la mayoría de sus

⁹⁷Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 24 de febrero de 2000, que declara nulos los artículos 81 y 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil, redactados por la disposición adicional del Real Decreto 1867/1998, de 8 de septiembre, que permitían la inscripción en dicho Registro de las sociedades civiles que no tuvieran forma mercantil.

⁹⁸Cfr. STS de 3-12-59, 8-2-60, 7-10-61, 24-1-62, 23-5-62, 2-5-64, 6-5-67, 30-6-72, 27-4-73, 28-6-75, 19-1-76, 10-11-78, 20-3-84, 17-9-84, 30-9-85, 12-11-85, 30-4-86, 5-5-86, 22-12-86, 11-6-87, 21-3-88, 26-4-88,

sentencias, mantiene que provocan la irregularidad de una sociedad los defectos formales y la falta de publicidad del vínculo social, la falta de exteriorización.⁹⁹

Recientemente se ha planteado de nuevo esta cuestión a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012¹⁰⁰ sobre esta materia, y que es obviada de forma continuada en las resoluciones de la DGRN.

El Tribunal Supremo en esta sentencia realiza un sucinto análisis sobre la evolución histórica de esta cuestión, y se asienta claramente en la posición afirmativa de la personalidad jurídica de la sociedad civil no inscrita, siempre con la salvedad de que las partes decidan que la sociedad no trascienda al exterior y su existencia se tenga como secreta¹⁰¹.

El TS realiza este claro pronunciamiento con un previo análisis de la naturaleza de la sociedad.¹⁰² Es el fundamento jurídico dos, donde el tribunal analiza la naturaleza de la sociedad, también analiza la personalidad y regularidad de la sociedad civil. En concreto, el TS establece que:

“A diferencia de las sociedades mercantiles, cuya actividad exigía algún tipo de publicidad por razones de seguridad del tráfico económico, las sociedades civiles no requerían su inscripción en registro alguno ni siquiera cuando adoptaban “formas mercantiles”.

13-3-89, 2-12-89, 11-10-90, 30-10-90, 6-11-91, 13-11-91, 3-1-92, 30-5-92, 22-7-93, 24-7-93, 9-2-94, 10-7-95, 24-2-2000, 22-1-2001, 10-11-2004, 14-7-2006.

⁹⁹ Pero también nos podemos encontrar con alguna salvedad, como por ejemplo la STS de 2-6-81, que sostiene que los defectos formales no afectan a la sociedad. Esta sentencia en su contenido es un tanto ambigua por lo que se puede entender que se refiere bien a su existencia o perfeccionamiento, o de lo contrario que hace referencia a la regularidad.

¹⁰⁰ Los hechos expuestos en esta sentencia se refieren a una sociedad “de amigos” que se constituye en el año 1869, con la finalidad clara de adquirir un edificio para terminar su construcción, y posteriormente distribuir los pisos y locales entre los socios. Tal es así, que el capital de la sociedad se dividía en acciones transmisibles, lo cual afirma el fin señalado. En el año 1954, se aprueba un reglamento de la sociedad en el que se califica esta como sociedad civil, pero manteniendo el capital social dividido en acciones transmisibles. Tras 20 años, en el año 1974, se aprueba un nuevo reglamento, se mantiene el capital como hasta el momento, y se nombra un consejo de administración, y se reservan los actos de disposición a los socios. Ya en el año 2003, es cuando la sociedad acuerda su disolución, por lo que se procede a la liquidación de la sociedad con la adjudicación de los inmuebles a los socios, lo que se aprueba debidamente en junta general. La cuestión se plantea ante el Tribunal ya que uno de los socios impugna la liquidación. Así el TS pasa a resolver el asunto previo análisis de la naturaleza de la sociedad, y con un estudio de la personalidad jurídica en nuestro ordenamiento.

¹⁰¹ Al respecto el Tribunal Supremo cita una sentencia de 14 de julio de 2006.

¹⁰² Alude a la STS de 14 de julio de 2006, en la que el tribunal analiza los elementos del contrato de sociedad civil. Destaca así que “Cuya sociedad, ente creado por contrato, tiene personalidad jurídica, a no ser que no se trate de sociedad irregular (art.1669) caso de la que no trasciende a terceros.

El Tribunal al respecto señala que:

“El texto definitivo del Código Civil no incorporó el art. 5 del primero de los títulos dedicados a la sociedad en el Anteproyecto de 1885-1888 a cuyo tenor "la sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados", de tal forma que de conformidad con lo previsto en el art. 1669 CC "no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros", así, al efecto cabe concluir a contrario sensu con el reconocimiento de la personalidad de las sociedades civiles como consecuencia de la eficacia organizativa del contrato dirigido a crear una entidad destinada a participar como tal en el tráfico jurídico, aunque no se haya inscrito, salvo que las partes decidan que no trascienda al exterior y su existencia se mantenga secreta sin necesidad de inscripción”¹⁰³.

A esta conclusión obtenida del análisis del Tribunal, no se opone que:

“El art. 117 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, al disponer que "en el libro de sociedades se inscribirán: (...) 2º Las sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1670 del CC ", lo que también admitía el 84.1º del de 14 de diciembre de 1956, al permitir la de las sociedades que se constituyan "con arreglo a las disposiciones o formas del CCom". -en dicha fecha el art. 16 del CCom se refería a la inscripción de "las sociedades" sin otras precisiones.”

En definitiva, el Tribunal en su sentencia establece que:

“A diferencia de otros ordenamientos, como el francés, en el que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles aparece vinculado a la inscripción de la sociedad y hasta que esta se produce rige la regla "il n'y a que des associés point de société" (tan solo existen asociados, no sociedad), al disponer el art. 1842 del Código de Napoleón que "Les sociétés (...) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation..." (Las sociedades (...) gozan de la personalidad moral a partir de su inscripción)-, al margen de su conveniencia o no, nuestro sistema no exige la inscripción de las sociedades civiles en registro alguno y ni el art. 1669 del CC ni el 35 del mismo Código supeditan a la inscripción el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”.

Ejemplo de la falta de armonización que antes señalábamos, entre el órgano jurídico y el órgano administrativo, es la Resolución de la DGRN de 25 de junio de 2012, que

¹⁰³En este sentido también se pronuncia la sentencia 778/2006, de 14 de julio, que afirma que la sociedad "ente creado por el contrato, tiene personalidad jurídica, a no ser que no se trate de sociedad irregular (art. 1669) caso de la que no trasciende a terceros".

reintroduce la cuestión de la personalidad jurídica de la sociedad civil, declarando, como ya lo hizo con anterioridad en resoluciones antes analizadas de 1997, que la inscripción en registro público es requisito necesario para que la sociedad civil goce de personalidad jurídica.

La DGRN reconoce en esta resolución de 2012 que no ha mantenido una doctrina uniforme sobre “los requisitos que deben exigirse para reconocer personalidad jurídica a la sociedad civil”, procediendo, conforme con la realidad social, a implantar cierto rigor sobre la materia. Hace así valer lo que denomina este Centro Directivo como la voluntad del legislador:

“Que sólo tuviesen personalidad jurídica las sociedades civiles que cumpliesen un plus de requisitos y que son los mismos que se exigen en el Código de Comercio para que las sociedades mercantiles tengan personalidad jurídica”¹⁰⁴.

Por lo que, la DGRN entiende que, para que los pactos de las sociedades civiles dejen de considerarse secretos y adquieran personalidad jurídica, la adecuada publicidad es «una cualidad oficial y “erga omnes”», precisamente la misma publicidad oficial y

¹⁰⁴Parte aquí la DGRN del el anteproyecto del Código Civil, haciéndose aún más latente el elemento histórico ya reconocido y alzado en la Resolución de 31 de marzo de 1997. Pero a su vez, se siguen las ideas del anteproyecto Laurent, inspirador en parte del anteproyecto del Código Civil, que siguió el sistema que concede la «personalidad jurídica a las asociaciones de personas, formen o no sociedades civiles» (cfr. artículos 1943 y 1949.2). En esta resolución de 2012 el Centro señala que “sin embargo el Código de Comercio de 1829 siguió el principio de libre constitución y, derogó el régimen concesional para las sociedades mercantiles –salvo la anónima– y se conformó con escritura notarial e inscripción registral (sistema normativo). En cualquier caso, la nueva comisión dictaminadora de la ley de bases del Código Civil introdujo un inciso en la base segunda ordenando que Gobierno y Comisión de Códigos regulasen en el futuro código el «reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas» ajustándose a los «preceptos constitucionales y legales hoy (entonces) vigentes» (lo que obligó a revisar la fórmula acogida en el anteproyecto). Preceptos que no eran otros que los recogidos en la Ley 11-19 de octubre de 1869, el Código de Comercio de 1885 y el texto que había de ser la Ley de Asociaciones de 1887; y que La ley de Bases obligaba a respetar al Código (que no debía tener «otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes»). Preceptos, en fin, que según refrendaba la doctrina de entonces, seguían el «sistema normativo» que imponía escritura pública e inscripción; y que, según esa misma doctrina, ante la insuficiencia de las normas civiles, obligaban a aplicar a las sociedades civiles las que regían para las mercantiles. El artículo 1669 ya anticipó, en efecto, cumpliendo escrupulosamente con el mandato de la Ley de Bases, que carecían de personalidad las sociedades civiles cuyos pactos no tengan la publicidad adecuada para que sus pactos dejaran de ser secretos o reservados; y por tanto, a contrario, que solo gozaban de personalidad las que cumplían con esa publicidad. Antes del Código se entendía por la doctrina que publicidad legalmente adecuada era la prevenida en la Ley citada de 1869. Pero derogada ésta con la entrada en vigor de aquél, no prevé el Código otra publicidad oficial que la que puedan obtener si revisten una de las formas prevenidas en el Código de Comercio (artículo 1670)”.

“erga omnes” que se exige para las sociedades mercantiles¹⁰⁵.

Esta resolución de 2012 fue anulada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 2 de octubre de 2013, que confirma lo establecido por el Juzgado de Primera Instancia nº5 de Lugo; y que reafirma el pronunciamiento del TS en sentencia de 7 de marzo de 2012, a favor del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil no inscrita, consecuente de la eficacia organizativa del contrato dirigido a crear una entidad destinada a participar como tal en el tráfico jurídico.

La doctrina también se ha pronunciado sobre la materia, estableciendo cuando la sociedad civil queda configurada como sociedad externa. No rige una unanimidad al respecto, pero la mayoría de los autores entiende que la personalidad jurídica de la sociedad civil se vincula con la publicidad en el tráfico de la sociedad.¹⁰⁶ Estiman así que el art.1669CC solo exige una publicidad de hecho.¹⁰⁷ Supeditan así la adquisición de la personalidad jurídica al cumplimiento del requisito de publicidad de hecho, siendo la doctrina más benévola que la DGRN, pero sin avalar en su totalidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es decir, sin admitir la personalidad jurídica como resultado de la eficacia organizativa del contrato.¹⁰⁸

¹⁰⁵Según la resolución citada “en el artículo 1669 se determinaron las consecuencias que, para las sociedades civiles que no tengan personalidad jurídica, comportaba el hecho de no tenerla, tanto respecto a la titularidad de sus bienes como a la de la gestión de la contratación; en cambio, en el artículo 1670, se definieron cuando la tenían, aunque no se expresasen las consecuencias de tenerla porque esas ya resultaban del artículo 38.1 (que es aplicable a todas las personas jurídicas). Doctrina que fue acogida ya en la Resolución de 31 de marzo de 1997, cuando estableció que las sociedades civiles cuyos pactos se mantienen secretos entre los socios (y por tanto carecen de personalidad) son precisamente las que no se inscriben en el registro mercantil; conclusión que corresponde reafirmar por las razones ahora expuestas y las en aquella resolución recogidas”.

¹⁰⁶DE CASTRO, Persona jurídica, pág. 281-283, DIEZ PICAZO y GULLÓN, Sistema, IIº, pág.519; SCAEVO LA/CASTÁN, Código, XXV, pág.779-780; PUIG BRUTAU, Fundamentos, II, pág.493-494; GULLÓN, Contratos en especial, pág.356-357; CÁMARA, Estudios, I, pág. 179-193; CAPILLA, Sociedad civil, pág. 395 y 396.

¹⁰⁷Menos coincidentes son las opiniones sobre la idea de publicidad de hecho, es decir, en precisar en qué consiste la publicidad de hecho. La idea más extendida es que la publicidad de hecho se da desde el inicio de las operaciones sociales, ya que es este el momento en el que la sociedad se manifiesta como tal en el tráfico, ejercitando la actividad “*nomine societatis*”.

¹⁰⁸Contemplándose la personalidad jurídica como un atributo que surge de forma natural en el momento en que queda perfeccionado el contrato de sociedad.

7. ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN

En primer lugar, podemos situar el nacimiento de la polémica sobre esta materia en el choque entre el planteamiento tradicional y la práctica social que la jurisprudencia intenta armonizar. El planteamiento tradicional niega la personalidad jurídica a la sociedad irregular, impide en términos de responsabilidad, que los terceros acreedores de la sociedad puedan satisfacer sus pretensiones ante la misma con cargo a los bienes sociales.¹⁰⁹ Frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los “objetivos” poco precisos o claros de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, desencadenan una continua contradicción. Contradicción, que debería ser resuelta con un simple análisis de la realidad y práctica social actual. Ya que el derecho debe adecuarse lo máximo posible a la realidad a la que sirve, o sobre la que pivota, para dar respuesta a diversas cuestiones o resolver múltiples conflictos de forma óptima.

En segundo lugar, todos conocemos la falta de presteza que a nuestro legislador le suele calificar, ya que la demora en la legislación o modificación de algunas normas lo hace latente. Aunque en la práctica, durante años, se ha dado una solución, supliendo en cierto modo la dilación en la modificación de normas o incluso en la legislación de estas; y esta es la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Siendo esto es así, resulta inexplicable porque una Dirección General contraviene y contradice de forma continua al Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta que se dio un punto de conexión entre ambos, una concordancia entre la doctrina científica y la jurisprudencia del TS. Concordancia que la DGRN quiso difuminar, y volver al planteamiento que mantenía ya en 1997.

Desde mi punto de vista, es posible una perfecta conciliación si damos respuesta a las cuestiones originadas en la práctica buscando una solución conjunta a la cuestión. Es decir, tener en cuenta las causas que causan la irregularidad de la sociedad y que enuncia la DGRN, así como las establecidas por el TS. Y nos daremos cuenta de que ambas coinciden en ciertos puntos y son equidistantes en otros.

En tercer lugar, en relación a la personalidad jurídica de las sociedades civiles, mi opinión, podemos establecer ciertos niveles de irregularidad para calificar a una sociedad, en base a los efectos que origina el contrato de sociedad, y teniendo en cuenta

¹⁰⁹También se impide así la declaración de nulidad de los contratos en nombre de la sociedad en lo que a responsabilidad de la sociedad se refiere.

el art.1669CC. y art.1670 CC. Ya que la base de toda interpretación o teoría debería ser una norma del ordenamiento jurídico que trate la cuestión. Pues bien, teniendo en cuenta la norma citada y los puntos de conexión entre la doctrina y la jurisprudencia del TS, obtenemos tres niveles diferenciados:

- Un primer nivel sería el establecido por el art.1669CC en su párrafo primero, caracterizado por no gozar el ente de personalidad jurídica, el vínculo societario se mantiene secreto, reservado para los socios que componen la sociedad, no se exterioriza frente a terceros. En este supuesto, los terceros podrán relacionarse con los socios como si fueran estos últimos unos comuneros.

- *A contrario sensu* del art.1669CC, nos encontramos con grupos instrumentalmente unificados que actúan en el tráfico como entidades colectivas, destacando así un segundo nivel. Nivel en el que se reconoce la personalidad jurídica de las sociedades civiles como consecuencia de la eficacia organizativa del contrato; es decir, como consecuencia de una entidad que participa en el tráfico jurídico de forma continuada y dando publicidad de hecho a su vínculo social frente a terceros¹¹⁰. Teniendo así personalidad jurídica aunque no se haya inscrito (tal y como establece el TS y la DGRN en alguna de sus resoluciones), salvo que las partes decidan que no trascienda al exterior, que el vínculo siga siendo secreto (su existencia se mantenga secreta), en cuyo caso estaríamos de nuevo en el primer nivel. Y en este caso será aplicable el régimen de la sociedad colectiva dado el carácter externo de la sociedad y su actividad permanente en el tiempo.

- Un tercer nivel en el que la sociedad tiene personalidad jurídica y por tanto un patrimonio separado y diferenciado del de sus socios, así como titularidad de derechos y obligaciones, este es el supuesto que se recoge en el art.1670CC. Teniendo así la sociedad civil una adecuada publicidad, la misma publicidad oficial y “erga omnes” que se exige para las sociedades mercantiles, consecuente de lo cual, los pactos de las sociedades no se consideren secretos y adquieran personalidad jurídica.

Finalmente, siendo concisos, y siguiendo la línea enunciada, se podría concluir con que la sociedad colectiva y la sociedad civil se sitúan en planos distintos. La aplicación

¹¹⁰Siendo así estos terceros conscientes de que contratan con una sociedad, o que participan en el tráfico frente a una sociedad. Por tanto, los acreedores, terceros, tiene el convencimiento de “tratar” con una sociedad que responde como persona jurídica; dejándoles desamparados en lo que a responsabilidad se refiere si esto fuese contrario.

del régimen de sociedad colectiva a la sociedad civil solo es posible si concurren los requisitos mínimos de configuración de esta forma social, como son el carácter externo y permanencia de la actividad. Pero, si por el contrario se da el supuesto de sociedad interna o de sociedad ocasional, y por ello sin permanencia, que actúa en el tráfico mercantil, será de aplicación la disciplina general de la sociedad civil (art.1669 CC).

8. BIBLIOGRAFÍA

- Tena Piazuelo, Isaac, *El concepto de sociedad civil irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- Julio Álvarez Rubio, Joaquín Cayón de las Cuevas, Eugenia Fernández Fernández, Enrique Gadea Soler, Vicente Gozalo López, Jorge Tomillo Urbina, *Derecho de sociedades Vol.II*, Dykinson, Madrid, 2003.
- Gozalo López, Vicente, “Sociedad irregular y personalidad jurídica”, *El Derecho Diario de Jurisprudencia*, Madrid, 1996.
- Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil I*, Civitas, Madrid, 1999.
- Paz-Ares, Cándido, *Comentarios del Código Civil Vol.I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- Gozalo López, Vicente, *Quiebra por extensión*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001.
- Paz-Ares, Cándido, *La responsabilidad del socio colectivo*, Cuadernos CIVITAS, (1ª.ed.), Madrid, 1993.
- Quesada Sánchez, Antonio José, “Las Sociedades Civiles sin personalidad jurídica en el ordenamiento español”, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga, 2003.
Disponible en: <http://www.biblioteca.uma.es/bbldoc/tesisuma/17862073.pdf>
- Maside Miranda, Enrique, “Las Sociedades Civiles y el Registro Mercantil”, *Anuario de Facultad de Derecho*, 2002. Disponible en: <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2210/1/AD-6-21.pdf>