



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Valpuesta Gastaminza, Eduardo. La sociedad irregular (sociedad mercantil no inscrita) en el anteproyecto de código mercantil: algunos aspectos de su régimen jurídico. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 949-966. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21028>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA SOCIEDAD IRREGULAR (SOCIEDAD MERCANTIL NO INSCRITA) EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL: ALGUNOS ASPECTOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA *

Resumen

La doctrina española había concluido que la sociedad con objeto mercantil que actúa en el tráfico sin voluntad alguna de inscribirse en el Registro Mercantil debía ser tratada como sociedad colectiva. En el Anteproyecto de Código Mercantil se despejan ciertas dudas sobre el concepto y régimen de la irregular, si bien también se crean problemas nuevos. Se considera irregular a la sociedad con objeto mercantil que actúa como tal sociedad antes de la escritura, o que no inscribe la escritura de constitución en un plazo de tres meses desde su otorgamiento; se le aplica, en general, el régimen de sociedad colectiva; y los socios responden de las deudas sociales personal, solidaria e ilimitadamente, en algunos casos con derecho a la previa excusión del patrimonio social.

Contenido

1. Estado de la cuestión en materia de «sociedad irregular». – 1.1. Introducción: la sociedad irregular como una forma más de ejercer la actividad empresarial. – 1.2. Concepto de sociedad irregular. – 1.3. Régimen jurídico de la sociedad irregular. – 1.4. La sociedad irregular en la legislación mercantil actual. – 2. La «sociedad mercantil no inscrita» en el Anteproyecto de Código Mercantil. – 2.1. La «sociedad mercantil». – 2.2. La «constitución» de la sociedad mercantil. – 2.3. La «sociedad mercantil no inscrita»: delimitación del supuesto. Efectos de la «inscripción posterior» de la sociedad mercantil no inscrita. – 2.4. La «sociedad mercantil no inscrita»: responsabilidad, personalidad jurídica, otros aspectos de su régimen. – 3. Conclusiones.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN MATERIA DE «SOCIEDAD IRREGULAR»

1.1. Introducción: la sociedad irregular como una forma más de ejercer la actividad empresarial

Pese al estigma que ya supone su denominación, la «sociedad irregular» es una realidad entre las formas empresariales de nuestro país. Muchas personas se asocian y «constituyen» «sociedades irregulares», para las que obtienen un CIF provisional en

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Navarra.

Hacienda (que les hace rellenar un documento que, normalmente, se denomina de «constitución de sociedad irregular»), con el que abren sus cuentas corrientes bancarias y que hacen aparecer en sus facturas. Giran en el tráfico, precisamente, como «sociedades irregulares», sin ningún problema, y pueden llevar su contabilidad de forma tan ordenada como cualquier otra empresa. Las razones de operar así son muchas; en buena medida, fiscales (Hacienda todavía no ha dado el paso de considerarles persona jurídica sometida al impuesto de sociedades, de forma que no tributan por el mismo¹), y también de simple gestión y de ahorro de los costes económicos de la constitución regular (escritura pública, pago de impuesto de constitución, pago de la inscripción registral), que se considera que son excesivos para los beneficios que reporta la «regularidad». Lógicamente, cuando las cosas «van mal» es cuando aparecen los problemas, pues no existe una regulación legal segura que permita solventar tales cuestiones con seguridad. Por lo tanto, lo lógico es regular la «sociedad irregular»; sin incentivarla, sin considerarla -posiblemente- un modelo a seguir, pero también dando seguridad a las partes y a terceros y haciendo que la irregularidad no pueda beneficiar a los socios en perjuicio de sus legítimos acreedores.

La cuestión técnica del concepto y régimen de la «sociedad irregular» es una de las más controvertidas en materia de teoría general de sociedades, y en ella se entrecruzan problemas derivados de los requisitos de mercantilidad de la sociedad y de constitución de las sociedades mercantiles, y de la eficacia de la publicidad registral. La doctrina más comúnmente aceptada puede centrarse en las siguientes afirmaciones.

1.2. Concepto de sociedad irregular.

En primer lugar, la categoría «sociedad irregular» sólo puede referirse a sociedades que desarrollen un objeto mercantil. Si desarrollan un objeto civil son sociedades civiles, y para éstas no existe la «irregularidad». Esto es así porque el Código civil no exige a la sociedad civil ningún requisito específico de publicidad, bastando el mero contrato entre las partes para el nacimiento de la sociedad. Incluso respecto de las sociedades civiles en las que se aporten inmuebles o derechos reales, para las que el art. 1667 Cc exige el otorgamiento de escritura pública, se entiende que la falta de escritura no supondría irregularidad ni nulidad de la sociedad, sino simplemente ineficacia de la transmisión de la titularidad e inoponibilidad a terceros de esa «no - aportación». Cuestión distinta es que si la sociedad no actúa como tal frente a terceros, y mantiene ocultos sus pactos, sería una simple «sociedad interna» (no se exterioriza frente a terceros) que, conforme al art. 1669 Cc, carece de personalidad jurídica y se rige por las normas de la comunidad de bienes. No por ello, según la doctrina más consolidada, deja de ser sociedad civil. Por último, si una sociedad con objeto civil adopta una forma mercantil, sería mercantil

¹No han faltado voces en la doctrina fiscalista que han defendido ese sometimiento a imposición como una sociedad mercantil más, pero no han prosperado. Vid. por todos el tratamiento de BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Cuestiones tributarias. Sociedades irregulares y su régimen jurídico tributario: ¿pueden considerarse personas jurídicas a efectos tributarios tras la reforma mercantil de 1989?», *Impuestos*, ref. D-17, tomo I, 1998.

si la forma adoptada es de sociedad de capital, pues así lo ordena el art. 3 LSC; y si adopta forma de sociedad colectiva o comanditaria simple, se entiende que si bien se rige en ciertos aspectos por las reglas de la colectiva o comanditaria (así lo exige el art. 1670 Cc), sigue siendo un no-comerciante y no tiene obligación de inscribirse para nacer como tal sociedad².

En segundo lugar, la sociedad irregular actúa en el tráfico como tal entidad, como si fuese (porque lo es) independiente de sus socios, contratando en nombre propio. La «sociedad interna», a la que se ha hecho referencia, se considera sociedad por la mayoría de los autores, pero tiene un régimen especial condicionado por el mandato expreso del art. 1669 Cc³. Frente a la sociedad interna, la irregular es una sociedad, en palabras de GIRÓN, publicada de hecho -actúa en el tráfico como sociedad-, pero sin publicidad de derecho -no está inscrita como tal-.

En tercer lugar, la sociedad irregular es la que actúa sin estar inscrita en el Registro Mercantil, y sin voluntad de realizar tal inscripción. En principio debería inscribirse, pues al tener objeto mercantil y ser sociedad externa los arts. 116 y ss. Cco le exigen el otorgamiento de escritura y la inscripción registral. Sin embargo, no se inscribe porque los socios consideran que no les merece la pena hacerlo (entre otras, puede ser por alguna de las razones antes apuntadas). Si la sociedad tiene la intención de inscribirse, y actúa en el interin entre constituirse e inscribirse, la situación es peculiar y ofrece muchos matices, pues puede tratarse de una «sociedad en formación» (que acaba inscribiéndose en plazo, y tiene un régimen específico, como luego se verá), o de una «sociedad irregular» (que no se inscribe en plazo, de forma que esa «supuesta voluntad de inscribirse» se ha mostrado muy poco firme). Normalmente, de una sociedad que

² Para todas estas cuestiones me remito al amplio tratamiento que realicé en trabajos anteriores, *La sociedad irregular*, Aranzadi, Pamplona, 1995, y *El concurso de la sociedad irregular*, La Ley, Madrid, 2005. La doctrina que sigo se defiende y recoge, fundamentalmente, en GIRÓN, J., «Las sociedades irregulares», *ADC*, octubre-diciembre 1951, pp. 1291-1347, y en *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, pp. 230 y ss.; CAPILLA RONCERO, F., *Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código civil*, en VV.AA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO (dir.), t. XXI, v. 1, Edersa, Madrid, 1986, pp. 31-37; GARCÍA VILLAVERDE, R., «Sociedades irregulares», *CDC*, nº 11, septiembre 1993, p. 16; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil*, en *Comentarios del Código civil*, PAZ-DÍEZ PICAZO-BERCOVITZ (coords.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. II, págs. 1339 y ss., y *Voz «Sociedad mercantil»*, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, v. IV, p. 6341.

Pese a esto, en la jurisprudencia todavía se utiliza a menudo la expresión «sociedad civil irregular», bien para referirse a la sociedad civil en la que se han aportado inmuebles sin escritura (SSTS 7 marzo 2006 -RJ 2006, 5217-, 9 febrero 2007 -RJ 2007, 941-, o 11 marzo 2008 -RJ 2008, 4348-), bien para referirse a la sociedad interna (SSTS 21 octubre 2005 -RJ 2005, 7707-, 14 julio 2006 -RJ 2006, 4716-, o 19 noviembre 2008 -RJ 2009, 411-).

³ Respecto de la sociedad interna *vid.* CAPILLA RONCERO, *Comentario ...*, *op. cit.*, pp. 50 y ss., para quien lo fundamental para que la sociedad no sea interna es que en el tráfico la sociedad se manifieste como tal, y los socios contraten en nombre de la sociedad; y PAZ-ARES, C., *Voz Sociedad interna*, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, v. IV, pp. 6331 y ss., quien sin embargo considera que lo principal no es no actuar en el tráfico como sociedad, sino contener una cláusula contractual «en virtud de la cual se acuerda que los pactos sociales carecen de trascendencia frente a terceros o, mejor dicho, que los pactos sociales no modifican la posición de los socios frente a terceros».

Las «cuentas en participación», de seguir la doctrina que las considera como una sociedad, serían una sociedad interna, pero no una sociedad irregular, pues no actúan como tal sociedad.

actúa en el tráfico sin inscribirse se comprobará que no tiene voluntad alguna de hacerlo (esto es, que no está en el «proceso de constitución regular») cuando lleve un tiempo prudencial sin siquiera otorgar escritura o, aun habiéndola otorgado, sin solicitar su inscripción.

En esta materia se plantea una de las cuestiones más polémicas, la relativa a la importancia del otorgamiento de escritura pública. La cuestión es si tal otorgamiento es requisito para que exista sociedad irregular (la irregular sería una sociedad escritura pero no inscrita), o si no. Ciertamente la escritura pública tiene gran importancia, porque supone la constatación de la voluntad de los socios, adverbada por un fedatario público, y un cierto control de la legalidad de los pactos societarios. Pero aparte de esto, la cuestión consiste en si tal escritura es requisito de la sociedad irregular. En general, la doctrina considera que la sociedad irregular no exige el otorgamiento de escritura⁴; pero existen mayores discrepancias en cuanto a si la «sociedad devenida irregular» del art. 39 LSC sí exige tal otorgamiento. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante, sub 1.4 y 2.3.

1.3. Régimen jurídico de la sociedad irregular

Delimitado el concepto de sociedad irregular, lo relevante es aparejarle un régimen jurídico que se adecue a lo querido por las partes, pero sin beneficiarla con las consecuencias que tiene la publicidad legal. Los preceptos que el Código de comercio dedica a esta cuestión, sin embargo, son tan poco claros que una interpretación muy ceñida a su literalidad, y que fue la predominante a mediados del siglo XX en nuestra doctrina, resultaba bastante poco útil. Conforme a la misma: a) el pacto de constitución de la sociedad obliga a los socios internamente, según se deduciría de los arts. 24 y 117 Cco; b) sin embargo, la sociedad no adquiere personalidad jurídica hasta la inscripción, conforme a la literalidad del art. 116.2 Cco *a contrario*; c) los contratos celebrados en nombre de esa «sociedad» no inscrita serán inválidos, a tenor del art. 118 Cco *a contrario*; y d) de los contratos celebrados responden los gestores, conforme al art. 120 Cco⁵. Con esta interpretación, obviamente, se «beneficiaba» a la sociedad irregular, haciendo que su patrimonio no respondiera de los negocios celebrados en su interés (y de los que, posiblemente, había obtenido el correspondiente beneficio), y fiando la garantía del tercero a la solvencia de los «gestores» (bastaría con colocar a gestores testaferros insolventes para lograr una absoluta impunidad en la actuación).

Frente a esta postura, fundamentalmente a partir de las aportaciones de GIRÓN y, posteriormente, de PAZ-ARES, el régimen de la irregular se caracterizó de forma bien distinta con dos notas: los socios no podrán oponer a terceros de buena fe los pactos sociales no inscritos, precisamente por tal falta de inscripción; y tampoco podrán

⁴ Vid. la bibliografía citada en la nota 15 de mi trabajo *El concurso ...*, *op. cit.*, p. 20.

⁵ Una exposición detallada de los autores que apoyan cada una de las afirmaciones en VALPUESTA, *La sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 70 y 71. Con carácter general *vid.* ÁLVAREZ DEL MANZANO, F., BONILLA, A. y MIÑANA, E., *Tratado de Derecho Mercantil Español*, Madrid, 1915, vol. I, p. 427; GARRIGUES, J., «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, nº 132-133, 1974, pp. 233-234.

lograr, si es que la pretendían, una limitación de responsabilidad (total o parcial), porque no se ha cumplido el control registral que sí permite esa limitación en las sociedades comanditarias, anónimas o de responsabilidad limitada (y pese a que este control no garantice un patrimonio de responsabilidad adecuado). De acuerdo con esto, la sociedad irregular será tratada como una sociedad colectiva no inscrita (como una colectiva irregular)⁶. La sociedad colectiva se muestra, así, como la forma básica de sociedad mercantil.

Ahora bien, la doctrina discrepa acerca de si esta consideración como colectiva lo es a todos los efectos (aspectos internos y externos), o sólo en las relaciones con los terceros. Para quienes defendemos la primera postura, los aspectos internos y externos del régimen legal de la sociedad colectiva son interdependientes y lógicos entre sí (no organicismo de terceros, intransmisibilidad de la condición de socio, etc.)⁷. En cambio, quienes defienden la segunda postura afirman que sólo el régimen frente a terceros (representación y responsabilidad) es imperativo, mientras que las relaciones internas quedan a la voluntad de las partes⁸.

En general la doctrina considera que a la responsabilidad como sociedad colectiva se añade otra consecuencia: la responsabilidad de los gestores *ex art. 120 Cco*⁹. A mi juicio no procede aplicar este precepto, que claramente está pensando en la

⁶ Como colectiva, porque no limita la responsabilidad al patrimonio social; y como colectiva no inscrita, en la medida en que no podrá oponer a terceros de buena los pactos sociales no inscritos (y, por lo tanto, no oponibles, arts. 21 Cco y 9 RRM). Con matices en cada autor, esta postura es la hoy preponderante. La formuló inicialmente GIRÓN, «Las sociedades ...», *op. cit.*, y más tarde en *Derecho de sociedades ... op. cit.*, pp. 226 y ss. Posteriormente la recogió y desarrolló con otros matices PAZ-ARES, «Comentario ...», *op. cit.*, pp. 1344 y ss., y «Sociedad irregular ...», *op. cit.*, pp. 6338-6339.

⁷ No por ello niego que los pactos entre socios relativos a la gestión interna, reparto de los beneficios, etc. prevalezcan sobre el régimen legal. Lo pactado por los socios debe prevalecer sobre el régimen legal, en lo que éste tenga de dispositivo. Pero no cabe entender, por ejemplo, que por haber «constituido» una sociedad anónima, que luego no se inscribe, se apliquen todas las normas internas de la sociedad anónima a esa sociedad irregular. Remito a VALPUESTA, *La sociedad ...», op. cit.*, pp. 163-170.

⁸ Como autores que defendemos la aplicación del régimen en bloque cabe citar, entre otros, a JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular», en VV.AA., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, Madrid, 1991, p. 683, nota 84; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXX, v. 1, 1991, p. 48; GARCÍA VILLAVARDE, «Sociedades irregulares ...», *op. cit.*, p. 43; MORILLAS JARILLO, M.J., *La sociedad irregular*, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, vol. II, 1995, p. 2530; VALPUESTA, *La sociedad ... op. cit.*, pp. 161 y ss. y *El concurso ... op. cit.*, pp. 60-61; SÁEZ LACAVE, M. I., *La sociedad mercantil en formación*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 440 y ss.; HERRERO SUÁREZ, C., «Comentario a la Sentencia de 7 marzo 2012», *CCJC*, n° 90, 2012, p. 234.

Defienden, en cambio, la aplicación sólo de las reglas de relaciones externas, entre otros, GARCÍA-CRUCES, J.A., «Irregularidad societaria y derecho de las sociedades de capital (Notas sobre el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas)», *RDP*, septiembre 1996, p. 670; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada antes de la inscripción en el Registro Mercantil: la sociedad en formación y la sociedad irregular*, en VV.AA., *La sociedad de responsabilidad limitada*, GARRIDO DE PALMA (dir.), Trivium, Madrid, t. I, 1996, p. 288; PINO ABAD, M., *La sociedad de capital no inscrita. La sociedad en formación y la sociedad irregular*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 257; FARIAS BATLLE, *La irregularidad de la sociedad de capital. Aspectos societarios y registrales*, Comares, Granada, 2001, pp. 41 y 60 y ss.

⁹ *Vid.*, entre otros, GIRÓN, «Las sociedades ...», *op. cit.*, p. 1341, y *Derecho de sociedades ...», op. cit.*, pp. 254-255; PAZ-ARES, «Comentario ...», *op. cit.*, pp. 1343 y ss. y «Sociedad irregular ...», *op. cit.*, p. 6338;

situación de la sociedad en situación provisional de no inscripción, pero que finalmente acaba inscribiéndose. Sería, este precepto, el paralelo al art. 36 LSC, pero en sede de teoría general de sociedades. No tiene sentido que si ya existen unos responsables directos (la sociedad y, subsidiariamente, los socios), se añada además otra responsabilidad que piensa en un supuesto distinto. La cuestión, de todas formas, puede ser irrelevante, pues normalmente el gestor es socio, y responde por ello como tal.

Por último, otra cuestión problemática es la de la personalidad jurídica de la sociedad irregular. La doctrina española, inicialmente, negaba tal personalidad a la irregular, con base en la dicción del art. 116.2 Cco *a contrario*. Posteriormente, la doctrina mayoritaria ha ido contemplando la personalidad jurídica como un concepto instrumental y técnico, como un mecanismo de imputación de derechos y obligaciones, y ha defendido que la sociedad irregular posee tal personalidad desde el momento mismo en que, habiendo existido pacto entre los socios, actúa externamente como tal sociedad frente a terceros; esto es, desde que se manifiesta como «sociedad (externa)» (la «sociedad interna» carecería de esa personalidad, art. 1669 Cc). Ahora bien, la personalidad jurídica sería un concepto que admitiría graduaciones en la «independización» de los socios respecto de la persona jurídica, y por eso se habla de distintas formas o de distintos grados de personificación o de incomunicación. En cualquier caso, la sociedad irregular tendría personalidad jurídica, patrimonio propio e independiente de los socios, y respondería personalmente de las obligaciones asumidas por sus representantes en su nombre¹⁰.

1.4. La sociedad irregular en la legislación mercantil actual

La construcción teórica del concepto y régimen de la sociedad irregular se realizó con base en la interpretación de los arts. 116 a 120 Cco. Como queda dicho, de la insatisfactoria interpretación literal común a mediados del siglo pasado se derivó a la interpretación lógica y finalista de tratamiento como sociedad colectiva no inscrita. La

PANTALEÓN, F., «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código civil)», *ADC*, enero-marzo 1993, p. 50.

En contra VICENT CHULIÁ, F., «La sociedad en constitución», en *VVAA, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978., p. 865, para quien (y estoy de acuerdo con esto) el art. 120 Cco se refiere a la sociedad en constitución, y no a la irregular.

¹⁰ Como muestra de los autores que admiten la personalidad jurídica de la irregular, con diferentes matices, podemos citar, entre otros, a PAZ-ARES, «Comentario ...», *op. cit.*, pp. 1357 y ss., y «Sociedad interna ...», *op. cit.*, pp. 6331 y ss.; PANTALEÓN, «Asociación ...», *op. cit.*, p. 35; CABANAS TREJO, R. – BONARDELL LENZANO, R., *Sociedad irregular y sociedad en formación. Una aproximación a su régimen jurídico*, Praxis, Barcelona, 1997, pp. 79-82; FARIAS BATLLE, *La irregularidad ...», op. cit.*, p. 78; SÁEZ LACAVE, *La sociedad ...», op. cit.*, p. 425; EIZAGUIRRE, J.M., «La subjetivación de las sociedades de personas», en *VVAA, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGrawHill, Madrid, 2002, vol. I, p. 136.

En la jurisprudencia existen criterios contradictorios. Por ejemplo, la STS 19 diciembre 2006 (RJ 2007, 382) consideró que una sociedad que giraba como S.L. pero no había otorgado escritura de constitución no tenía personalidad jurídica, aunque respondía frente a terceros como sociedad colectiva. En cambio, la STS 24 noviembre 2010 (RJ 2011, 580) estimó respecto de una S.L. que había contratado antes de otorgar escritura (y que luego, efectivamente, se inscribió) que «del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad», de forma que ese contrato que se celebró era luego exigible (en este caso, por la sociedad, y frente a los otros contratantes).

«teoría general» de las sociedades mercantiles, recogida en los arts. 116 a 124 Cco, resultaba muy poco precisa en aspectos tan relevantes como cuál era el momento de «constitución» de la sociedad o el de adquisición de la personalidad jurídica, la relevancia de los requisitos constitutivos (escritura pública e inscripción), e incluso la propia «mercantilidad» de la sociedad (el art. 116.1 Cco parecía defender más la mercantilidad por la forma, por constituirse siguiendo alguna de las formas mercantiles, que por el objeto). Por eso la moderna construcción de esa teoría general ha correspondido a la doctrina, con muy escasos, y poco seguros, apoyos legales.

Cuando ya se había generalizado en la doctrina la asunción de los conceptos y régimen «modernos» de la sociedad irregular, ocurrió que el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas de 1989 introdujo un precepto novedoso en materia de «sociedad irregular», el art. 16. Esta inclusión tuvo de bueno que revitalizó toda la doctrina existente sobre la sociedad irregular, pero también produjo un efecto negativo: no quedaba claro si era el régimen únicamente de la sociedad (supuestamente) anónima no inscrita, o si constituía un régimen aplicable por analogía a toda sociedad irregular. Se produjo entonces el «pie forzado» de cómo construir una teoría general a partir de un precepto situado en el régimen de una forma societaria específica. El art. 16 LSA recogía, ciertamente, el tratamiento de la sociedad (anónima) irregular como colectiva, pero añadía otras varias piezas (derecho a disolver la sociedad «una vez constatada la falta de voluntad de inscripción», tratamiento como colectiva o como sociedad civil, etc.) que no estaba claro cómo coordinar con la teoría general. Además, en la Ley se regulaba también el régimen de la «sociedad en formación» en el art. 15, y aparentemente podía interpretarse (y de hecho, se interpretó por muchos) que la sociedad irregular del art. 16 LSA era una sociedad en formación devenida irregular, lo cual añadía nuevos problemas y matices a la interpretación de los preceptos. Posteriormente, la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995 se remitió en esta materia también a la LSA. Y finalmente, el texto refundido de Ley de sociedades de capital realizó pequeñas reformas de matiz en la redacción de los preceptos, que a mi parecer intentaban reforzar la idea de que la «sociedad de capital irregular» era una «sociedad en formación» (de los arts. 36 a 38 LSC) devenida irregular (arts. 39 y 40 LSC)¹¹.

Del régimen literal de la «sociedad devenida irregular» de los arts. 39 y 40 LSC cabe destacar dos aspectos. En primer lugar, el art. 39.1 LSC aplicaba las normas de la sociedad colectiva o de la civil a la sociedad en formación que hubiera iniciado sus operaciones, una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad. De acuerdo con esta literalidad (que no estaba tan remarcada en el art. 16 LSA, que no hablaba nunca de «sociedad devenida irregular») algunos autores tienen ocasión de defender que la sociedad irregular del art. 39 LSC es una sociedad «en formación» respecto de la que se

¹¹ Acerca de los cambios introducidos en la redacción de los preceptos en la Ley de sociedades de capital, *vid.* mi trabajo «La “sociedad anónima irregular” (“sociedad devenida irregular”) en la Ley de Sociedades de Capital», en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 839-856.

ha constatado la voluntad de no inscribir¹². Frente a esta postura, otros autores sostenemos que la sociedad irregular del art. 39 LSC no es una sociedad «en formación devenida irregular», sino una sociedad irregular desde su constitución por el acuerdo de voluntades de los socios, de forma que no hay que aplicarle ni los requisitos conceptuales de la sociedad en formación, ni un doble régimen de «sociedad en formación» y, posteriormente, «sociedad devenida irregular»¹³.

En segundo lugar, conforme al art. 40 LSC en esa sociedad devenida irregular cualquier socio podía instar la disolución de la sociedad, satisfaciéndosele su cuota de liquidación, si fuera posible, con la restitución de sus aportaciones. El problema de esta «pieza» de la regulación era su justificación, pero también su posible extrapolación al régimen general de la irregularidad.

2. LA «SOCIEDAD MERCANTIL NO INSCRITA» EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

2.1. La «sociedad mercantil»

El Anteproyecto de Código Mercantil presentado por el Ministerio de Justicia en mayo de 2014 supone un cambio muy relevante en toda esta materia, sobre todo porque realiza una construcción más lógica, completa y acabada (otra cosa es que se compartan todos o algunos aspectos de la misma) de los trámites constitutivos de la sociedad mercantil. Frente a los arts. 116 a 124 Cco, que carecían de sistemática y resultaban poco claros, ahora en el Libro Segundo del Anteproyecto, titulado «De las sociedades mercantiles», se incluye un Título I bajo la denominación «De las normas generales de las sociedades mercantiles» que supone esa teoría general. En general, todo este régimen supone una «generalización» de las reglas que se recogían hasta ahora en la Ley de sociedades de capital (denominación, nacionalidad, domicilio, forma de

¹² Esto supone: a) aplicar el concepto de «sociedad en formación» del art. 36 LSC (respecto de la cual muchos afirman que es requisito la existencia de escritura de constitución); y b) que la sociedad en formación devenida irregular se tratará con el régimen de los arts. 36 y 37 en cuanto a los actos celebrados antes de devenir irregular, y con el régimen de la sociedad colectiva o civil para los actos celebrados después de devenir irregular.

En este sentido, defienden que para la disolución de la sociedad se aplicarán las reglas de disolución de la sociedad anónima (si bien no ligándola en todos los casos al mantenimiento de la postura interpretativa que se refiere), entre otros, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Sociedad anónima ...», *op. cit.*, pp. 43-44; BELTRÁN, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1991, p. 151; GARCÍA-CRUCES, «Irregularidad societaria ...», *op. cit.*, p. 676; GARDEAZÁBAL, «La sociedad ...», *op. cit.*, p. 299; TAPIA HERMIDA, A., *La sociedad anónima falta de inscripción registral*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, Madrid, 1996, p. 119; SÁEZ LACAVE, *La sociedad ...», op. cit.*, pp. 288 y ss., y «Comentarios a los artículos 39 y 40», en *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, ROJO-BELTRÁN (drs.), Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 455 y ss.

¹³ En este sentido, entre otros, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «La sociedad ...», *op. cit.*, p. 682, nota 81; GARCÍA VILLAVERDE, «Sociedades irregulares ...», *op. cit.*, p. 47; VALPUESTA, *La sociedad ...», op. cit.*, pp. 149-151, y *El concurso ...», op. cit.*, p. 56; CABANAS TREJO - BONARDELL LENZANO, *Sociedad irregular ...», op. cit.*, p. 143.

adopción de acuerdos, pactos parasociales, etc.), en la medida en que son reglas organizativas generales, no determinadas por la concreta forma social que se adopte.

En esta teoría general resulta importante, para nuestro tema, determinar cuándo existe «sociedad mercantil» o, dicho de otro modo, cuándo una sociedad es civil o es mercantil. Frente al aparente criterio de la forma que parecía seguir el art. 116.1 Cco en el Anteproyecto se sigue el criterio del objeto y, con independencia del objeto, de la forma. Conforme a ello son sociedades mercantiles: a) las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado; b) cualquiera que sea su objeto, las que adopten algunos de los siguientes tipos: sociedad colectiva, comanditaria simple, limitada, anónima, comanditaria por acciones, cooperativa, mutua de seguros y de garantía recíproca; y c) aquellas a las que la ley atribuya carácter mercantil (art. 211). Por lo tanto, si se adopta alguna de las formas (o «tipos», según la terminología del Anteproyecto) mercantiles, la sociedad es mercantil cualquiera que sea su objeto (mercantilidad por la forma); y si no se adopta alguna de esas formas, la sociedad será mercantil si su objeto es «la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado». Esta delimitación del «objeto mercantil» es coherente con el mandato del art. 001-2.1.a).1º, que cualifica como empresario a la persona física que ejerza profesionalmente una actividad económica de este tipo.

Dicho de otra forma, será sociedad civil la que no adopta alguna de las formas mercantiles del art. 211, y cuyo objeto sea algo distinto a «la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado». De esta forma, el Anteproyecto intenta acabar, de una vez, con la imprecisión que ahora existe acerca de cuándo el objeto social constituye una actividad comercial (un «acto de comercio») y cuándo no. En los actuales Códigos civil y mercantil no existe una delimitación clara de qué sea civil y qué sea mercantil (el Código de comercio no tiene un concepto objetivo de «acto de comercio», sino que reputa como tales a «los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga», art. 2.2. Cco), y la jurisprudencia ha sido hartamente imprecisa al determinar qué actividades son civiles o mercantiles¹⁴. Con el criterio

¹⁴ La imprecisión existente en la jurisprudencia para determinar cuándo el objeto es civil o mercantil resulta desesperante. En general, se ha afirmado que la sociedad será mercantil si el objeto social es realizar actos de comercio (STS 20 noviembre 2006 -RJ 2006, 8082-), o más elaboradamente, si consiste en el desarrollo de una actividad externa con ánimo de lucro, lo que supone la integración en una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social (SSTS 21 junio 1998 -RJ 1998, 4906-, y 19 diciembre 2007 -RJ 2007, 9046-). Pero a la hora de calificar, concretamente, si ciertos objetos son civiles o mercantiles es cuando surge la imprecisión.

Así, por ejemplo, se ha considerado objeto «civil» la actividad de una clínica dental (STS 9 febrero 2007 -RJ 2007, 941-, si bien por aceptar lo fijado en primera instancia, pues esta cuestión no se discutía); la explotación de una cantera, el transporte de mercancías, y la explotación de piedra de un yacimiento (STS 11 marzo 2008 -RJ 2007, 4348-); una academia de enseñanza (STS 19 noviembre 2008 -RJ 2009, 411-); o la adquisición de un edificio en construcción, para acabar la construcción y luego adjudicar los pisos a los socios (STS 7 marzo 2012 -RJ 2012, 5269, si bien en este caso la sociedad se considera anónima porque se constituyó antes de la LSA de 1951 como sociedad con capital dividido en acciones. Sobre el caso particular de esta Sentencia *vid.* el comentario de HERRERO SUÁREZ, «Comentario ..., *op. cit.*, pp. 219-236). Como se aprecia, la mayor parte de estos objetos serían mercantiles siguiendo el criterio general de la STS 19 diciembre 2007.

del art. 211 del Anteproyecto sí se fija un criterio claro de mercantilidad. Lo que faltaría, entonces, de aprobarse el Código mercantil con este criterio, sería coordinar este mandato con el Código civil¹⁵.

De acuerdo con esto, lógicamente, la institución de la sociedad irregular (o de la sociedad mercantil no inscrita) sólo se refiere a sociedades mercantiles, no a sociedades civiles. Habría que desterrar de una vez de la jurisprudencia la figura de las «sociedades civiles irregulares», que no tiene sentido, por lo señalado anteriormente.

2.2. La «constitución» de la sociedad mercantil

El Anteproyecto de Código mercantil no es nada claro, en cambio, a la hora de fijar qué es lo constitutivo de la sociedad mercantil. El art. 213.1 contiene dos previsiones que resultan equívocas. Conforme a su primer apartado, «Las sociedades mercantiles se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en el caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral». En cambio, según el apartado segundo, «La constitución de las sociedades mercantiles exigirá escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil». Con estas dos reglas no queda claro si lo constitutivo es el contrato o acto unilateral, o su formalización en escritura pública. Además, tampoco se aclara si la inscripción forma parte también de la constitución, o es un acto posterior.

Más adelante, el art. 213-25 determina que «Con la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil la sociedad mercantil tendrá la personalidad jurídica correspondiente al tipo elegido». Según esto, parece que la sociedad ya está constituida antes de la inscripción, y que esta inscripción lo que «añade» es la personalidad jurídica del tipo elegido. Pero, entonces, antes de la inscripción, ¿qué personalidad jurídica tenía esa sociedad ya constituida?

Es cierto que con estas imprecisiones se sigue, con bastante fidelidad, el mismo problema que se recogía en la Ley de sociedades de capital, que tampoco dejaba claro si la constitución de la sociedad de capital la determina el contrato, la escritura pública o la inscripción¹⁶.

En cambio, se ha considerado -acertadamente- negocio mercantil la explotación de un restaurante (STS 15 julio 2005 -RJ 2005, 5279), de un vivero de plantas (STS 21 octubre 2005 -RJ 2005, 7707-), de una franquicia de perfumerías (STS 6 julio 2006 -RJ 2006, 5815-), de un negocio de ferretería (STS 20 noviembre 2006 -RJ 2006, 8082), o de una oficina de farmacia (STS 21 febrero 2007 -RJ 2007, 1886-), o la prestación a terceros de servicios de transporte de mercancías con medios propios o ajenos (STS 19 diciembre 2007 -RJ 2007, 9046-).

¹⁵ Es una pena que no se haya aprovechado para realizar una «teoría general de sociedades», que englobara a las civiles y a las mercantiles, algo a lo que conduce la actual existencia de dos Secciones en la Comisión de Codificación y a que el mandato de creación del Código mercantil se realizará a la Sección de lo Mercantil sin ningún mandato complementario para realizar una regulación unitaria de aspectos que son claramente comunes al Derecho privado: el concepto y régimen general de la sociedad (civil y mercantil) y de las obligaciones y contratos (civiles y mercantiles).

¹⁶ Me remito a mi trabajo «La “sociedad anónima ...», *op. cit.*, pp. 846 y ss. Los arts. 213-1.1, 213-1.2 y 213-25 del Anteproyecto son correlativos a los arts. 19.1, 20 y 33 LSC.

Entre los autores que defendían, bajo el art. 16 LSA, que la escritura es constitutiva de la sociedad anónima, por lo que antes de ella no hay sociedad alguna; y que la inscripción añade la personalidad jurídica de sociedad anónima, podemos citar a GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ,

La cuestión puede parecer puramente teórica. Y ciertamente lo es, la mayoría de las veces. Pero en ocasiones la realidad supera a la ficción, y muestra supuestos en los que estas cuestiones teóricas mal resueltas conducen a no poder dar solución clara a problemas reales. El caso «real» nos lo aporta el supuesto de hecho de la STS 24 noviembre 2010 (RJ 2011, 580): una sociedad que incluso antes de otorgar escritura, celebró un contrato de permuta de solar por obra con unos particulares; en ese contrato, la sociedad usó el nombre de «Promociones G.M., S.L.»; posteriormente, al estar ya registrada esa denominación, la sociedad finalmente otorgó escritura y se inscribió con la denominación «Promociones C., S.L.». Cuando la sociedad exigió el cumplimiento del contrato, los particulares alegaron que «Promociones C., S.L.» no estaba legitimada para exigir el incumplimiento, pues el contrato había sido celebrado con «Promociones G.M., S.L.»; y que había existido incumplimiento de lo estipulado. Las sentencias de primera y segunda instancias consideraron que el contrato no era exigible porque no cabía la aplicación del art. 15 LSA, al no haberse otorgado aún escritura de constitución; y porque «Promociones G.M., S.L.» no había adoptado acuerdo alguno de ratificación ni acto concluyente de aceptación del contrato (utilizo los argumentos de los demandados y de las sentencias de instancia tal y como los refleja la Sentencia del Tribunal Supremo). Lo fundamental para dirimir esta cuestión es, precisamente, si antes del otorgamiento de escritura la sociedad ya pactada entre las partes tiene alguna virtualidad o no, y si los contratos que pueda haber celebrado son exigibles posteriormente, cuando ya esté inscrita.

Pues bien, el Tribunal Supremo en esta ocasión se dejó guiar por el sentido común, y concluyó del contrato de sociedad, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad¹⁷. No comparto la (escasa) fundamentación técnica de esta conclusión,

«Irregularidad societaria ...», *op. cit.*, pp. 643-680; SÁEZ LACAVE, *La sociedad ...*, *op. cit.*, p. 419. Con otros matices, defendían que la escritura es constitutiva de la sociedad en formación, y que la inscripción añade la personalidad de anónima, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, «La Sociedad ...», *op. cit.*, p. 217; CABANAS TREJO - BONARDELL LENZANO, *Sociedad irregular ...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss. También con otras precisiones, para ROJO, A., «Comentario a los artículos 19 a 22», en *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, ROJO-BELTRÁN (dirs.), Civitas, Cizur menor, Navarra, 2011, pp. 317-318, respecto de las sociedades de capital, el contrato constituye la sociedad mercantil, y la escritura constituye a una sociedad de capital provisional, que devendrá definitiva con la inscripción (y se convertirá en irregular si no se inscribe).

En el sentido defendido en el texto, de que la escritura no supone un momento independiente que determine un cambio del régimen jurídico, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Sociedad anónima ...», *op. cit.*, p. 15; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «La sociedad anónima ...», *op. cit.*, p. 677; VALPUESTA, *La sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 117-118 y *El concurso ...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss. En particular sobre la falta de carácter constitutivo independiente de la escritura pública VIGUERA RUBIO, J., «Reflexiones críticas sobre la “constitución” de la sociedad de capital», *RdS*, nº 10, 1998, pp. 43 y ss.

¹⁷ Para esta Sentencia, aunque «la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo, y en tanto no se cumpla la Sociedad carece de personalidad a determinados efectos, la personalidad jurídica, como instrumento eficaz para la organización de las empresas y creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico, no queda limitada a los supuestos en los que se ha otorgado escritura pública -momento a partir del cual entra en juego la previsión contenida en el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas, [...] -, de tal forma que del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad. [...] Partiendo del reconocimiento de cierto grado de personalidad de las sociedades mercantiles no formalizadas en escritura pública, cuando los socios o los gestores contratan con terceros exteriorizando su existencia, quedan vinculados con la misma quienes con ella contratan conociendo que entablan las relaciones con la

pero sí la conclusión en sí: es obvio que esa entidad societaria ya existía por el pacto de los socios, y los terceros que con ella contrataron no pueden utilizar aspectos formales para no cumplir un contrato. Si estimaban que la entidad era capaz para celebrar el contrato (y perfectamente conocían que era sociedad no inscrita, pues lo establecía su propia denominación «en formación»), no pueden luego negarse a cumplirlo alegando que no tenía personalidad. Es más, para el Tribunal Supremo el hecho de que la denominación de la sociedad no fuera idéntica tampoco es impedimento alguno, pues era claro que la entidad (socios, voluntad constitutiva, objeto social, etc.) era la misma, aunque no hubiera podido inscribir la denominación que intentó inicialmente.

Este «sentido común» que utilizó el Tribunal Supremo es lo que falta, a mi juicio, en la regulación recogida en el Anteproyecto. Podríamos defender, con el tenor literal, y dejando aparte el supuesto de la unipersonalidad, que la sociedad se constituye con la escritura pública que recoge el acuerdo de las partes, y que la inscripción le otorga la personalidad de la sociedad elegida. Pero, entonces, habría que plantear: a) qué existe antes de la constitución, de la escritura; y, b) qué personalidad jurídica tiene la sociedad constituida, antes de la inscripción: la misma que la sociedad inscrita, u otra distinta (y en este último caso, cómo opera la «sucesión en los derechos» que prevé la Ley). Frente a todas estas disquisiciones, tiene más sentido afirmar, simplemente, que la sociedad se constituye (nace a la vida) con el contrato entre las partes, y desde entonces tiene personalidad. Y cuando finalmente se inscriba, se está demostrando que tenía voluntad de inscripción, y todo lo realizado por esa sociedad «en formación» durante el periodo constitutivo, con los requisitos exigidos legalmente, ya son obligaciones de la sociedad (inscrita). Diferenciar los momentos de «acuerdo», «constitución» y «adquisición de la personalidad» sólo añade problemas, pues obliga a discernir qué es esa «entidad acordada pero no constituida», o «constituida pero sin la personalidad jurídica del tipo». Frente a esto, es mucho más sencillo instaurar un criterio realista y lógico, de puro sentido común: la constitución es un proceso en el que se suceden el pacto, la escrituración, y la inscripción, de forma que cada acto es un requisito del siguiente, y todos cobran sentido con el fin del proceso, pero sin que la entidad sea algo distinto en cada uno de esos pasos.

2.3. La «sociedad mercantil no inscrita»: delimitación del supuesto. Efectos de la «inscripción posterior» de la sociedad mercantil no inscrita

El supuesto de hecho al que el Anteproyecto anuda un régimen especial de «sociedad mercantil no inscrita» viene fijado en el art. 213-28: sociedad mercantil que actúe como tal en el tráfico y en la que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) que no conste en escritura pública; o b) que, transcurridos tres meses desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución, no figure inscrita en el Registro Mercantil.

En primer lugar, se exige que sea sociedad mercantil, lo que remite a los criterios de mercantilidad ya señalados en el art. 211-1.1. Sin embargo, es claro que será

sociedad en fase de adquisición de personalidad, de tal forma que, una vez formalizada e inscrita, esta puede exigir de los terceros el cumplimiento de lo pactado».

mercantil la sociedad que tenga por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado. Pero, ¿qué pasaría con la sociedad que tuviera un objeto distinto a éstos (un objeto civil) y que los socios hayan denominado como colectiva, comanditaria, anónima, etc.? ¿Será mercantil porque ha «adoptado» uno de los tipos mercantiles? A mi juicio, no. La adopción de alguno de los tipos mercantiles a la que se refiere el art. 211-1.1 creo que debe entenderse como inscripción efectiva como tal tipo (sólo a partir de la inscripción existe sociedad mercantil, del tipo que sea, regular). Por lo tanto, una sociedad con objeto civil y «nombre mercantil» pero no inscrita no sería sociedad irregular, sino simplemente sociedad civil (si se inscribiera, sí sería mercantil por la forma).

En segundo lugar, se exige que se trate de una sociedad externa: que haya actuado como tal sociedad en el tráfico. Si no actuó, no hay régimen alguno que fijar porque no hay obligaciones frente a terceros, y todo se reduce a una cuestión interna entre socios que se regulará por su contrato. Si actuó pero ocultando que hay sociedad (esto es, se actuó en nombre de uno de los socios o del gestor), existirá sociedad interna, lo cual nos remite de nuevo al art. 1669 Cc o a figuras como las cuentas en participación.

En tercer lugar, se exige que esa sociedad mercantil que haya actuado no esté inscrita, y esto se constata con base en dos posibles elementos: que no se haya otorgado escritura; o que habiéndose otorgado, no se haya inscrito pasados tres meses desde el otorgamiento. En este punto el Anteproyecto se separa parcialmente del precedente que es el art. 39 LSC: en éste se anuda el régimen de la irregularidad a «Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción». Por otra parte, conforme al régimen legal de la «sociedad en formación» recogido en el Anteproyecto, una sociedad que actúe después de otorgada la escritura, y que se inscriba antes de que transcurran tres meses desde el otorgamiento, será tratada como «sociedad en formación», con el régimen externo que corresponda al tipo social (art. 213-22).

Con esta delimitación está claro que si una sociedad con objeto mercantil actúa como tal sociedad antes del otorgamiento de escritura, de esas obligaciones responderá como sociedad irregular aun cuando posteriormente se inscriba. El régimen de la «sociedad en formación» sólo se aplica a sociedades que ya consten en escritura pública. En el Anteproyecto no se prohíbe actuar antes del otorgamiento, pero se avisa de que si se hace así, se responderá siempre como sociedad irregular. Tampoco hay un «plazo prudencial» en el que se permita actuar (sin consecuencias negativas) si el otorgamiento de escritura es muy cercano al pacto de constitución de los socios: aunque la escritura se otorgue muy pronto, de las obligaciones asumidas antes se responderá como sociedad irregular.

Por otra parte, también se incentiva a los socios para que logren la inscripción de la escritura en un tiempo relativamente corto: tres meses. Nótese que no se exige que en ese tiempo «solicite» la inscripción (como hace el art. 39 LSC), sino que la obtenga, que se inscriba. Si la sociedad que ya otorgó escritura tarda más de tres meses en inscribirse, será irregular, aunque luego se inscriba. El régimen de la sociedad en formación sólo se aplica a sociedades que actúan entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción,

pero si el tiempo entre ambos actos no supera los tres meses (de nuevo, véase art. 213-22). Con esta regla también se avisa a los fundadores de que deben obtener la inscripción con celeridad, con tiempo incluso para subsanar posibles defectos que advierta el Registrador (aunque también exige del Registrador que actúe con cumplimiento de los plazos legales para efectuar su calificación).

Lo que no regula expresamente el Anteproyecto es qué ocurre si esta sociedad mercantil no inscrita se inscribe posteriormente a haber actuado ya bajo el régimen de sociedad irregular. Que puede inscribirse es evidente, porque el art. 213-33 expresamente prevé que en esa sociedad irregular cualquier socio podrá requerir a los demás para otorgar la escritura, o para subsanar los defectos por los que se hubiese suspendido o denegado la inscripción¹⁸. En este punto, el apartado segundo del art. 39 LSC advierte que la posterior inscripción de la sociedad no hacía aplicable el régimen de la sociedad en formación. Aunque el Anteproyecto no lo diga expresamente, igual idea se aplicará si la sociedad mercantil no inscrita se inscribe: a partir de la inscripción, tendrá el tratamiento del tipo social elegido; pero de lo actuado antes de la inscripción se responderá como sociedad irregular.

Con este régimen legal, y aparte de otras consideraciones que pueden hacerse, pero que evito por limitaciones de espacio, se despejan dos de las cuestiones discutidas por la doctrina y la jurisprudencia bajo el régimen legal actual. La primera, la sociedad irregular no exige otorgamiento de escritura. Habrá que probar, eso sí, la existencia de una sociedad (consentimiento de los socios, puesta en común de bienes y/o trabajo, y fin de lucro), pero no es preciso que, además, se haya otorgado escritura. La segunda: la sociedad irregular no es una «sociedad en formación devenida irregular». Los arts. 213-28 a 213-34 del Anteproyecto no están ligados para nada con, ni se realiza remisión alguna a, los arts. 213-22 y 213-23, que regulan la sociedad en formación¹⁹. En este punto, aunque el Anteproyecto se basa en el régimen que ahora se contiene en la Ley de sociedades de capital, ha evitado dos de los puntos problemáticos que planteaba la interpretación de esos preceptos. Y, a mi juicio, lo ha hecho en el sentido acertado.

¹⁸ A diferencia de lo establecido en el art. 31 LSC, el Anteproyecto no legitima a cualquiera de los fundadores para presentar la escritura a inscripción, y solicitar o practicar la liquidación y pago de los impuestos y gastos correspondientes. El Anteproyecto establece que el notario deberá realizar esa remisión por medios telemáticos el mismo día del otorgamiento, salvo que en la propia escritura constara la voluntad expresa en contrario de los otorgantes (y en este caso se aplica el art. 213-24 Anteproyecto: responsabilidad de los gestores).

Cuestión distinta a que pueda inscribirse es cómo podrá lograr –si es que puede– que la nueva sociedad inscrita asuma y continúe las obligaciones de la irregular, y además como se podrán «aportar» los bienes ya «aportados» a la irregular. Sobre estas cuestiones VALPUESTA, *La sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 198-208 y ss., o ROJO, «Comentario ...», *op. cit.*, p. 319.

¹⁹ Sí podría darse el caso, sin embargo, de «sociedad mercantil no inscrita» que luego deba ser tratada como «sociedad en formación», y finalmente como «sociedad inscrita». Pensemos en el supuesto, por ejemplo, de sociedad creada por los socios, que actúa antes del otorgamiento, y que después otorga escritura de constitución de sociedad de capital y la inscribe en un plazo inferior a tres meses. De las obligaciones asumidas antes del otorgamiento respondería como irregular; de las posteriores al otorgamiento, y anteriores a la inscripción, como en formación (véase el régimen especial de los arts. 231-6 a 231-8); y de las posteriores a la inscripción, conforme al régimen legal del tipo adoptado.

2.4. La «sociedad mercantil no inscrita»: responsabilidad, personalidad jurídica, otros aspectos de su régimen

En materia de responsabilidad, como se ha visto la doctrina defiende que la irregular debe ser tratada: a) como sociedad colectiva, por ser éste el régimen legal básico de la sociedad mercantil; y b) con la responsabilidad añadida de los gestores, por mor del art. 120 Cco (frente a esta segunda consecuencia ya he manifestado antes mi discrepancia). El acuerdo que había en esto entre la doctrina era casi unánime, y así se recoge básicamente en el art. 39 LSC para la «sociedad devenida irregular». Pues bien, el Anteproyecto no sigue esta idea a pies juntillas, sino que la matiza, de forma relevante.

Conforme al apartado primero del art. 213-32, «Los socios y los administradores²⁰ de las sociedades mercantiles no inscritas responderán personal, ilimitada y solidariamente de todas las deudas sociales, sean anteriores o posteriores a la escritura pública de constitución, sin necesidad de previa excusión del patrimonio social». Y matiza el apartado segundo que «Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, gozarán del beneficio de excusión los socios que, conforme al tipo social elegido, no responderían personalmente de las deudas sociales».

En la sociedad colectiva los socios responden ilimitada, solidaria y subsidiariamente de las deudas sociales (art. 221-1.a). En la irregular, ilimitada, solidaria y principalmente; no es preciso hacer previa excusión del patrimonio social, salvo respecto de los socios que no responderían personalmente según el tipo elegido. No comparto el sentido de estas dos variaciones respecto del régimen de responsabilidad de la colectiva. En cuanto a la primera, no comprendo por qué se permite que el acreedor pueda intentar el cobro respecto de cualquier socio, sin tener que actuar antes contra el patrimonio social. Posiblemente se haga así para facilitar el éxito de su reclamación, pero con ello se olvida que la obligada principalmente lo es la sociedad; y que el tercero contrató con la sociedad, y conociendo (o debiendo conocer, porque no está inscrita, y eso lo podía saber con una simple consulta al registro) que es irregular. ¿Por qué favorecerle más? Si el tercero va contra el socio, éste a su vez tendría derecho de repetición contra la sociedad, complicando las cosas en las relaciones internas (antes de pagar, el socio debería consultar con la sociedad si la deuda existe, si cabe oponer algún tipo de excepciones, habría que ver cómo articular procesalmente ese pago por cuenta de la sociedad, etc.). Además, esto también tendrá consecuencias en las relaciones externas, pues habría que contabilizar adecuadamente estos pagos del socio y su repetición contra la sociedad, el patrimonio social no siempre sería el que aparentemente es (pues podría estar lastrado con deudas pagadas por el socio), y en vez

²⁰ No me quiero detener mucho en esto, pero el Anteproyecto mantiene la responsabilidad de los administradores, que supuestamente recogía el art. 120 Cco, pero sin señalar cómo responden. Si son socios, además, ¿responden como socios —con posible beneficio de excusión o no- o como administradores? Si responden como administradores, ¿tienen beneficio de excusión, o no? ¿Es responsabilidad contractual, extracontractual, simplemente legal? ¿Cómo operará el derecho de repetición? Demasiadas dudas. Habría sido mejor no hacer referencia a los administradores como responsables de las deudas, para mantener simplemente el régimen general de responsabilidad de los administradores frente a socios y frente a terceros.

de existir una persona jurídica sociedad, con un patrimonio separado, parece existir una serie de patrimonios conectados entre sí principalmente. No tengo claro que esto sea, realmente, más útil que el régimen de responsabilidad de la colectiva. Quizás el prelegislador considera que la irregular puede «escabullirse» más fácilmente de una reclamación por su falta de inscripción, y quiere facilitarle las cosas al acreedor, pero no creo que reclamar a una irregular sea más complicado que hacerlo a las miles de sociedades de capital con capitales ridículamente bajos y patrimonios no siempre claramente deslindados.

En segundo lugar, sí tienen derecho a la excusión los socios que no responderían personalmente «conforme al tipo social elegido». No lo entiendo. Desde el momento en que la sociedad no se ha inscrito (o, si se quiere, ha actuado sin haber otorgado escritura, o ha actuado sin haber inscrito la escritura en tres meses desde el otorgamiento) está claro que los socios han elegido constituirse y actuar como sociedad irregular. No hay ningún «tipo social elegido». Si en el contrato, o incluso en la escritura, dijeron que querían fundar una limitada (por ejemplo), luego no han hecho lo mínimo que tenían que hacer, y por lo tanto no ha habido una voluntad seria de crear ese tipo social. ¿Por qué, entonces, esa «no-voluntad electora del tipo» tiene que tener alguna relevancia? Y, sobre todo, ¿cómo sabrá el tercero que reclama a esa irregular si los socios responden con excusión o sin excusión? Porque ese contrato, o incluso esa escritura, no están inscritos, no se sabe dónde existe y como está, y si se reclama al socio y éste opone y demuestra que la sociedad se creó como «anónima», habría que desestimar la reclamación. Por ende, como el contrato de «constitución» de la sociedad, con el «tipo elegido», puede constar en documento privado (no se exige escritura pública), no hay ninguna garantía de que el documento que se aporte por el socio para justificar que responde subsidiariamente sea correcto en cuanto a su fecha y/o contenido. En definitiva, con esto se desvirtúa la supuesta «responsabilidad principal» de la que se hablaba en el apartado primero, y se introduce mucha más inseguridad en la reclamación al socio. Para el acreedor sería más seguro reclamar primero a la sociedad, y luego, en defecto de patrimonio de ésta, ir contra el socio (que, sea cual sea el «tipo elegido» en la constitución, debería responder).

Si realmente los socios quisieron crear una sociedad con algún tipo de responsabilidad limitada, para todos o algunos de los socios, la defensa del socio radica en el mecanismo que le arbitra el art. 213-33 del Anteproyecto: puede requerir a los demás socios para otorgar la escritura, o para subsanar los defectos por los que se hubiese suspendido o denegado su inscripción; y transcurridos dos meses sin que así se haga, instar la disolución judicial de la sociedad no inscrita. Disolución que, dicho sea de paso, está claro que se realizará conforme a las reglas de la sociedad colectiva, pues éste es el régimen general de la sociedad mercantil no inscrita «En lo no establecido en este capítulo» (art. 213-28 Anteproyecto).

Aunque el Anteproyecto no lo diga expresamente, la sociedad mercantil no inscrita goza de personalidad jurídica. Bien es cierto que afirmar esto es poco preciso, pues hay muy variadas construcciones acerca de qué signifique «tener personalidad jurídica». Pero acudiendo a la más simple, la sociedad tiene un patrimonio propio, y las obligaciones y derechos contraídos en su nombre son exigibles por ella y contra ella.

Así se deriva de algunos de los mandatos de los preceptos del Anteproyecto: se aplican las reglas de la sociedad colectiva (que sí tiene personalidad jurídica), art. 213-28; tiene un objeto social propio, art. 213-29, y las aportaciones realizadas son válidas, art. 213-30; existe un patrimonio social propio, que responde antes de que ciertos socios de las deudas de la sociedad, art. 213-32; etc. En definitiva, espero que hasta los más recalcitrantes en admitir la personalidad jurídica de la irregular, se haya constituido en el tipo social que sea, acepten ya que según el diseño legal del Anteproyecto (si alguna vez llegara a ser ley) la irregular tiene personalidad jurídica, es sujeto de imputación de derechos y obligaciones²¹.

3. CONCLUSIONES

En el Anteproyecto de Código Mercantil se ha regulado toda una teoría general de las sociedades mercantiles más completa y precisa que la (no) existente ahora en el Código de comercio vigente. Conforme a la misma, es sociedad mercantil la que adopta alguna de las formas o tipos mercantiles, o la que desarrolla un objeto mercantil. En el diseño de la sociedad irregular, se opta por considerar tal a la sociedad mercantil externa que actúa sin otorgamiento de escritura, o que actúa sin haber inscrito la escritura de constitución en un plazo de tres meses desde el otorgamiento. Esa sociedad irregular será tratada, básicamente, como una colectiva, pero en cuanto a la responsabilidad frente a terceros se matiza el régimen, pues se hace responder también a los administradores, y además ciertos socios no responderían subsidiariamente, sino de forma principal. Cualquier socio puede exigir el otorgamiento de escritura o la inscripción, con derecho a disolver la sociedad si así no se hace.

Este régimen combina aspectos de regulación ya propuestos por la doctrina más moderna, pero les añade algunas piezas que no encajan adecuadamente. A mi juicio, en la vertiente positiva está el no hacer depender la irregularidad de la existencia de escritura (basta el simple contrato de sociedad), y el no considerar a la sociedad irregular como una «sociedad en formación devenida irregular» (algo que parecía apuntarse en la Ley de sociedades de capital). En la vertiente negativa, en cambio, no comparto que algunos socios respondan principalmente con la sociedad (y no

²¹ Aparte de las cuestiones ya tratadas (cuándo existe «sociedad mercantil no inscrita», responsabilidad, y «facultades del socio “en orden a” -sic- la constitución y a la inscripción de la sociedad»), en el Anteproyecto se añaden unas normas sobre las que no me puedo extender por falta de espacio. En primer lugar, si el objeto social no estuviera determinado en el contrato «se presumirá que la sociedad tiene como objeto social la actividad o actividades que haya realizado de modo efectivo» (art. 213-29); posiblemente esta norma se quiera justificar con la necesidad de determinar el objeto, para saber si los administradores actuaron dentro del mismo. En segundo lugar, «se presumirá que las aportaciones han de ser realizadas en dinero y por partes iguales entre los socios, salvo que del contrato de sociedad resultare otra cosa» (art. 213-30). No creo que esta presunción solucione mucho, máxime cuando no se fija un capital «presunto». Por último, «la modificación del contrato antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil requerirá el consentimiento de todos los socios, salvo que el propio contrato establezca un régimen distinto para la fase anterior a la inscripción» (art. 213-31). Por lo tanto, lo pactado entre los socios prevalece, pero a falta de pacto, la modificación del contrato requiere unanimidad (no mayoría de votos que represente, al menos, dos terceras partes del número total de socios, art. 222-1).

subsidiariamente, como es regla en la colectiva), porque ni está justificado, ni facilita la reclamación del tercero.