

# “Comunidades de bienes” y “Sociedades civiles” para empresa. La sociedad irregular

JESÚS FERNÁNDEZ DE BILBAO

Abogado y miembro de la Academia Vasca de Derecho

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2011/10/14

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/12/30

**Resumen:** El autor hace un exhaustivo análisis de las figuras jurídicas de la comunidad de bienes y de las sociedades civiles y de su uso, a veces fraudulento, en la práctica jurídica y empresarial. Estudia los problemas que se plantean en la práctica con las comunidades de bienes, su naturaleza jurídica y su diferencia con las sociedades y se ocupa finalmente de la figura de la sociedad “irregular”, tanto civil como mercantil, analizando su nacimiento, naturaleza jurídica y características (condición de socio, aportaciones, órganos, contabilidad, fiscalidad, disolución, separación y exclusión de los socios y liquidación).

**Palabras clave:** Comunidades de bienes. Sociedades irregulares. Empresa.

**Laburpena:** Egileak xehe-xehe aztertzen ditu ondasun erkidegoaren eta sozietate zibilaren figura juridikoak eta aldi berean, horien erabilera okerra, sarritan gertatzen dena jarduera juridikoan eta enpresaren munduan. Jardunean ondasun erkidegoek sortzen dituzten arazoak ikertzen ditu, baita horien izaera juridikoa eta sozietateetatik desberdintzen dituzten ezaugarriak ere. Azkenean sozietate irregularra ere aztertzen da, arlo zibil zein merkataritzakoan, horien sorrera, izaera juridiko eta ezaugarriak garatuz (bazkidearen izaera, ekarpenak, organoak, kontabilitatea, fiskalitatea, desegitea, bazkideen banantzea eta kanporatzea eta likidazioa)

**Gako-hitzak:** Ondasun erkidegoak. Sozietate irregularrak. Enpresa.

**Abstract:** The author makes a thorough analysis of the legal structures of joint ownership regimes and entities regulated by the civil code (non-profit) and how they are used, sometimes fraudulently, in legal and business practice. He/She studies the problems encountered in practice with common property entities, their legal status and how they differ from companies. Finally, he/she addresses the concept of a “de facto” entity, whether non-profit or commercial, analyzing how they are launched, their legal status and characteristics (definition of a shareholder or partner, contributions, bodies, accounting, taxation, dissolution, separation, exclusion of partners, termination and liquidation).

**Key words:** Joint ownership regimes. De facto companies. Firm.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES Y NATURALEZA JURÍDICA. III.- NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES. IV.- CLASES.V.- REGULACIÓN.VI.- NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD IRREGULAR. VII.- LA CUALIDAD DE SOCIO.VIII.- APORTACIONES SOCIALES. LA RELACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD IRREGULAR Y LOS BIENES DE LA MISMA. IX.- “ÓRGANOS SOCIALES”. X.- CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD IRREGULAR. X.- FISCALIDAD DE LA SOCIEDAD IRREGULAR. XII.- DISOLUCIÓN, SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS. XIII.- LIQUIDACIÓN.

## I.- INTRODUCCIÓN

La comunidad de bienes y las sociedades civiles son entidades creadas comúnmente en el tráfico jurídico a efectos fiscales y sociales –cifra art. 35.4 Ley General Tributaria –LGT, en adelante– (“*Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición*”), art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores y art. 15 de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS, en lo sucesivo–.

De hecho ‘*el palabro*’ ‘*comunidad de bienes para empresa*’ lo hemos podido datar al menos en el art. 57.2 del Decreto 1018/1967, de 6 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que reza que a efectos de este Impuesto tendrán la consideración de Sociedades: “*2º La comunidad de bienes constituida por actos «inter vivos» para la explotación de negocios mercantiles e industriales, cuyos rendimientos estén sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades*”.

Su mayor trascendencia es, pues, una agrupación que da una apariencia de entidad independiente frente a terceros (Hacienda, Seguridad Social, trabajadores, proveedores y otros acreedores), especialmente porque

puede disponer de un C.I.F., una denominación común para la empresa para facilitar el tráfico jurídico de la misma y cumplimentar bajo tal cobertura de algunos contratos y declaraciones-liquidaciones de la S.S. o del Fisco sin tener, en cambio, personalidad jurídica propia (art. 35 C.c.).

Y es que, precisamente, la empresa como organización de medios materiales y humanos afectos a un fin lucrativo (en este caso) puede revestir muchas formas y, entre ellas, la sociedad legalmente constituida –empresario colectivo–, la persona física –empresario individual– y estas entidades de la que tratamos ahora, a caballo entre las dos anteriores.

Ello da lugar a una serie de problemas personales, reales y formales frente al común de los mortales –o sea, ni Hacienda, ni la Seguridad Social– que pasamos a numerar sucintamente:

Problemas personales: La composición de estas entidades, su sustrato personal, suele permanecer en secreto, sin que sus datos sean accesibles al público pues aunque consten los mismos en Hacienda, el art. 95.1 de la LGT afirma el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria, con expresa prohibición de que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto, p.ej. apartado h) “*La colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes*”. Es decir sólo vamos a poder acceder a esos datos no públicos una vez metidos en pleitos, salvo el recurso a las Diligencias Preeliminarias conforme al art. 256.1.1 de la LEC, o sea, que todo juicio podrá prepararse por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.

A veces la sociedad irregular es absolutamente secreta frente a terceros. Es el problema de organizaciones y patrimonios transversales que, con ánimo defraudatorio, utilizan y abusan de testaferreros, ora personas físicas generalmente insolventes –a quienes remuneran–, ora sociedades

que sólo existen sobre el papel para contratar, destinando ingresos y beneficios a los partícipes ocultos e incumpliendo las obligaciones so capa de dichas entidades interpuestas que ocultan el interno pacto de intervenir en el mercado con ánimo de lucro.

Problemas reales: Otro problema añadido es que (cfr. art. 1665 del C.c.) dichas entidades, como quiera que están en un limbo, a mitad de camino entre el empresario individual y el colectivo, no suelen cumplir con las obligaciones contables del comerciante —cfr. art. 25 y ss. del C.d.c.—, particularmente en su aspecto de depósito de las cuentas en un registro público, contentándose con la llevanza de los registros y datos meramente fiscales (Libro Registro de Facturas Recibidas, Libro Registro de Facturas Emitidas, Declaraciones de Operaciones con Terceros, Retenciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades, INTRASTAT, etc.).

Excepcionalmente algún Registro público, como el de vehículos de la Dirección General de Tráfico admite la inscripción a favor de este tipo de entidades. Y las sociedades civiles legalmente constituidas mediante escritura pública generalmente sí tienen acceso al Registro de la Propiedad.

Pero aquí tratamos del común de este tipo de entidades en las que, tras cumplir con las obligaciones censales para con Hacienda y obtener un número de identificación fiscal (C.I.F. o N.I.F.) operan en el mercado sin cumplimentar formalidades adicionales, salvo las fiscales (declaraciones del I.V.A., retenciones fiscales, I.R.P.F. o Impuesto sobre Sociedades de sus miembros, etc.) y las sociales: Contratos laborales, altas, bajas y modificaciones ante la Seguridad Social, etc. Y también trataremos de las sociedades absolutamente ocultas al tráfico.

Viene esta reflexión a cuento de que lo normal en toda comunidad de bienes es que, a efectos de pagar menos cuota del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados se constituya con una aportación ridícula (600,00 €, p.ej.) y después los comuneros pongan en común dineros, bienes y/o su trabajo.

Y el acreedor no sabe qué bienes puede perseguir, con qué crédito cuenta la entidad, mientras ésta puede desgravarse fiscalmente –amortización, deducciones por inversión, etc.– dichos bienes bajo el concepto “afección” o “afectación” de bienes al desarrollo de las actividades económicas de la entidad, que no es la sujeción de dichas bienes a los efectos de pagos de ciertos tributos (cfr. art. 79 de la LGT) sino (cfr. art. 29 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) la cualidad en cuya virtud cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos (salvo la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros) como bienes inmuebles en que se desarrolla la actividad del contribuyente. Ello supone que los gastos entorno a dichos bienes son fiscalmente desgravables, por lo común, y planteará el problema de cuál es el régimen de propiedad o copropiedad de los citados bienes.

Que el concepto afección fiscal es distinto del de propiedad lo aclara la LGT en su art. 28.3 de la cuando dice que “*La afectación de elementos patrimoniales o la desafectación de activos fijos por el contribuyente no constituirá alteración patrimonial, siempre que los bienes o derechos continúen formando parte de su patrimonio*” y los apartados 2 y 3 del art. 29 “*Cuando se trate de elementos patrimoniales que sirvan sólo parcialmente al objeto de la actividad económica, la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los mismos que realmente se utilice en la actividad de que se trate. En ningún caso serán susceptibles de afectación parcial elementos patrimoniales indivisibles*” y “*La consideración de elementos patrimoniales afectos lo será con independencia de que la titularidad de éstos, en caso de matrimonio, resulte común a ambos cónyuges*”.

Problemas Formales: A efectos del acaecimiento de hechos, actos jurídicos y negocios jurídicos de naturaleza fiscal (cfr. art. 35.4 de la LGT), de la Seguridad Social (cfr. art. 15 de la LGSS) y trabajadores (cfr. art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores), se reconoce la capacidad de obrar y legitimación de estas entidades. Sin embargo, en el ámbito civil, sustanti-

vo y procesal (cfr. art. 35 del C.c. y 6.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC-) y en el de la Administración pública (art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –LRJAPyPAC- y 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –LJCA-) hay grandes limitaciones, como veremos.

El objeto del presente estudio será analizar la operativa de dichas entidades desde el punto de vista sustantivo y procesal.

## II.- DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES Y NATURALEZA JURÍDICA

Es doctrina jurisprudencial reiterada y unánime (STS de 30-04-1983, 21-06-1983, 1-10-1986, 20-02-1988, 6-11-1991, 8-07-1993, 14-04-1998, 21-06-1998, 4-11-2004, 12-12-2004, 20-11-2006, entre otras muchas) que desde el momento en que dos o más personas se obligan a poner en común determinados bienes, con "*animus societatis*" existe una sociedad (cfr. art. 1665 del C.c.).

La necesaria conclusión que obtenemos es que aunque una concreta entidad se denomine "*comunidad de bienes*", la asociación de dos o más personas para realizar una actividad civil (profesional, explotación de bienes) o mercantil (empresarial) para obtener un lucro es una sociedad, respectivamente civil o mercantil, no una comunidad de bienes. Procedemos a establecer las diferencias entre la comunidad de bienes propiamente dicha y la sociedad irregular:

En cuanto a su nacimiento: Mientras la sociedad civil exige dicha voluntad concurrente (art. 1665 del C.c.), la comunidad de bienes es incidental, existe automáticamente, por ministerio de la ley cuando (cfr. art. 392 del C.c.) "*cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*", sea "*inter vivos*", o "*mortis causa*" (cfr. art. 1051 y ss. del C.c.), con independencia de tal voluntad de unirse.

En cuanto a su fin: Aunque (STS de 24-07-1993, 13-11-1995 y 18-02-2009) sociedad y comunidad de bienes eventualmente sean coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad. Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindiviso, perteneciente a varias personas (art. 392 del C.c.), de proyección más bien estática, ya que tiende a la conservación y disfrute aprovechado de los bienes pertenecientes a plurales titulares dominicales lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. Este aprovechamiento plural no es sólo el permitido para todo condómino sobre la cosa común por el art. 394 del C.c. Por ello las STS de 28-06-1906 y 16-12-1964 señalan que la explotación no excluye la comunidad, y de no existir ánimo societario, la explotación no es sociedad. Luego veremos este especial consentimiento añadido (cfr. art. 1261.1º del C.c.).

En cambio las sociedades civiles, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, éste se aporta al tráfico comercial, ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas (STS de 15-10-1940, 24-05-1972, 5-07-1982, 6-03-1992 y 15-12-1992).

La Jurisprudencia cita como pruebas de que estamos en presencia de una sociedad y no una Comunidad de Bienes cuando existe contabilidad propia o cuentas bancarias comunes (STS de 19-11-2008), concretas aportaciones a la formación de la sociedad, compartir el riesgo que conlleva la relación societaria, lo que excluye la percepción de una cantidad determinada, sin aumento ni disminución en función del resultado económico o la rendición de cuentas entre las partes (STS de 29-09-1997) y ha de probarse, carga de quien lo alega, una voluntad conjunta de compartir ganancias y pérdidas (STS de 11-03-2008).

En cuanto al patrimonio: Como dicen las STS, Sala 1ª, de 5-07-1982 y STS, Sala 1ª, de 19-11-2008, aunque el párrafo 2º del art. 1669 del C.c.

que remite la regulación interna de las sociedades civiles irregulares a la de la Comunidad de bienes, ello no supone necesariamente que esté por ello sometida totalmente en su estructura y sobre todo en sus efectos económicos y patrimoniales al régimen ordinario de la copropiedad y, singularmente se distingue porque a) en la comunidad está sujeta a la acción de división; b) además, el hecho de que los socios se obliguen a “poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias” no supone su voluntad de transmitir la propiedad de parte de sus bienes ni, por consiguiente, establecer una copropiedad, sino una aportación de dinero, trabajo y el uso de sus bienes respectivos, en la medida precisa, para un único fin: explotar a medias el bien. Luego veremos qué naturaleza jurídica tiene la aportación. Asimismo, c) dicha afectación de los medios patrimoniales a la consecución del fin social, pierden su destinación una vez que el fin común desaparece o deja de ser perseguido, con lo que falta la causa del especial estado en que el patrimonio común se encuentra mientras dura la sociedad (STS, Sala 1ª, de 21-10-2005) lo que justifica la partición por las reglas de la herencia (“*actio familiae erciscundae*”, art. 1708, 1051 y ss. del C.c. y 782 y ss. de la LEC) y no la división de la cosa común (cfr. art. 400 del C.c. y 249 y 251.3.6º de la LEC) pues mientras dure la liquidación, división y adjudicación, se forma una comunidad regida por sus normas específicas, que recae sobre el patrimonio que reste a la paralización de la actividad social, esto es, sobre la cuota de liquidación, en cuanto expresa el derecho que tiene el socio a participar en el patrimonio que reste.

En cuanto a la responsabilidad por deudas: (art. 1911 del C.c.):

En la comunidad de bienes *strictu sensu* no hay solidaridad, pues: 1. La cohesión del art. 395 del C.c. (“*Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común*”) con los 387 y 398 del C.c., de modo que cada cuál sólo resulta obligado por aquello que acepta, teniendo en cuenta además que, 2. la STS de 8-4-1965 recuerda que “*La doctrina legal, que faculta a un solo*

*condueño para actuar, sin acuerdo o autorización de los demás, en beneficio de la comunidad, es excepcional y como tal ha de ser aplicada en sentido restrictivo”.*

3. La Jurisprudencia que establece que los efectos de la sentencia favorable alcanzará a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable (STS de 10-04-2003, de 18-11-2000 y de 7-12-1999, entre otras). Y 4. Es necesario el litisconsocio pasivo necesario, lo que, al ser preciso demandar a todos los componentes, supone que puede haber una deuda partible (cfr. art. 1138 del C.c.), luego implícitamente rechaza la idea de solidaridad, lo que confirma la Jurisprudencia, así, la solidaridad que, según reiterada jurisprudencia, excluye toda posibilidad de apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (por todas, STS de 7-02-1994). Por excepción (cfr. art. 1084 del C.c.) los coherederos sí responden personalmente de las deudas de la herencia y, por ende, del causante.

En la Sociedad civil Regular: La Doctrina y la Jurisprudencia (SAP de Baleares, Sec. 5ª, de 10-05-2010, 15-04-2010, 05-04-2010, SAP de Cantabria, sec. 2ª, de 14-05-2008, SAP de Murcia, sec. 5ª, de 5-07-2004, SAP de Barcelona, sec. 13ª, de 30-04-1998, SAP de Huesca de 14-05-2004, 28-06-1995, 14-10-1996 y 31-10-1994, SAP de Asturias Sec. 4ª de 23-11-1998 y SAP de Girona Sec. 2ª de 5-11-1999) han interpretado el art. 1.698 del C.c. en el sentido de entender, que cuando el mencionado precepto excluye que los socios respondan solidariamente de las deudas de la sociedad, permite deducir que lo harán de forma subsidiaria, mancomunada y con todo su patrimonio (por aplicación del art. 1.911 del C.c. que recoge el principio de responsabilidad patrimonial universal). En el mismo sentido el art. 5 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, en el que, en su número 2 se dispone que “*la responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la Agrupación de Interés Económico*”, puede ser un argumento de refuerzo.

En la sociedad irregular la responsabilidad de los socios de es solidaria, no subsidiaria (STS, Sala 1ª, de 19-12-2006), ya desde la STS de 10-04-1970 que afirma que su régimen de responsabilidad frente a terceros hay

que equipararlo al de las sociedades personalistas, y al haber confusión de patrimonios, la responsabilidad frente a terceros de la sociedad y los socios es solidaria. Ello es común en la Jurisprudencia (STS de 26-07-2000) fundada en que “*Aunque el art. 1137 del Código Civil establece en materia de obligaciones como regla general el principio de la mancomunidad, como excepción la solidaridad, sin embargo la doctrina jurisprudencial admite la doctrina de la solidaridad, tácita, aplicable cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre ellos, con lo que se trata de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, descartándose únicamente cuando hay una mera casual identidad de bienes o prestaciones*”.

Tal es el caso de la constitución de un fondo común de actividades y bienes, sustentada en una “*afectio societatis*” con la consiguiente responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la sociedad por los contratos celebrados en nombre de ésta, conclusión a la que también se llega desde la perspectiva que la jurisprudencia acepta la existencia de un vínculo de solidaridad tácita si aparece evidenciada la voluntad de los contratantes de obligarse “*in solidum*”, conforme declara el art. 1138 del C.c. y así STS, Sala 1ª de 31-01-2001 en la que se citan a su vez las STS de 2-19-1996, 26-7-1998, 11-10-1989, 29-4 y 19-12-1991... etc).

Para evitar que le afecte tal responsabilidad solidaria del socio de la compañía irregular, la defensa del socio que no conoció la falta de inscripción está en el art. 52 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual los fundadores y los administradores responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de la obligación de presentar la escritura a inscripción. Los fundadores de la sociedad tienen la «carga» de lograr la inscripción de la misma, pues saben que de no efectuarse ésta van a responder como sociedad colectiva o civil. Y, aparte, que el socio no es tercero (cfr. art. 1257 del C.c. y 50 y 116 del C.d.c.) siempre puede comprobar el Registro Mercantil que es público (cfr. art. 9 del RRM).

En la Sociedad irregular en el aspecto interno los partícipes quedan obligadas entre sí y en el externo responden frente a terceros (STS, Sala 1ª, de 12-12-2003).

### III.- NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES

Creemos más útil dar caracteres que intentar homologar estas instituciones en un tipo concreto, precisamente, porque pretenden huir del tipo regular de compañía, de ahí que se denominen irregulares.

La carencia de personalidad jurídica (cfr. art. 35 y 1669 del C.c. y 116 del C.d.c.) conlleva que no estén legitimadas para contratar como tales sino que siempre deberá actuar el miembro de esa sociedad que, según los pactos internos ostente la representación frente a terceros, en beneficio de esa sociedad irregular o bien cualesquiera de ellos, en defecto de tales pactos, como veremos (art. 1695 y ss. del C.c. y 129 del C.d.c.).

Concluiremos a lo largo de esta exposición que en el ámbito civil, sustantivo y procesal (cfr. art. 35 del C.c. y 6.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC–) y en el de la Administración pública (art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común–. Sin embargo, a efectos del acaecimiento de hechos, actos jurídicos y negocios jurídicos de naturaleza fiscal (cfr. art. 35.4 de la LGT), de la Seguridad Social (cfr. art. 15 de la LGSS) y trabajadores (cfr. art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores), se reconoce la capacidad de obrar y legitimación de estas entidades siempre que estén dadas de alta en los Registros Fiscales correspondientes, fundamentalmente en el Libro Matrícula del Impuesto sobre Actividades Económicas y en el Censo de Hacienda.

La carencia de capacidad procesal activa, como actor: (cfr. art. 6 de la LEC) conlleva que no estén legitimadas activamente para demandar, como si fuera una personalidad independiente, sino que siempre deberá actuar el miembro de esa sociedad que, según los pactos internos ostեն-

te la representación frente a terceros, en beneficio de esa sociedad irregular o cualesquiera de ellos, en defecto de tales pactos, como veremos (art. 1695 y ss. del C.c.), dado que no son personas jurídicas (apartado 1.3° del art. 6 de la LEC y art. 35 del C.c.); ni tampoco “*masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular* (bienes de las personas declaradas ausentes y herencia yacente) *o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración* (incapacitados)” (apartado 1.4°), pues ni carecen de titular, ni éste se ha visto privado de las facultades de disposición y administración (ejemplo típico de este supuesto son las herencias yacentes); ni “*entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte*” (apartado 1.5°). En suma, ninguna norma legal, ora substantiva, ora procesal, reconoce a las sociedades irregulares la capacidad de ser parte.

En ello se asimilan a las comunidades de bienes propiamente dichas en las que cualquiera de los comuneros puede demandar, ejercitando una de las facultades que integran el derecho en comunidad, por sí solo, si lo hace en beneficio de la comunidad (incluso aunque no lo diga de manera expresa, pues debe entenderse que acciona en beneficio de la comunidad) y no consta la oposición de comuneros representativos del cincuenta por ciento o más de los intereses. Sin embargo, no es aplicable a la sociedad irregular, dada la responsabilidad solidaria de sus miembros, la restricción de efectos del juicio que la Jurisprudencia le concede respecto de los comuneros, esto es que la consecuencia los efectos de la sentencia favorable alcanzarán a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable (STS de 10-04-2003, de 18-11-2000 y de 7-12-1999, entre otras).

Tienen capacidad procesal pasiva, como demandado: El art. 6.2 de la LEC dispone que “*Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determina-*

do”. Obsérvese que se refiere exclusivamente a su capacidad para ser demandadas, no como demandantes. Conclusión que es corroborada por lo establecido en el art. 7º, cuando en su numeral 7, cuando regula que “*Por las entidades sin personalidad a que se refiere el... apartado 2 del art. anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros*”, pero debiendo recordarse que dicho apartado segundo se refiere a ‘demandados’.

Por el contrario, la comunidad de bienes propiamente dicha carece de personalidad jurídica y de capacidad procesal, razón por la que hay litisconsorcio pasivo necesario, o sea, deben ser demandados todos sus integrantes cuando ha de reclamárseles algo (STS de 17-11-1977 y 28-07-1999, entre otras), porque (cfr. art. 1259 del C.c.) ningún condómino tiene per se legitimación pasiva suficiente para representar a los demás y actuar en su nombre en el proceso.

La derivación de responsabilidades frente a socios: Y la solidaridad llega a los extremos siguientes:

Procesalmente: El art. 544 de la LEC relativo a ejecuciones de sentencias permite, caso de hallarnos con entidades sin personalidad jurídica, que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados (como es el presente caso), que “*podrá despacharse ejecución frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad, siempre que se acredite cumplidamente, a juicio del tribunal, la condición de socio, miembro o gestor y la actuación ante terceros en nombre de la entidad*”.

Ello supone que en el caso de actuación por un socio como representante podemos despachar ejecución directamente contra el patrimonio del mismo, haya actuado como tal en el caso litigioso o en otro. Caso contrario, deberemos recurrir al juicio declarativo correspondiente, el cuál puede ser enormemente facilitado vía las diligencias preliminares del art. 256.1 de la LEC, apartados 1. “*petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conoci-*

miento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación”; 2. “solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio” (documentos en general) y 4. “Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder”. Igualmente, como veremos (cfr. art. 129 del C.d.c. y 1699.1 del C.c.) cuando no se haya pactado el modo de administrar todos los socios serán considerados administradores. Sólo deberemos probar alguna actuación administrativa concreta.

Tributariamente: El art. 42.1.b) de la LGT dice que, sin perjuicio de la responsabilidad por ser causantes o colaborar activamente en la realización de una infracción tributaria, los partícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 4 del art. 35 de dicha LGT son solidariamente responsables de la misma, en proporción a sus respectivas participaciones respecto a las obligaciones tributarias materiales de dichas entidades. Ha de decirse que la LGT confunde responsabilidad directa con solidaridad, pues en dicha norma solidaridad se contrapone a subsidiariedad. Como se ve, la responsabilidad que declara es lo que civilmente conocemos como mancomunada.

Seguridad Social: El art. 15.3 de la LGSS establece como responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social a las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquéllos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de Ley que se refiera o no excluya expresamente a las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las Leyes. Esta norma tan general habrá de rellenarse con las conclusiones del presente estudio u otra opinión mejor fundada en Derecho.

Posibilidad de Concurso de la Sociedad Irregular vs. imposibilidad del Concurso de la Comunidad de Bienes:

La Sociedad mercantil irregular conforme al art. 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil –RMM–, modificado por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales tiene el siguiente régimen frente al Concurso: “*Si no estuviera inscrita en el Registro Mercantil la sociedad mercantil que hubiera sido declarada en concurso de acreedores, se procederá a su inscripción. En el caso de que faltara la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de un mandamiento judicial, que deberá contener, al menos, la denominación y el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia*”.

Ello brinda la interesante posibilidad, por lo menos para las sociedades mercantiles irregulares (art. 48 de la Ley Concursal), de la reclamación por la Administración Concursal del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento, el ejercicio de la acción contra el socio o los socios responsables de las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso y el embargo de bienes y derechos de los referidos socios en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

Y sin perjuicio de las derivaciones de responsabilidades y calificación del concurso como culpable que pueda hacerse en dicho proceso.

Por el contrario, no pueden ser declaradas en Concurso de Acreedores ni la Sociedad civil irregular ni la Comunidad de Bienes, si bien, como contrapeso, los art. 3.5 y 25.2 de la Ley Concursal respectivamente permiten al acreedor instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos (art. 25.1). Y, específicamente también podrán acumularse, a solicitud de la Administración Concursal de cualquiera de ellos, los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad

jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta (art. 25.2).

#### IV.- CLASES

Hay dos tipos de sociedad irregular, en principio, la civil y la mercantil. Cabe preguntarse si hay sociedad cooperativa irregular. Claro que la hay. Sin embargo, su régimen frente a terceros será o bien en de la civil o bien el de la mercantil, como veremos.

Desde el momento que el art. 9 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (estatal) prevé la Sociedad en formación implícitamente admite que tal formación no lleve a consumarse por falta de otorgamiento de escritura pública o de inscripción en el correspondiente registro. Sin embargo la Ley estatal, aparte de que la ausencia de inscripción determina la falta de personalidad jurídica de dicha Sociedad cooperativa irregular (cfr. art. 7) y ser causa de disolución (art. 70) nada más dice y hace responsables solidarias a ciertas personas de los actos y contratos previos a la inscripción, caso de no producirse ésta, a quienes los hubiesen celebrado. Las normativas autonómicas siguen dicha tónica sólo variando quiénes son estos responsables, así los administradores (art. 11.5 de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana), quienes los hubieran celebrado (art. 12 de la Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra, art. 10 de la Ley 4/2002, de 11 de abril de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León, art. 11 de la Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas, art. 13 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, art. 12.3 de la Ley 1/2003 de 20 de marzo, de cooperativas de las Islas Baleares, art. 12 de la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia, art. 10 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura), los socios promotores (art. 8.3 de la

Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón), promotores o gestores (art. 11 de la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja y art. 11 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, art. 10 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid).

Sí hay tratamiento legal expreso en la catalana Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas, cuyo art. 9.1 la prevé como “1. *Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado la inscripción de la sociedad en el Registro de Cooperativas, o bien antes de dicho plazo, si se ha verificado la voluntad de no inscribirla...*”. Con iguales o diferentes plazos se prevé la misma definición en el art. 17 de la Ley de Murcia, art. 16 de la Ley de Castilla-La Mancha, y el efecto, es que a) *todo socio o socia puede instar la disolución de la sociedad en constitución y exigir, con la liquidación previa del patrimonio social, la restitución de las aportaciones que haya efectuado*” y b) se establece la responsabilidad de diferentes personas, sean todos los socios (Cataluña), las personas fundadoras y administradoras (Castilla-La Mancha).

Igualmente, la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi la define de modo idéntico en su art. 10.1 si bien eleva el plazo de carencia de inscripción al año y sus efectos, son, igualmente a) la disolución y restitución de aportaciones a solicitud de cualquier socio y b) “2. *En tales circunstancias, si la cooperativa ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil*” y c) la posterior inscripción de la cooperativa no supondrá que ésta quedará obligada por aquellos actos y contratos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción d) ni que en ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de los promotores, gestores o mandatarios.

Entendemos que, por analogía con el T.R. de la Ley de Sociedades de Capital, como la Ley de Cooperativas de Euskadi y por la Jurisprudencia que veremos que sólo distingue sociedades irregulares o civiles o mercantiles, no hay efecto distinto, salvo los arriba señalados que permita estable-

cer un “*tertium genus*” de sociedad cooperativa irregular, por lo que ésta será o bien mercantil, o bien civil, atendiendo a su objeto, como veremos.

A la hora de determinar si nos encontramos ante una sociedad civil o mercantil, la doctrina y la jurisprudencia (STS de 19-12-2007) han puesto de relieve que no vale el criterio de la finalidad lucrativa, ya que se da tanto en una sociedad civil como en la mercantil (arts. 116 del C.d.c. y 1665 del C.c.), ni tampoco de la personalidad jurídica, que se le reconoce ambas cuando cumplen los requisitos legales (art.119 C.d.c. y 1669 del C.c. y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado –RDGRN- de 14-02-2001).

Siempre ha sido dificultoso la diferenciación entre sociedad civil y mercantil. Cuatro han sido los criterios utilizados por la doctrina para determinar la diferencia: 1º.- criterio basado en la condición o profesión de los socios, que es el denominado criterio profesional; 2º.-, denominado intencional, basado en la intención de los socios; 3º.- criterio formal, que atiende a la forma de constituirse la sociedad; y por último 4º.- un criterio objetivo, basado en la naturaleza de las obligaciones y actividades que realice la sociedad. Los dos primeros criterios tradicionalmente se han rechazado, siendo los más aceptados, los dos últimos. El Código de Comercio parece adoptar el criterio formal de acuerdo con la redacción su art. 116, mientras que el Código Civil parece inclinarse por un criterio objetivo a tenor de lo establecido en sus art. 36 y 1670 CC. En definitiva, se entiende que son mercantiles las que se dedican a realizar actos de comercio y las civiles las que no tienen un fin comercial.

Actualmente, dado que el Código Civil, es ley posterior al Código de Comercio el criterio generalmente adoptado es el del objeto, salvo el supuesto de sociedades anónimas y limitadas en las que la ley declara su carácter mercantil cualquiera que sea su objeto (art. 2 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital).

En conclusión, la clasificación como civil o mercantil de esa sociedad viene dada imperativamente por la naturaleza de las operaciones o acti-

vidades que desarrollan (cfr. art. 1670 del C.c., 39 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital y Jurisprudencia, (STS de 20-02-1988, 6-10-1990, 4-12-1992 y 19-12-2006) y así, indica la RDGRN de 28-06-1985 que “*es insuficiente la voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico*”. Por eso, la STS de 21-06-1998 prescinde de la denominación de sociedad civil que se consigna en el pacto constitutivo, ya que ha de atenderse, en base al art. 116 del C.d.c. y 1670 del C.c., al objeto social para establecer la siempre dificultosa frontera entre sociedades civiles y mercantiles.

Más aún, aunque en principio se identifica la Sociedad Mercantil con 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*” (STS de 20-02-1988, 3-04-1991, 9-03-1992, 30-05-1992, 4-12-1992, 25-11-1996, 20-05-2002 y 11-10-2002), la Jurisprudencia parece seguir el criterio del art. 2 del C.d.c. en el sentido de que el objeto social debe ser constitutivo de acto de comercio.

Así, como hemos avanzado, toda sociedad primeramente ha de calificarse como civil, o mercantil, atendiendo a su objeto y luego veremos si es irregular o no pues las compañías cooperativas y mercantiles tienen unos requisitos muy precisos que determinan sus regularidad (escritura constitutiva e inscripción), mientras que el límite de la regularidad o irregularidad de las sociedades civiles es más difuso.

Por tanto, conforme al objeto, distinguimos como sociedades con objeto civil, civiles (No obstante, insistimos, la sociedad regular con forma mercantil es mercantil cualquiera que sea su objeto art. 2 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital):

Actividad agropecuaria: Así la STS de 30-05-1992, la STS de 20-12-1980 en el caso de un contrato para la explotación, con el fin de lucro de una granja pecuaria para la cría y venta de ganado vacuno o de cual-

quier otra especie. La STS de 29-7-1995 en el caso de una explotación agrícola tras la disolución de la primitiva comunidad hereditaria. La STS de 5-12-2007 y de igual manera en la llamada jurisprudencia menor, como la SAP de Soria, de 18-10-1999 que califica como sociedad civil irregular la formada “*con la finalidad de explotar conjuntamente tierras y ganado e iniciar una explotación agropecuaria con 392 hectáreas en cultivo y 100 cerdas reproductoras*”. Corroborar esa conclusión la naturaleza civil que se ha otorgado a las Sociedades Agrarias de Transformación o la mención de la Ley 19/1995 de 4 de julio, sobre modernización de las explotaciones agrarias, a la sociedad civil como una de las formas jurídicas que pueden adoptar las que denomina “*explotaciones asociativas prioritarias*” (art.6). Consideraciones trasladables a la explotación ganadera.

A veces se hace difícil determinar dónde termina el sector agrícola y dónde comienza el sector mercantil. PAZ-ARES da el siguiente criterio: Cuando la actividad de transformación del producto o de comercialización predomina sobre la actividad de extracción del producto natural, puede decirse que abandonamos el ámbito agrícola y entramos de lleno en el mercantil.

La actividad artesanal: Otro supuesto típico de exclusión del ámbito comercial e industrial, pues la idea de empresa –que implica primacía del factor capital sobre el factor trabajo– no tiene cabida en el ámbito artesanal (cfr. art. 326.3 del C.d.c.).

Las sociedades de profesionales. Aunque la RDGRN de 2-06-1986 rechazó la constitución de sociedades de profesiones colegiadas, que requieren de una titulación específica, pues “*siempre que se requiera la exigencia de una titulación profesional o requisitos similares, es claro que no cabe admitirlas, ya que la persona jurídica “per se” y como ente abstracto no puede realizar directamente esta clase de prestaciones*”, posteriormente se cambió dicha postura. Actualmente tras la publicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales no hay tal restricción, sino incluso puede hablarse de imposición de dicha figura.

Las sociedades artísticas: Se suelen considerar de objeto civil y así la STS de 17-02-1993 -grupo "Duncan Dhu"-; STS de 8-03-1993 -grupo "Radio Futura"-; STS de 20-07-1994, -grupo "Orquesta Maravella" o STS de 6-10-1994.

Las sociedades de fin instructivo o educativo: Suelen también incluirse en el ámbito civil (STS, Sala 1ª de 17-09-1984, STS de 19-11-2008), por entender que tales actividades no son mercantiles.

PAZ-ARES (Comentarios al art. 1.670 Código civil, en Comentarios del Ministerio de Justicia), reconociendo la dificultad de establecer un principio general, se arriesga, insinuando, que la línea divisoria debe trazarse, siguiendo el linde que separa las empresas organizadas (en las que predomina el factor capital, que buscan un lucro capitalista), y las empresas simplificadas (en las que predomina el factor trabajo, y la búsqueda de un lucro meramente profesional, y que operan sobre la base del llamado cálculo natural).

A la inversa, a efectos prácticos, de seguido damos una miscelánea de actividades consideradas mercantiles: 1.- La explotación de un negocio de cervecería es mercantil (SAP de La Coruña de 5-05-2008), 2.- un negocio de farmacia (STS de 21-12-2005), 3.- distribución de gas butano (STS de 21-03-1998), 4.- distribución de mercaderías (STS de 8-07-1993), 5.- fábrica de hielo, almacén de frutas y verduras y empresa de transporte (STS de 29-09-1992), 6.- pescadería y freiduría (STS de 15-10-1974), 7.- taller mecánico (STS de 28-04-1998), 7.- gasolinera (STS de 4-12-1992), 8.- un supermercado (STS de 30-05-1992), 9.- hostelería, STS de 21-03-1998. 10.- compraventa de vehículos (SAP de Jaén de 21-10-2002) (Hasta aquí ¿reventa de mercaderías?), 11.- cría de aves y explotación de granjas avícolas y actividades conexas (SAP de Pontevedra de 24-07-2007), 12.- comercialización de inmuebles (SAP de Pontevedra de 1-06-2005), 13.- explotación de amarres o varadero de barcos (STS de 21-06-1998). 14.- La STS Sala 1ª de 24-07-1993, que cita la STS de 4-12-1973, califica de sociedad civil irregular o de hecho, la puesta en

común para la explotación de negocio de construcción, mientras la STS de 8-06-1993 la considera mercantil.

#### V.- REGULACIÓN:

Sociedad Mercantil Irregular: La validez y obligatoriedad del contrato de compañía mercantil entre los que lo celebren, cualquiera que sea su forma, aparece sancionado por el art. 117 del C.d.c. Si, además, en esa sociedad mercantil faltan los requisitos de la escritura pública fundacional y la inscripción en el Registro Mercantil, tiene el carácter de sociedad mercantil irregular, conforme se vienen interpretando los art. 116, 117 y 119 del C.d.c y art. 39 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital. La interpretación auténtica en este sentido, ya lo hemos visto, lo establece el art. 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil, modificado por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales

Las STS, Sala 1ª, de 27-11-1998 y 8-06-1995 hablan de sociedad sin personalidad jurídica cuando no hay ni siquiera otorgamiento de escritura pública constitutiva: Si se da ésta pero no la inscripción en el Registro Mercantil, entonces sí hay personalidad jurídica y efectos -"ad extra"- y no se puede hablar en estos casos de una situación de semipersonalidad jurídica, sino más bien de personalidad controlada o condicionada conforme a la normativa de la sociedad en formación.

Por analogía estas mismas conclusiones son extendibles a la sociedad cooperativa en formación.

Regulación: La sociedad irregular con actividad mercantil ha de regirse 1º.- por las normas de la sociedad colectiva respecto de terceros (cfr. art. 39.1 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital), norma de carácter expansivo también a efectos internos pues dice la STS de 25-04-1991: "*aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su*

*funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles*”. 2º.- por sus pactos entre los socios (art. 117 del C.d.c. y STS de 21-04-1987, 20-02-1988, 16-03-1989 y 19-12-2006) y, 3º.- en su defecto (STS de 20-02-1988, 8-07-1993 y 21-03-1998) las normas del Código de Comercio y, finalmente, las establecidas en el Código Civil.

El efecto fundamental frente a terceros de la Sociedad Mercantil Irregular es (art. 127 del C.d.c.) que todos los socios, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía. Como quiera que es secreta no es de aplicación el art. 128 del C.d.c. conforme al cuál los socios no autorizados debidamente para usar de la firma social no obligarán con sus actos y contratos a la compañía, aunque lo ejecuten a nombre de ésta y bajo su firma y sí el art. 129 del C.d.c. “*Si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad*” (STS de 21-6-1983, 20-2-1988, 3-4-1991, 9-3-1992, 8-7-1993, 25-11-1996 y 21-6-1998).

En la liquidación, conforme a la STS de 21-03-1998 procede aplicar el art. 227 y, en general, lo establecido en el contrato, después las normas del Código de Comercio y, finalmente, las establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes y partición de la herencia,

Sociedad Civil Irregular: Como hemos visto, la sociedad mercantil irregular es de fácil identificación, ora porque otorgándose la correspondiente escritura pública no se ha inscrito, ora porque siendo mercantil por su objeto tampoco se ha otorgado escritura pública. Por el contrario, el límite entre la sociedad civil regular e irregular es más vidrioso, a tenor de los art. 1667 y 1669 del C.d.c. El primero afirma “*La sociedad*

*civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública*”. Recordemos igualmente el art. 1280 del C.c. respecto de los actos y contratos a consignarse en documento público y en documento privado.

Dispone el art. 1669 del C.c. que “*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...*”.

Originariamente doctrina y jurisprudencia fueron reacios a reconocer personalidad jurídica a la Sociedad Civil, salvo aquellas que revistieren forma mercantil (cfr. art. 1670 del C.c. y RDGRN de 11-12-1997) o mediante la inscripción en el Registro Mercantil, posibilidad general que permitió la modificación del Reglamento del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, el cuál, a la postre fue anulado en este aspecto por la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 22-05-2000.

No obstante, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de Registros y de Notarías han invertido dicho pensamiento (STS de 10-04-1970, 12-07-1996 y 14-07-2006 y la RDGRN de 14-02-2001). Tras la publicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales entiendo que el límite puede ser fijado de la siguiente manera:

Las sociedades profesionales por su objeto (art. 1.2) “*es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional*” aunque pueden revestir cualesquiera formas válidas en Derecho deben ser constituidas mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (con el que adquieren personalidad jurídica) y en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Correspondiente (que no da personalidad jurídica) conforme a sus art. 7 y 8.

Las sociedades civiles a las que se aporten bienes inmuebles o derechos reales deben ser constituidas mediante escritura pública (cfr. art. 1667 del

C.c.) y un inventario de los mismos firmados por las partes unido a la escritura (art. 1668 del C.c., STS Sala 1ª de 11-03-2008 y las que cita, STS de 31-05-1994, 6-10-1994, 17-07-1996 y 21-03-1998).

El resto de las sociedades civiles no tienen su constitución sujeta a exigencia alguna de forma, y así lo establecen las STS de 12-07-1996 y 14-07-2006. Sin embargo, la sociedad que carece de personalidad no es aquella que mantiene ocultos algunos pactos entre los socios, sino aquella que no se revela al exterior como sociedad, es decir, aquella en que lo que se mantiene oculto es el hecho mismo de constituir sociedad, contratando los socios en su propio nombre, sin cumplir ningún requisito de forma (STS, Sala 1ª, de 12-12-2003). Ello permite admitir una peligrosa “*personalidad intermitente*”, de modo que la Sociedad Civil producirá efectos frente a terceros con que ella contraten, cuando sea conocida por los mismos.

Luego hablaremos, brevemente, del impacto de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la cuál permite entender cambiado, en algunos casos, la anterior premisa, de modo que donde decíamos “*carece de personalidad no aquella que mantiene ocultos algunos pactos entre los socios, sino aquella que no se revela al exterior como sociedad*”, deberemos añadir “*pero si mantiene oculto sus socios desaparece todo débito y responsabilidad para con la misma*”.

No obstante, entiendo que, tras la publicación de la LEC de 2000 es exigible como mínimo que la sociedad civil se de de alta en el Registro Censal de Hacienda y Liquide el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, so pena de poder alegar su inexistencia como tal sociedad.

La doctrina es reacia a que una norma adjetiva, como es la tributaria, condicione una norma sustantiva, cuál es el Código civil y la atribución de personalidad jurídica (cfr. art. 35 del C.c.). Así la STS de 27-03-2000 ( con cita de las STS de 08-03-1995 y 17-10-1987) enerva la aplicación de normas fiscales o administrativas “*ad intra*” de la relación entre partes pues “*y es que en definitiva, la resolución recurrida toma en cuenta los principios*

rectores de la contratación privada, corolarios de la autonomía de la voluntad, no afectados por las normas puramente administrativas, cuyo cumplimiento, al igual que ocurre con las de carácter fiscal, no deben primar o interferir en los efectos jurídicos del contrato privado querido por las partes y menos aún propiciar que una de ellas trate, con su apoyo, de beneficiarse en perjuicio de la otra, que es lo pretendido ahora, aunque de modo equivocado, por la ahora recurrente, tan infractoras de aquellas normas administrativas como los demás intervinientes en las relaciones jurídico privadas”. No obstante, dicha Jurisprudencia sobre el efecto entre las partes en nada atañe a los efectos frente a terceros, que es lo que ahora analizamos.

No obstante, la “jugada” puede venir vía art. 408.2 de la LEC, relativo al tratamiento procesal de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda, que admite que “Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Secretario judicial contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción, y así lo dispondrá el Secretario judicial mediante decreto”.

Y el primer fundamento de la pretensión es, desde luego, la capacidad procesal y la legitimación. Recordemos que conforme al art. 19 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados están sujetos al mismo la constitución de sociedades, a las que expresamente equipara el siguiente art. 22 “1. Las personas jurídicas no societarias que persigan fines lucrativos. 2. Los contratos de cuentas en participación. 3. La copropiedad de buques. 4. La comunidad de bienes, constituida por actos inter vivos, que realice actividades empresariales, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y 5. La misma comunidad constituida u originada por actos mortis causa, cuando continúe en régimen de indivisión la explotación del negocio del causante por un plazo superior a tres años. La liquidación se practicará, desde

*luego, sin perjuicio del derecho a la devolución que proceda si la comunidad se disuelve antes de transcurrir el referido plazo”.*

Y si no se ha liquidado tal impuesto (para lo cuál es necesario previamente presentar la declaración censal tributaria que luego veremos) resulta de aplicación su art. 54.1 que afirma que “*Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público (incluidos Juzgados y Tribunales, por lo tanto) sin que se justifique el pago de la deuda tributaria a favor de la Administración Tributaria competente para exigirlo, conste declarada la exención por la misma, o, cuando menos, la presentación en ella del referido documento. De las incidencias que se produzcan se dará cuenta inmediata a la Administración interesada. Los Juzgados y Tribunales remitirán a la Administración tributaria competente para la liquidación del impuesto copia autorizada de los documentos que admitan en los que no conste la nota de haber sido presentados a liquidación en dicha Administración*”. Nótese que el Juzgados y Tribunales podrán admitir dichos documentos pero no permitirán que “*surtan efecto*”, salvo la constitución formal de la sociedad mercantil irregular mediante Auto del Juez del Concurso conforme al art. 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

Y continúa el art. 408 de la LEC en su apartado 3 “*La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este art. y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada*”.

Recordemos igualmente que en virtud del art. 29 y de la Disposición Adicional Quinta de la Ley General Tributaria, se extiende el Registro Censal a datos tan interesantes para la protección de terceros –el primero Hacienda– como a) El nombre y apellidos o razón social del declarante. b) El número de identificación fiscal. c) El domicilio fiscal, y su domicilio social. d) La relación de establecimientos y locales. e) La clasificación de las actividades económicas que vaya a desarrollar y k) En el caso en que se trate de entidades en constitución, la declaración de alta contendrá, al menos, los datos identificativos y domicilio completo de las

personas o entidades que promuevan su constitución. Y esta declaración censal es requisito previo imprescindible para liquidar el Impuesto de Operaciones Societarias, lo cuál ha de ponerse en relación con el art. 1669 del C.c., la adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad civil y el principio de nadie puede beneficiarse de sus incumplimientos. Y dicha declaración podría ser suficiente para reconocerle personalidad jurídica a las sociedades civiles irregulares conforme a la tradicional y ya citada Jurisprudencia relativa a que el carácter secreto del art. 1669 del C.c. es a la propia existencia no a la composición de las mismas.

Regulación: La Jurisprudencia (STS de 30-04-1984) establece la siguiente prelación: 1º.- el contrato, pero sólo entre las partes, no frente a terceros. 2º.- el título VIII del Libro Cuarto del Código Civil (cfr. art. 39.1 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital) y 3º.- el de la Comunidad de Bienes, pero la normativa de ésta a) sólo entre los socios (no terceros) y, entre aquéllos, b) sólo respecto de los aspectos relativos a titularidad de los bienes o infraestructura patrimonial, pero no en el organizativo (STS, Sala 1ª, de 21-10-2005, 26-04-1988 y 24 -07-1993) y c) las normas de la comunidad de bienes relativos a la división no son aplicables, sino los de la división de la herencia (hoy de patrimonios, “*actio familiae erciscundae*”, art. 1708, 1051 y ss. del C.c. y 782 y ss. de la LEC) y no la división de la cosa común (cfr. art. 400 del C.c. y 249 y 251.3.6º de la LEC).

A mayor abundamiento, la aplicación de las normas de la comunidad de bienes a las relaciones jurídicas de titularidad, o sustrato material de la sociedad, (art. 392 y ss. del C.c.) es limitada pues aunque se atribuya a cada socio/comunero un derecho real autónomo sobre una cuota del derecho común, éste no pueda disponer libremente de su cuota, ni pedir la división, ya que el contrato de sociedad le obliga a permanecer en sociedad, mientras que no concurra alguna causa que permita disolver el vínculo, en tanto que las relaciones obligatorias se rigen por las normas del contrato de sociedad (arts 1665 y ss. del C.c.) que son las que regulan la gestión y disposición de la cosa común, así como la división y

extinción de la comunidad, de ahí que las normas societarias se apliquen mientras subsiste la sociedad, y una vez terminada dicha sociedad, sobrevenga la situación de comunidad y la disciplina de ésta recupera íntegramente su vigor (STS 24-05-1972, 9-10-1975, 5-06-1982; 26-04-1988; 6-03-1992; 24-07-1993, entre otras muchas).

Por fin, la STS de 15-07-2005 recuerda que se ha de respetar dentro del margen que a la autonomía privada señala el art. 1255 del C.c. integrando la voluntad de los contratantes, de acuerdo con lo que se dice en el art. 1258 del C.c., pues, art. 1669 del C.c., la sociedad es un contrato. De este modo, no se ha de estar únicamente a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según la naturaleza de la relación creada, sean conformes con la buena fe, los usos y la ley. Y ello, obviamente, es aplicable a ambos tipos de sociedad irregular

## VI.- NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

La STS de 25-10-1999 señalaba los requisitos necesarios para la existencia de un contrato de Sociedad conforme al art. 1.665 del C.c., unos elementos objetivos y subjetivos, a saber: aportaciones de actividades o bienes, que pasan a formar un patrimonio común, un fin común, y una “*affectio societatis*” o “*animus contrahendi societatis*”. Para que tengamos una sociedad irregular sólo hará falta privarle de los requisitos de la regularidad, tal y como luego veremos.

Elementos personales.

La capacidad para constituir una sociedad irregular es la misma que para la regular, pues la nulidad o anulabilidad de sus pactos entre los socios se rigen por las reglas generales sobre capacidad -jurídica y de obrar- y legitimación. No obstante, (art. 1677 del C.c.) no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (tutores, cfr. art. 221 del C.c.).

La “*affectio societatis*”: Este requisito subjetivo -intención de constituir la sociedad-, de esencial concurrencia y que se puede revelar por los elementos objetivos, supone un “*plus*” añadido al simple consentimiento contractual (STS de 30-04-1986 y 21-02-1987), y consiste en la voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial (STS de 8-03-1995), o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos (STS de 23-05-1989), “*affectio animus contrahendis societatis*”.

Elementos reales:

Un fin común: La entrega al fondo común, implica que lo aportado se hace común a todos los socios, con ánimo de lucro, o sea, el designio de partir la ganancia que se obtenga, ganancia que se habría obtenido por el empleo del fondo creado entre los respectivos socios. La STS de 29-04-2005 dispone que en el Código Civil (art. 1665, 1666 y 1681) se condiciona la existencia del contrato de sociedad a la de un fin común (STS de 17-03-1964 y 30-06-1972), que ha de ser promovido por los socios mediante una comunidad de contribución, la cual se logra con el cumplimiento de la obligación de aportar industria o bienes (STS de 23-05-1962, 24-10-1975, 17-02-1978, 10-02-1984, 19-11-1984), éstos últimos por cualquier título apto (“*quoad dominium, quoad usum*” ..., STS de 17-02-1978). Es decir se hace imprescindible constituir un...

Un patrimonio común: La STS de 14-07-2006 dispone que no es necesario que el fondo común o social se constituya con numerario o bienes determinados, pudiendo constituirse con aportaciones de trabajo. Igualmente la STS de 15-07-2005.

Elementos Formales. La falta de las formalidades legales: Conforme al art. 1669 del C.c. es precisa la constitución de un fondo común de actividades y bienes, sustentada en una “*afectio societatis*” y con una finalidad lucrativa y no haberse plasmado con las formalidades que exige la Ley (STS de 3-1-1992, 30-6-1995, 12-7-1996 y 5-2-1998), con todas las que en ellas se citan).

La sociedad irregular puede nacer sin necesidad de pacto expreso sobre los respectivos derechos y obligaciones de los socios, y sin que sean precisos pactos expresos acerca del ánimo de asociarse, de la aportación de bienes y de la intención de partir las pérdidas y ganancias, según resulta de la STS de 7-10-1965 *“pues si bien es cierto que el contrato obliga a los contratantes como resaltó la Sentencias de 24 de abril de 1953, de forma que los defectos de constitución y de actuación no pueden ser invocados por los socios para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ni por ende de aquellos defectos puede aprovecharse ninguno de los socios, pues dio lugar a ellos; consecuencia todo ello de la buena fe y de la obligatoriedad de los contratos (art. 1256 y 1258 del Código Civil), es evidente por contra que pudiendo, en definitiva, nacer la sociedad irregular sin ni siquiera necesidad de pacto expreso sobre los respectivos derechos y obligaciones de los socios, y sin que sean precisos pactos expresos acerca del ánimo de asociarse, de la aportación de bienes y de la intención de partir las pérdidas y ganancias, según resulta de la citada Sentencia de 7 de octubre de 1965, es evidente que la existencia de una sociedad oculta de carácter irregular se pondrá de manifiesto por los propios actos que como mutación de una realidad exterior pongan de manifiesto los propios integrantes de la misma como consecuencia de los hechos anteriores y coetáneos desarrollen que manifiesten la virtualidad de su existencia aun cuando ésta se hubiere pretendido ocultar frente a terceros, verdadero y concreto fin pretendido con la sociedad no declarada y por ello oculta e irregular...”* (SAP de Guipúzcoa, sec. 2ª, de 4-5-2001 que cita la STS de 07-10-1965).

Dicho en castizo: *“que los árboles no impidan ver el bosque”*.

Y se ha enfatizado que el carácter irregular de la sociedad, los defectos de constitución y de actuación, no pueden ser invocados por los socios para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraídas (STS de 24-04-1953, 17-09-1984, 13-03-1989 y 21-06-1990), consecuencia todo ello de la buena fe y de la obligatoriedad de los contratos (art. 1.256 y 1.258 del C.c.). Y a la inversa, (STS, Sala 1ª, de 30-10-1990) *“sin que a la hora de la exigencia de las responsabilidades contraídas quepa interponer un supuesto ente social cuya existencia y pactos no fueron públicamente conocidos, con*

*la consiguiente falta de personalidad jurídica independiente –art. 1.669 del Código Civil–, ni se hizo saber a la sociedad demandante”.*

## VII.- LA CUALIDAD DE SOCIO

Tanto en la Sociedad civil como en la mercantil (cfr. art. 143 del C.d.c. y 1696 del C.c.), la cualidad de socio es personalísima (STS de 16-06-1995), de modo que *“Ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe los oficios que a él le tocaren en la administración social, sin que preceda el consentimiento de los socios”* y *“Cada socio puede por sí solo asociarse un tercero en su parte; pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador”*.

Por ello los art. 1700.3 del C.c. y 222 del C.d.c. prevén como causas de extinción de la sociedad la muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, y el embargo de la parte de uno de ellos en la sociedad.

Entendemos interesante desde el punto de vista externo, o de los terceros que *“se topan”* o *“contratan”* con la sociedad irregular los puntos de conexión para identificar a un socio y poder proceder contra su patrimonio.

En este sentido la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo es encomiable en su intención, particularmente el deber (art. 4) a cargo de sus *“sujetos obligados”* de *“identificación del titular real”* de las personas físicas o jurídicas que contraten con aquéllos. Este deber llega hasta el extremo (último párrafo del art. 4) de que *“Los sujetos obligados no establecerán o mantendrán relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse. Si se trata de sociedades cuyas acciones estén representadas mediante títulos al portador, se aplicará la prohibición anterior salvo que el sujeto obligado determine por otros medios la estructura de propiedad o de*

control. Esta prohibición no será aplicable a la conversión de los títulos al portador en títulos nominativos o en anotaciones en cuenta” y su consecuencia es la posibilidad de desistir los contratos, sin responsabilidad, por dicha causa (art. 7.3) “Los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio ni ejecutarán operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley. Cuando se aprecie la imposibilidad en el curso de la relación de negocios, los sujetos obligados pondrán fin a la misma, procediendo a realizar el examen especial a que se refiere el art. 17. La negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones o la terminación de la relación de negocios por imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley no conllevará, salvo que medie enriquecimiento injusto, ningún tipo de responsabilidad para los sujetos obligados”.

Desde el punto de vista de los particulares, dicho precepto puede dar lugar a desconocer en la práctica la vinculación de cualquier contrato con una sociedad irregular bajo el supuesto más omnicompreensivo, el art. 2.w: “Las personas que comercien profesionalmente con bienes” (Sic. La antinomia conforme al C.d.c. entre profesional y comerciante es clásica).

Volviendo con la identificación de los socios de la compañía irregular, ha de traerse a colación la técnica –que no doctrina– del “levantamiento del velo”, por cuanto que permite por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del C.c.) penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades con el fin de evitar que al amparo de ficciones o formas legales, se puedan perjudicar intereses de terceros o bien ser utilizada en fraude de ley (art. 6.4 del C.c.). Se trata, por tanto, de ver quiénes han puesto su “bienes, trabajo o industria” detrás de una o varias personas físicas o jurídicas, a modo de sociedad secreta, generalmente con el fin: “desviar las responsabilidades de las personas físicas implicadas e interesadas en echar sobre el mismo las consecuencias patrimoniales derivadas del incumplimiento de las obligaciones contraídas, para luego hacerlo desaparecer, cuando tales obligaciones permanecían insatisfechas...” (STS de 16-03-1992 y 24-04-1992, citadas por la de 21-07-1995).

Efectivamente, desde hace tiempo aplica la técnica o procedimiento de origen anglosajón y conocido por "levantamiento del velo de la personalidad jurídica" de la que hace tiempo se hizo eco en España el profesor Sr. De Castro, y en la actualidad de forma especial el profesor de don Ricardo de Ángel Yagüez.

Debemos indicar que la técnica del levantamiento del velo doctrina es aplicable, entre otros supuestos, cuando las personas jurídicas se hallan muy relacionadas entre sí. Entre otras así se declara en las STS de 16-07-1987, 4-03-1988 y 5-10-1988, 12-11-1991 y de 13-12-1996, en situaciones en las que se aprecia la "conurrencia de interés común y unidad de fines en las sociedades...", su actuación coaligada en la gestión", cuando beneficia a todas las entidades del grupo la actividad desarrollada por el actor; y que "quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes, y menos cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente, a través de testaferros o de una sociedad"; o, si se patentiza "por la vía de hecho esa ubicuidad, ambigüedad y suplantación recíproca de las dos entidades... independientes que denotan... una identidad de intereses fruto de un entramado subjetivo e interno común a ambos".

Podemos concluir que los indicios de existencia de dicha sociedad irregular o de facto han de ser deducidas de sus actos "por sus obras les conoceréis" a través de testaferros o pantallas que permiten levantar el velo creadas por éstas suelen ser, según la jurisprudencia:

Idéntica o similar denominación.

Idéntico o similar objeto social.

La corta vida de duración, lo que permite inducir que nos hallamos ante lo que se podría calificar de una pantalla de corta vida, y constituida con la finalidad exclusiva de eludir el principio de la responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 del C.c.

Identidad de la ubicación de la industria en las mismas naves o en otras subyacentes formando una unidad.

Identidad de provecho o intereses (“*Quid prodest*”, simbiosis). De ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exija para su apreciación la identidad de intereses entre la sociedad y la persona o personas físicas:

La actuación conjunta, es decir, una unidad de actuación y provecho común que evidencian la confusión entre las mismas, a lo que es igual, la convicción de que la apariencia oficial de dos personalidades jurídicas, no es cierta, sino que es una personalidad actuante en realidad.

El flujo y reflujo de prestaciones de servicios entre el testafarro, el dominus y el tercero.

Identidad del sustrato capitalista o personal de fondo: Pertenencia a una sola persona o familia, como lo confirman su propia denominación, el nexo de confianza propio de los vínculos amistosos o cuando las personas jurídicas se hallan muy relacionadas entre sí.

Identidad personas con facultades de decisión.

Ambigüedad o carácter indistinto de determinados elementos relativos a la dotación de medios materiales y humanos.

Carencia de actividad mercantil y cuando al “*levantar el velo*” de su apariencia real se descubre su inconsistencia como personas jurídicas, meros instrumentos o testafarros de otra personalidad.

Personal: Los mismos empleados.

Operaciones financieras: a) Suscripción de avales. b) La falta de toda infraestructura en la entidad. c) El domicilio social es el mismo o el domicilio particular de su administrador. d) Capital social insuficiente o prácticamente inexistente. e) Simple trasvase de cuentas, créditos y operaciones.

Sucesión de compañías y personas tapadera.

## VIII.- APORTACIONES SOCIALES. LA RELACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD IRREGULAR Y LOS BIENES DE LA MISMA

Las aportaciones de los socios al fondo común de la sociedad que se constituye pueden consistir en “*bienes, industria o alguna de estas cosas*” es el elemento esencial y fundacional del contrato de sociedad (cfr. art. 1665 y 1701 del C.c.), de ahí que, como hemos visto y admite la Doctrina, cabe la posibilidad legal de una sociedad irregular en que no exista fondo social, sino tan sólo comunidad de trabajo (STS, Sala 1ª, de 21-12-2005).

Desde el punto de vista de las sociedades regulares, se ha discutido en la Doctrina y Jurisprudencia si la aportación a dichas personas jurídicas supone 1.- una verdadera transmisión, 2.- una “*comunicación*” o 3.- un “*acto de destinación*”. La diferencia en la práctica es algo baladí frente a terceros, pues ya hemos visto que se puede despachar ejecución contra estos entes y contra sus socios, miembros o gestores cuando conste su actuación ante terceros en nombre de la entidad.

1.- La aportación como verdadera transmisión de los bienes en cuestión (cfr. art. 609 del C.c.) y así la regulación legal de la aportación social podría ser cubierta supletoriamente por el régimen de la compraventa (STS de 12-06-1883, 23-02-1884, 11-11-1970, 13-12-1982 y 2-04-1990) y efectivamente los art. 1681 a 1683 del C.c. tienen gran semejanza con la compraventa (título y modo, art. 1681 vs. 609 y 1461 del C.c.), entrega de dinero (art. 1108, 1101 y 1682 del C.c. y 171 del C.d.c.), resolución por incumplimiento (art. 170 del C.d.c.). El problema de la sociedad irregular es que, no teniendo personalidad jurídica (art. 35 del C.c.) no puede ser titular de derechos y obligaciones (art. 38 del C.c.), luego esta teoría no nos vale para las compañías aquí estudiadas.

2.- La aportación como acto de comunicación (ROCA SASTRE): De modo que mediante la aportación, los socios se limitan a poner en común el objeto de su esfuerzo, de tal suerte que cuando se trata de la aportación de bienes en propiedad, no puede estimarse que los bienes

aportados salgan absolutamente del patrimonio personal del socio aportante, sino que éste conserva la titularidad sobre ellos, aunque modificada: donde antes había propiedad exclusiva, ahora hay cotitularidad. La aportación sería un acto modificativo de los derechos aportados. Así la SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 2-6-2009 y la STS de 24-7-1993: Las normas relativas a las comunidades (cfr. art. 1669 II del C.c.) han de entenderse limitadas al sustrato material o fondo común formado por los socios. Igualmente el derecho en mancomunidad se observa respecto de la titularidad de créditos, pues el art. 1685 del C.c. (“*El socio que ha recibido por entero su parte en un crédito social sin que hayan cobrado la suya los demás socios, queda obligado, si el deudor cae después en insolvencia, a traer a la masa social lo que recibió, aunque hubiera dado el recibo por sola su parte*”) recuerda claramente a su anterior art. 1143 (“*La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.146. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación*”).

3.- La aportación como acto de destinación (LÓPEZ JACOISTE): Así, mediante la aportación de bienes éstos quedan afectados o destinados a un patrimonio separado o, al menos, distinto de los patrimonios personales de los socios, configurar la aportación como acto de destinación. Se entiende por acto o negocio de destinación aquel que comporta “*por una parte, una disminución del patrimonio del otorgante, consumada mediante una atribución traslativa o al menos por una limitación o gravamen impuesto sobre los elementos patrimoniales propios: y, de otra, la correlativa constitución, a base de esos bienes transmitidos o regulados especial mente, de un patrimonio separado más o menos afecto a un fin, al que también se vincula de alguna manera el sujeto constituyente*”. Esta teoría de la destinación está pensada especialmente para otro tipo de sociedades o patrimonio común, la sociedad de gananciales, especialmente desde la perspectiva hipotecaria y concluye que la propiedad de los bienes sigue siendo particular de aportante si bien con limitaciones en las fa-

cultades del dominio del mismo (administración, disposición, uso y disfrute, etc.). De refilón, “*destinación al fin social*”, la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 parece apuntarse a esta teoría.

Sin embargo, la teoría de la aportación, originaria o sobrevenida, o sea tanto en la constitución, como en la aportación posterior, como negocio traslativo no es apropiada para la sociedad irregular pues se funda en el paso de propiedad de las cosas a favor de la sociedad, por lo tanto, que ésta tiene personalidad jurídica y la sociedad irregular no la tiene, como hemos visto.

Entendemos que la aportación a sociedad irregular es un acto de destinación pues ésta engloba al caso de la comunicación, dado que no sólo hay casos de condominio, sino también cabe que se aporte sólo el uso o los frutos (cfr. art. 1675, 1678 y 1701 del C.c.).

Sin embargo es diferente el tratamiento de los bienes adquiridos a resultas de la actividad de la sociedad irregular, según sea la misma mercantil o civil.

La Sociedad civil irregular: Generalmente en la sociedad irregular (cfr. art. 1676 del C.c.) cuando no pueda determinarse su especie, sólo constituye la sociedad universal de ganancias, esto es (art. 1675 del C.c.) comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad pero no los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo.

La sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte (art. 1678 del C.c.).

La sociedad universal puede ser de todos los bienes presentes, o de todas las ganancias (art. 1672 del C.c.) y mientras “*La sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes ponen en común todos los que actualmente les pertenecen, con ánimo de partírselos entre sí, como igualmente todas*”

*las ganancias que adquieran con ellos*”, (art. 1674) “*En la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan a ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían a cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos. Puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación, aunque si sus frutos*” (art. 1673), lo que implica que todos los bienes presentes son propiedad de los socios en régimen de copropiedad ordinaria, a los que se aplican las normas atinentes a la comunidad de bienes de los art. 392 y siguientes del C.c. (SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 2-6-2009).

La Sociedad mercantil irregular: La STS de 20-5-2002 considera que en la sociedad mercantil irregular, a falta de pactos de las partes, los bienes adquiridos con fondos sociales en beneficio del socio que los dedica a tal fin no es la de la atribución a la sociedad de dicho bien, sino de imposición de obligaciones de restitución de los fondos e indemnizatorias que en el art. 135 C.d.c. contiene. Luego al contrario que en la sociedad irregular civil, sea de todos los bienes presentes o de todas las ganancias, no hay comunicación, cotitularidad sobre estos bienes ganados (cfr. art. 1672 y ss. del C.c.).

Por otra parte, no está de más reseñar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la posible compatibilidad entre una titularidad plural en el orden civil y una titularidad singular administrativa en relación, por ejemplo, con administraciones de loterías y estancos (STS, Sala 1ª, de 22-05-2009, 20-7-2005, 31-12-97, 22-7-1997, 26-4-1995), farmacias (SAP de Madrid, Sec. 14ª, de 25-05-2007 y STS, Sala 1ª, de 08-03-1995), negocio de taxi (SAP de Alicante, Sec. 7ª, de 4-05-2005). Su fundamento es, como dice la STS de 14-05-2003 con cita de la STS de 17-10-1987, que son normas puramente administrativas sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia.

## IX.- “ÓRGANOS SOCIALES”

Ha de diferenciarse netamente entre el efecto interno y externo de la Sociedad irregular, de modo que la situación ad intra de la misma en nada debe perjudicar a terceros de buena fe ignorantes de ella. Por el contrario, la actuación de los socios “*erga omnes*” vinculará a todos aquéllos de diferentes maneras. Aunque no es apropiado realmente hablar de “*órganos*” de las sociedades que pasan de tipos regulares de ser y actuar, para facilitar el estudio, partiendo de instituciones sí reconocidas en las sociedades regulares, trataremos de los mismos a efectos didácticos.

En este punto, ha de distinguirse entre la Sociedad Mercantil irregular y la Sociedad Civil irregular, puesto que la primera se regula específicamente por las normas del Código de comercio relativas a la Sociedad Colectiva (art. 125 y ss. del C.d.c.) respecto de terceros y, entre los socios, por sus pactos y, en defecto de los mismos, por dichas normas de la Sociedad Colectiva y supletoriamente de las mismas (cfr. art. 50 y 116 del C.d.c. y art. 4 del C.c., las de la Sociedad civil).

Igualmente hemos de tener en cuenta que estas sociedades en principio pueden ser amorfas, y desde luego sus órganos no se publicitan frente a terceros, de modo que no cabe distinguir entre el órgano deliberativo de efectos meramente internos y el órgano ejecutivo de efectos externos. Es más, en los supuestos de máxima carencia documental de la entidad, o mayor ocultación serán uno o varios socios el órgano de representación (externo) y de administración (interno). No obstante, a meros efectos didácticos mantendremos esa, en este caso, artificial distinción.

Representación de la compañía irregular. “Órgano representativo”:

Modos de organizar la administración y nombramiento. Dada la irregularidad, es posible que se siga alguno de los típicos esquemas de las sociedades de capital (un administrador único, a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente, o a un Consejo de Administración) o un sistema libre.

Tal como enseña la Sala 1ª del Tribunal Supremo, la gestión de la sociedad, el principio que rige o domina esta materia, derivado de la concepción romana de la “*mano común*”, es la de que la gestión y administración de la sociedad, salvo pacto en contrario, corresponde por igual a todos los socios –art. 129 del C.d.c. y 1695.1 del C.c.– y, dentro de los pactos, cabe la designación de un gestor con nombramiento especial. En este último caso se prohíbe el derecho al veto del resto según disponen los art. 131 del C.d.c. y 1692 del C.c.

El art. 130 del C.d.c. confirma que hay sistema legal subsidiario de administración solidaria con derecho a vetar hacia delante nuevas actuaciones (“*Contra la voluntad de uno de los socios administradores que expresamente la manifieste, no deberá contraerse ninguna obligación nueva; pero si, no obstante, llegare a contraerse, no se anulará por esta razón y surtirá sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que la contrajeran respondan a la masa social del quebranto que ocasionaren*”), idéntico al art. 1695.1 del C.c. No obstante, dicha limitación únicamente producirá efectos y responsabilidades internas entre socios y/o representante (cfr. art. 1101 del C.c.), no siendo pues dichas limitaciones oponibles frente a terceros de buena fe.

Es más, la Jurisprudencia insiste (STS de 22-11-1972 y 10-11-2004) que la remisión del art.1.669 del C.c. a las normas de la comunidad no impide la aplicación a la enajenación de la cosa común del régimen estipulado en el propio del contrato de sociedad –por antonomasia prescindir de la unanimidad para actos de disposición sobre bienes– y mucho menos en perjuicio de terceros. No ha de servir de base para que los socios, vinculados a tenor del art. 1.257 del C.c. eludan entre ellos el cumplimiento de las obligaciones que concertaron.

Ello contrasta notablemente con el sistema asambleario de la Comunidad de bienes ordinaria (cfr. art. 397 y 398 del C.c.) y de la Propiedad Horizontal (cfr. art. 13 y 14 de su Ley) donde se decide por mayoría y en esta última el representante orgánico, el Presidente, es prácticamente un mero ejecutor (STS de 20-10-2004: “...*el Presidente de la*

*Comunidad, si bien representa a la Comunidad (art. 12 LPH), ello ha de tener por base la ejecución de acuerdos de la Junta sobre asuntos de interés general para aquélla (art. 13.5º). La representación de la Comunidad en juicio y fuera de él del Presidente no tiene un contenido «en blanco», de tal forma que esa representación sirva para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones. Es la Junta de Propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el Presidente ejecuta; su voluntad no suple, corrige o anula la de la Junta”).*

Y también contrasta con la comunidad de bienes propiamente dicha pues su régimen legal es el del párrafo tercero del art. 398 del C.c. (“*Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad. Si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un Administrador*”), si bien, como establece la STS de 16-03-1932 que no procede la aplicación de tal precepto cuando existe un cargo de administrador nombrado por los comuneros.

Capacidad y Legitimación procesal: Ya hemos visto la carencia de capacidad procesal activa de las sociedades irregulares, como actor, lo que conlleva que no estén legitimadas activamente para demandar, aunque sí que tienen capacidad procesal pasiva, como demandado.

Conforme a la Jurisprudencia, será preciso que accione uno o varios de los socios (STS de 16-7-1927, 14-3-1953, 13-3-1973, 4-4-1974, 13-2-1987, 20-12-1989, 22-5-1993, 14-3-, 16-4-1996, 8-7-1997), siendo preciso que 1º.- El fundamento en el derecho material ejercitado, suponga el ejercicio de la acción en provecho común. 2º.- Se pretenda un resultado provechoso para la comunidad. 3º.- Ausencia de interés exclusivo (STS de 8-4-1992) de forma que si actúa en interés suyo y no de la comunidad, carece de legitimación activa (STS de 13-2-1981) aparte de los posibles efectos de la cosa juzgada sobre los demás comuneros (litis-

consorcio activo). Aquella doctrina jurisprudencial, sirve incluso en el ejercicio de la acción de desahucio (acto de administración mayoría del art. 398 del C.c. y STS 5-3-1982), pero si se pretende la resolución del arrendamiento de la que no deriva (o no se infiere) beneficio de la comunidad, faltará aquella legitimación, constando la oposición expresa o tácita, pero clara e indubitada, de los otros (STS de 19-2-1964 , 5-3-1982, 14-5-1985, 20-12-1989).

Sin embargo, las consecuencias o efectos de la sentencia favorable alcanzarán a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable (STS de 10-04-2003, de 18-11-2000 y de 7-12-1999, entre otras). Esta solución jurisprudencial para la comunidad de bienes ordinaria entendemos no es aplicable en la sociedad irregular, dado tanto el tenor del art. 544 de la LEC y la posibilidad de despachar ejecución contra socios, administradores y gestores, hayan intervenido o no en la operación litigiosa, como la general solidaridad de todos los socios.

Representación extrajudicial de la sociedad irregular. Se plantea el problema que, a falta de personalidad jurídica, el representante de la entidad no puede hacer uso propiamente de la “*contemplatio domini*”, o invocación de la persona en cuyo nombre e interés actúa y representa (cfr. art. 1717 y 1725 del C.c. y 246 y 247 del C.d.c.). Podemos encontrarlos en varios supuestos:

Sociedad absolutamente secreta pues no hay documento de apoderamiento o actúa por cuenta de la misma quien no figura al efecto en el pacto social. Al contrario de lo dispuesto en el art. 128 del C.d.c. los socios –o terceros– no autorizados debidamente para usar de la firma social sí obligarán con sus actos y contratos a la compañía, sin perjuicio de su responsabilidad para con sus consocios. En el mismo sentido los art. 1695.1º del C.c. y 129 del C.d.c.

Actuación del representante que figure en los pactos sociales, ora figuren éstos en documentos privados, ora sea sociedad devenida irregular (art. 39 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital) por existir escritura públi-

ca pero no estar inscrita. Los socios quedan obligados y, por actos propios, no se puede dejar de reconocer la responsabilidad de los mismos por lo hecho por su representantes, se haya excedido o no en sus facultades.

Por el contrario, si el tercero conoce el pacto social ¿puede exigir responsabilidades a todos los socios por el falso representante que se ha excedido?

La aplicación conjunta de los art. 1257 y 1259 del C.c., amén de la doctrina de los actos propios, parece desprenderse que el tercero conoce quién en su parte en el contrato y queda vinculado por el mismo, siendo contrario a la mala fe la extensión a terceros (art. 1258 del C.c. y 57 del C.d.c.) de sus efectos y responsabilidad al cumplimiento (art. 1091 del C.c.), máxime cuando la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento (art. 6.1 del C.c.), dicho sea a propósito de los art. 131 del C.d.c. y 1692 del C.c., de modo que habiendo socios especialmente encargados de la administración, los demás no podrán contrariar ni entorpecer las gestiones de aquéllos ni impedir sus efectos..

No obstante, recordemos los supuestos en que (STS, Sala 1ª, de 18-12-2006) la Jurisprudencia admite la representación sin poder al efecto, a saber: 1º.- cuando el mandante puede ratificar de manera expresa los actos en que el mandatario se ha excedido (art. 1259 del C.c.); 2º.- de manera tácita mediante actos inequívocos o cuando acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización (no sólo con palabras se puede ratificar, sino también con un acto); 3º.- en atención a lo previsto en el art. 1717 del C.c., aquel en que, aun actuando el mandatario en su propio nombre, se trate de cosas propias del mandante, pues surge entonces una *contemplatio domini* tácita y se genera un poder nacido de las circunstancias del hecho o del objeto) y 4º.- la vinculación nacida de la apariencia de mandato surge cuando la jurisprudencia equipara a la ratificación el supuesto en que el representado crea una apariencia de mandato o apoderamiento o permite con su actitud que terceras personas se obliguen creyendo en su existencia, y entonces el mandante queda obligado por el principio de buena fe.

Ámbito interno de la representación extrajudicial de la sociedad irregular. Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria ad extra de todos los socios por los actos de uno sólo, internamente deben o no repercutirse mancomunada o solidariamente las consecuencias de dichos actos (cfr. art. 1688 y 1695.1 del C.c. y 130 y 144 del C.d.c.), según hayan actuado de buena o mala fe o pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del citado acto.

Duración del cargo. De los art. 132 del C.d.c. y art. 1692 del C.c., ha de distinguirse el poder otorgado en el contrato social del conferido después del contrato, sin que en éste se hubiera acordado conferirlo, pues éste puede revocarse por los socios en cualquier momento, preceptos que nos anticipan la idea de que algún tipo de órgano deliberativo debe existir.

Por el contrario, cuando el nombramiento figura en el contrato social mercantil el cargo dura tanto como la sociedad, salvo rescisión del contrato por incumplimiento de sus deberes (art. 129 del C.d.c.) o bien que los consocios de la mercantil irregular nombren un coadministrador, o, lo que es lo mismo, se pase a administración mancomunada, conclusión deducida tanto de la expresión “*un coadministrador que intervenga en todas las operaciones*” como de la supletoria aplicación del art. 1694 del C.c.

La Sociedad civil (1692 del C.c.) permite la revocación del cargo por causa legítima, la cuál (STS de 24-12-1997) “*se apreciará cuando concurre un incumplimiento grave, y no meramente ocasional, de los deberes del administrador, o la patente incapacidad para desempeñar el cargo de manera ordenada, y, al respecto, cabe la afirmación de que se producirá siempre y cuando a los socios no se les pueda razonablemente exigir que toleren o soporten conductas de aquél en detrimento de la sociedad*”. Igualmente permite el nombramiento judicial de otro administrador, sin duda porque la Sociedad Colectiva, ordenamiento supletorio de la mercantil irregular es personalista, *intuitae personae*, tanto en la composición de la masa social como en sus representantes, por antonomasia los socios industriales, como se ve, igualmente, en la regulación de la Sociedad por Comandita (art. 146 y ss. del C.d.c.).

Ejercicio del cargo. Con la responsabilidad propia del representante leal y ordenado empresario, pues el art. 1104 del C.c. dice que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, que son de una sociedad mercantil y, por lo tanto (art. 225 y 226 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital), amén que el Libro I del C.d.c. equipara a todos los efectos los empresarios individuales de los societarios.

Todavía más específico es el art. 255 del C.d.c. dedicado a la comisión mercantil (aplicable subsidiariamente al administrador mercantil vía art. 116 del C.d.d. y art. 2 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital) ordena que “*En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Mas si estuviese autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio...*”.

La sociedad civil, con la del buen padre de familia (cfr. art. 1104 del C.c.).

Notificaciones a la sociedad. El art. 235 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital establece que cuando la administración no se hubiera organizado en forma colegiada, las comunicaciones a la sociedad podrán dirigirse a cualquiera de los administradores, salvo en caso de consejo de administración, que se dirigirán a su Presidente. Habida cuenta la responsabilidad solidaria de todos los socios de la mercantil irregular y la falta de personalidad jurídica de ésta la aplicación de la norma relativa a las obligaciones solidarias (art. 1143, 1146, 1973 y 1974 del C.c.) permite entender que notificado un socio, quedan notificados todos los miembros de la sociedad irregular.

Además, el art. 51.2 la LEC establece que los entes sin personalidad podrán ser demandados en el domicilio de sus gestores o en cualquier lugar en que desarrollen su actividad, lo cuál es coherente con el fuero general de empresarios y profesionales del anterior art. 50.3 de la LEC que dispone que el fuero general de las personas físicas empresarios y

profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrá ser el del lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor y, asimismo ambos preceptos coinciden con el art. 40 del C.c. según el cuál para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Prohibición de competencia. Tanto del art. 136 del C.d.c. como del art. 1683 resulta que el socio industrial o colectivo debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma, so pena de perder los beneficios a favor de la sociedad e incluso de ser excluido.

Igualmente, el art. 291 del C.P. dispone que “*Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido*”, aclarando su siguiente art. 297 del C.P. que a los efectos de este Capítulo se entienden por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

Entendemos comprendidas en ellas las relacionadas las sociedades pues conforme a la STS de 25-04-1991 “*aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles*”.

Debe el administrador posponer su propio interés al societario. Así resulta de la siguiente miscelánea de preceptos sobre imputación de pagos de terceros entre socio y sociedad, art. 1684 y 1685 del C.c. y 135 y 136 del C.d.c., siempre a favor de la compañía en perjuicio del gestor.

Igualmente resulta de aplicación la prohibición de autocontratación, tanto por la aplicación de la normativa mercantil a las sociedades devenidas irregulares (art. 228 y 229 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital); sea por la prohibición del art. 1459, 2º del C.c. o por falta del consentimiento válido que con carácter general exige el art. 1261 del C.c. Por todas la STS de 29-11-2001.

Carácter gratuito del cargo. Con carácter general, las sociedades mercantiles legalmente constituidas (art. 217 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital) el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.

Por el contrario, la STS, Sala 1ª, de 6-10-1990 concede al socio con carácter exclusivo la dirección y administración del negocio, actividad tiene un valor patrimonial que ha de ser remunerado, y para evitar precisamente ese enriquecimiento injusto del otro socio, admite en la rendición de cuentas, como gasto computable a efectos de fijar el saldo, unos honorarios, sueldo, salario o emolumentos equivalentes a los que reciba en la localidad un encargado, gerente o- director de establecimiento de hostelería similar al litigioso y durante todo el tiempo en que realizó de modo exclusivo esas funciones.

No obstante, como si de un mandatario se tratara, disponen los art. 1688 del C.c. y 142 del C.d.c. el derecho al reembolso por gastos e indemnización por los daños sufridos inseparables de su dirección.

Separación de los administradores. Ya hemos visto que si no ha sido nombrado en el contrato social, los consocios podrán adoptar el acuerdo al efecto y, en caso contrario, según sea sociedad irregular civil o mer-

cantil, podrá nombrarse judicialmente otro gestor o coadministrador o resolución del contrato, respectivamente.

Responsabilidad de los administradores. Tanto del genérico art. 1101 del C.c. como de los específicos art. 144 del C.d.c. y 1686 de aquél, resulta que el daño que sobreviniere a los intereses de la compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante en la obligación de indemnizarlo, si los demás socios lo exigieren, con tal que no pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del hecho en que se funde la reclamación.

Impugnación de acuerdos de los Administradores. Entendemos que ello no es posible pues el art. 130 del C.d.c. tajantemente establece que “*Contra la voluntad de uno de los socios administradores que expresamente la manifieste, no deberá contraerse ninguna obligación nueva; pero si, no obstante, llegare a contraerse, no se anulará por esta razón y surtirá sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que la contrajeran respondan a la masa social del quebranto que ocasionaren*”, en idéntico sentido, el art. 1695.1 del C.c.

A mayor abundamiento, establece la STS de 16-03-1932 respecto de la comunidad de bienes –aplicable supletoriamente, como hemos visto– que no procede la aplicación del párrafo tercero del art. 398 del C.c. en cuanto el auxilio judicial para resolver la administración social.

Por analogía podemos citar la STS, Sala 1ª, de 30-10-1999 que niega la acción de impugnación de la decisión del administrador único fundado en que no hay precepto alguno que haga la más mínima referencia a la posibilidad de impugnar las decisiones de un administrador único y que el legislador solamente ha previsto y autorizado la posibilidad de impugnación de los acuerdos en sí del consejo de administración, como órgano colegiado, pero no ha considerado oportuno hacer extensiva también dicha posibilidad de impugnación a las decisiones del administrador único (“*inclusio unius, exclusio alterius*”), la cual, por otro lado, entrañaría insalvables dificultades, dada la imposibilidad práctica de distin-

guir formal y cronológicamente entre la decisión del administrador único y su ejecución o acto. Citamos en el mismo sentido la SAP de Madrid, sec. 13<sup>a</sup>, de 21-11-1999, igualmente respecto de las Sociedades Anónimas y la SAP de Vizcaya, sec. 4<sup>a</sup>, de 09-12-2009 respecto de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Incluso el art. 73.2 de la LEC se hace eco de dicha imposibilidad: “cuando la demanda tenga por objeto la impugnación de acuerdos sociales se acumularán de oficio todas las que pretendan la declaración de nulidad o de anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma junta o asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración y que se presenten dentro de los cuarenta días siguientes a aquel en que se hubiera presentado la primera”.

Decisión en el seno de la compañía irregular. “Órgano deliberativo”: La Sociedad irregular, por su naturaleza, puede llegar al extremo de toda falta de estructura en su organización, que esta sea anárquica, pues se manifiesta por un flujo y reflujo de prestaciones y contraprestaciones a partir de un fondo común de bienes o industria. A falta de dichos Estatutos mínimos otorgados se imponen varias ideas:

Disposición general. Bajo este epígrafe la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, como ahora el T.R. de la Ley de Sociedades de Capital, establecía que los socios, reunidos en Junta General, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la Junta y que todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General, o sea acuerdos mancomunados de socios debidamente convocados.

Recordemos que en la sociedad mercantil irregular la gestión y administración de la sociedad, salvo pacto en contrario, corresponde por igual a todos los socios –art. 129 del C.d.c.– y se prohíbe el derecho al veto del resto según dispone los art. 1695.1<sup>o</sup> del C.c. y 131 del C.d.c.

El valor de las decisiones mancomunadas en el seno de la sociedad civil irregular es mayor que en la sociedad mercantil, tanto por la supleto-

ria aplicación del régimen de la comunidad de bienes ordinaria (art. 392 y ss. y 1699 II del C.c.) como del específico art. 1695 del C.c., pues como recuerda la STS, Sala 1ª de 10-11-2004 que en los casos en que los contratantes no hubieran establecido el modo de administrar la sociedad civil, el art. 1.695.1 del C.c. encomienda la administración a todos los socios, conforme a un sistema separado y solidario, según el que la gestión de cada uno será eficaz si no hay oposición de los demás antes de que haya producido efecto legal, esto es, antes de que se ejecute, como hemos visto antes. Añade que la excepción es el art. 1.695.4 del C.c. que establece que ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque se alegue que es útil a la sociedad, dada la tradicional relación existente entre sociedad y comunidad, confirmada por la semejanza entre los art. 397 y este 1.695.4 del C.c. Y por ello concluye que las palabras “*hacer novedad*” tienen el sentido equivalente a la realización de alteración, sea material o jurídica, por lo que incluye los actos de enajenación, aunque dicha regla prohibitiva no resulta aplicable cuando los referidos actos no exceden del ámbito delimitado por el objeto social, de modo que, si esto sucede, los actos dispositivos de cada socio estarán sometidos, salvo pacto, al mismo régimen general que contiene la regla 1ª del propio art. 1.695.

En cuanto a la obligatoriedad de los acuerdos reza la STS de 30-04-1999 “*Hay que afirmar que la acción que se ha ejercitado en la pretensión de la parte actora es claramente una acción que pretende ejecutar un acuerdo mayoritario de comuneros, cuya base legal se encuentra en el art. 398-1 del Código Civil, y que se ha de realizar a través del cauce procesal del juicio ordinario, como se ha efectuado en el presente caso*”.

No obstante, hay actos que sí requieren acuerdos de los socios por así exigirlo la ley, a saber:

Competencia de la “Junta General”. Los socios deben decidir, por lo menos a efectos internos, una serie de cuestiones, pues así se ve en preceptos aislados como:

Exclusión de socios por incumplimiento de obligaciones sociales (art. 1706 del C.c y 132 y 170 del C.d.c.).

Nombramiento de coadministrador (art. 132 del C.d.c.) o de administrador suplente (art. 1692 del C.c.).

Autorización para actos del socio en competencia (art. 136 del C.d.c.) e, implícitamente, aprobación de cuentas (art. 133 del C.d.c.).

Acuerdos internos entre los administradores sobre actos concretos (art. 1694 y 1695 del C.c. y 129 y 139 del C.d.c.).

Nueva entrada de socios (art. 1696 del C.c. y 143 del C.d.c.).

Prórroga de la duración de la sociedad (art. 1702 del C.c.).

Liquidación y partición del caudal común (art. 1058 y 1708 del C.c. y 232 del C.d.c.) o bien, nombramiento del o los liquidadores (art. 229 del C.d.c.).

Y en todos estos casos se distingue nítidamente entre los supuestos en que es precisa la novación del contrato social de los que no precisan tal novación, lo que induce a pensar en diferentes sistemas de mayorías, que luego veremos.

Convocatoria de la “Junta General”: El art. 398 del C.c. no establece ninguna formalidad para la toma de acuerdos y ni siquiera se exige ningún tipo de reunión, según la jurisprudencia (STS de 8-07-1902, 30-10-1907, 12-12-1983, 18-06-1984 y STS de 04-03- 1996), explicitando el Alto Tribunal en la precitada de diciembre de 1983 que ni el enunciado art. 398 del C.c. “*habla de la necesidad de junta comunitaria alguna para tomar los acuerdos que afecten a la administración y el mejor disfrute de la cosa común, ni es razonable tal exigencia cuando la voluntad de la mayoría de los partícipes, que es la expresión utilizada por el texto legal, se revela inequívocamente en determinado sentido*”.

Por tanto, no es precisa formalidad alguna, sin perjuicio de la facultad que asiste al comunero afectado de impugnar el acuerdo tanto en los ca-

sos previstos en el art. 398.3, si no resultare la mayoría o le fuese gravemente perjudicial, como cuando los condueños mayoritarios actuasen sus derechos de forma antisocial o abusiva ( art. 7 del C.c.).

La SAP de Barcelona, Sec. 11ª, de 26-09-2007 desestimó la demanda de convocatoria judicial de junta de socios pues no hay precepto que lo autorice y no estamos en presencia de Sociedad Anónima ni de Responsabilidad Limitada cuyas normas reguladoras sí lo prevén.

No obstante, alguna Doctrina de las Audiencias Provinciales discrepa de tal solución Jurisprudencial, pero es una corriente muy minoritaria. En la doctrina, algún autor (Miquel González, José Mª, Comentarios del Código civil, Ministerio de Justicia, Tomo Primero, págs. 1.094 y 1.095, Edición 1.991) se inclina por la tesis formalista, siendo seguido por varias Audiencias Provinciales, como las de León, Toledo y Madrid (SAP de Madrid, Sec. 18ª, de 23-02-2004, SAP de Madrid Sec. 14ª, de 4-07-2005 y la SAP de Toledo, Sec. 1ª, de 6-07-2000): “*La adopción de cualquier decisión relevante que afecte a la administración de los intereses en común y disfrute de la cosa común debe adoptarse por mayoría de cuotas con previa citación o convocatoria de la totalidad de los comuneros, de forma que todos ellos tengan la oportunidad de ser oídos, no siendo siquiera admisible que los comuneros que ostenten una posición de mayoría de intereses tomen por sí y ante sí las decisiones que les parezcan oportunas sin oír previamente a los demás, especialmente si media entre los comuneros posiciones enfrentadas o disidentes (...)* Podría entenderse que notificado el acuerdo a todos los comuneros las cuotas de los no disidentes se suman a las cuotas de quienes votaron a favor del acuerdo, pues la ley no establece ni regula para la comunidad ordinaria procedimiento o exigencia formal alguna para adoptar tales acuerdos y los mismos pueden derivarse de actos concluyentes, pero ello solo sería posible si en la propia convocatoria se hubiere establecido esa consecuencia o se hubieran producido actos concluyentes de los no asistentes...”.

Derecho de información. Internamente es de aplicación el régimen de información propio de toda sociedad mercantil irregular. Al contrario, la SAP de Sevilla, Sec. 8ª, de 9-02-2009 recuerda respecto, al derecho a

la información de los socios, que no resulta de aplicación la legislación mercantil, respecto de la sociedad civil. No obstante, queda siempre el recurso a las Diligencias Preeliminarias preparatorias de un juicio, entre las cuáles se encuentran (art. 256.1 de la LEC) la petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder.

Principio mayoritario: Hay un principio mayoritario salvo para los supuestos en que es precisa la unanimidad. Estos supuestos unánimes son en general todos los relativos a la modificación del pacto social (cfr. art. 50 y 116 del C.d.c. y 1203 y 1257 del C.c.). Por el contrario el principio meramente mayoritario aparece en:

Exclusión de socios por incumplimiento de obligaciones sociales (art. 1706 del C.c y 132 y 170 del C.d.c.).

Nombramiento de coadministrador (art. 132 del C.d.c.) o de administrador suplente (art. 1692 del C.c.).

Autorización para actos del socio en competencia (art. 136 del C.d.c.) e, implícitamente, rendición de cuentas (art. 133 del C.d.c.).

Acuerdos internos entre los administradores sobre actos concretos (art. 1694 y 1695 del C.c. y 129 y 139 del C.d.c.).

Actos de administración. El art. 1695.4 del C.c. afirma “*Ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil a la sociedad*”. Recordemos que la STS, Sala 1ª de 10-11-2004 confirmada la semejanza entre dicho precepto y el art. 397 del C.c. y concluye que las palabras “hacer novedad” tienen el sentido equivalente a la realización de alteración, sea material o jurídica, por lo que incluye los actos de enajenación, aunque dicha regla prohibitiva no resulta aplicable cuando los referidos actos no exceden del ámbito delimitado por el objeto social.

La STS de 13-11-2001, entiende que el art. 397 del C.c. regula los actos de disposición, no de administración, e incluye tanto los actos materiales de alteración, como los actos jurídicos de disposición de una cosa en copropiedad, es decir, para los actos que vayan más allá de la administración y supongan una disposición o alteración de la cosa objeto de copropiedad, es precisa la unanimidad de todos los codueños, sin que pueda mantenerse la validez parcial respecto a la parte de los que han dispuesto, si ha faltado la unanimidad. Como la sociedad irregular no tiene personalidad jurídica aquí sí que será preciso el consentimiento de todos los condueños, para actos de disposición fuera del giro o tráfico ordinario.

En la comunidad de bienes los condóminos que representen la mayor suma de intereses pueden dar en arrendamiento la cosa común por un plazo no superior a seis años (cfr. art. 398 y 1548 del C.c.), sancionando con la nulidad radical aquellos contratos de arrendamiento que, bien por considerarse actos de disposición o por ser concertados por uno o varios comuneros sin contar respectivamente o con la unanimidad o con la mayoría de los demás partícipes (cfr. STS 28-03-1990, 25-09-1995 o 19-09-1997). Esta regla de administración con efectos frente a terceros en la comunidad de bienes en sentido propio, es extensible a la sociedad irregular pero sólo a efectos internos, es decir, para salvar la responsabilidad de un socio gestor para con sus consocios.

Igualmente, de manera supletoria queda el supuesto del art. 398, párrafo tercero del C.c., de modo que “*si no resultare mayoría, o el acuerdo de esta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador*”, cuestión que se dilucida a través del proceso declarativo correspondiente (STS de 10-12-1926 y de 21-05-1963).

Conflicto de intereses. La STS de 12-11-1971 excluye de la votación a efectos de mayoría (precisamente en el supuesto que contempla, contraposición de intereses entre un comunero y el resto, para prorrogarle el arrendamiento de la cosa común), al comunero que tenga un interés

propio, y además no computa su parte a efectos de determinar dicha mayoría (con ello el comunero “no mayoritario” pudo decidir).

Se desprende de dicha Sentencia el deber de abstención en las deliberaciones de aquél que entre en conflicto de intereses, tanto al efecto de cómputo del quórum como de las mayorías para la toma de acuerdos, algo totalmente imbricado en nuestro ordenamiento jurídico y, sirvan de ejemplo: El art. 144 del Código de comercio, el art. 192 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital regulador del conflicto de intereses en las Juntas de Socios la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el art. 167, 204, 226 y ss. y 224 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital. Dichos supuestos legales son taxativos conforme a Doctrina y Jurisprudencia.

Por lo que en la Sociedad irregular podremos hablar que el deber de abstención cuando hay conflicto de intereses extremos, como una cuestión de orden público, como recuerda la SAP de Cantabria, sec. 4ª, de 8-3-2005 al albur del art. 291 del C.P. que establece, precisamente, un tipo penal, que “*sanciona aquellas conductas que aun acogiendo a una mayoría lícita en la Junta de Accionistas u Órgano de Administración de la Sociedad, se imponga cualquier tipo de acuerdo abusivo para los otros socios, en perjuicio de estos y en beneficio de dicha mayoría, sin que ello aporte ningún beneficio a la sociedad*”.

Constancia en acta de los acuerdos sociales. En relación a las sociedades civiles irregulares no hay tal obligación por no imponerlo así la ley, lógica consecuencia de la falta de Juntas propiamente dichas, con lo cuál estaremos a las disposiciones generales del C.c. (art. 1278, 1279 y 1667 del C.c.).

En las sociedades mercantiles regulares, por el contrario impone el a art. 26.1 del C.d.c. la llevanza de un libro o libros de actas, en las que constarán, al menos todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, pues como dijo la ya citada STS de 25-04-1991 “*aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación*”

*de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles”.*

Impugnación de los acuerdos de la Junta General. Recordemos que estamos hablando del efecto interno, entre los socios, cara a evitar quedar obligado por el acuerdo de los consocios, no la actuación frente a terceros, que quedan, en principio protegidos por los art. 1695.1 del C.c. y 129 del C.c.). Hecha esta precisión, si bien no es precisa formalidad alguna para las tomas de decisiones, sin perjuicio de la facultad que asiste al comunero afectado de impugnar el acuerdo tanto en los casos previstos en el art. 398.3, si no resultare la mayoría o le fuese gravemente perjudicial, como cuando los condueños mayoritarios actuasen sus derechos de forma antisocial o abusiva ( art. 7 del C.c.).

Citamos en apoyo de lo dicho la SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 18-05-2005, nº con recordatorio de sus anteriores de 19-11-2004, 21-01-2002 y 24-11-2004, así como el principio de que todas las asociaciones, incluso los partidos políticos, están sometidos a control jurisdiccional, según Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– de 218/88 de 22-11-1988.

## X.- CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

Formulación de Cuentas: Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “*formular*” es “*Reducir a términos claros y precisos un mandato, una proposición, una denuncia, etc.*”, lo que en contabilidad supone, redactar, o sea expresar en los documentos contables obligatorios ocurridos en el ejercicio pasado.

En la sociedad mercantil regular dicha expresión se hace a través de la aplicación día a día la técnica contable a los hechos, actos o negocios jurídicos de la sociedad (las operaciones de que habla el art. 25 del C.d.c.) y, al cierre del ejercicio, efectuar ciertos movimientos contables comple-

mentarios, lo cuál se refleja en las Cuentas Anuales obligatorias, (Memoria cuenta de Pérdidas y Ganancias, Estados de Patrimonio Neto y Balance. Todo ello es extrapolable a la sociedad mercantil irregular pues, como ya hemos repetido, "aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles" (STS de 25-04-1991).

En la sociedad civil irregular: Cada comunero o socio está obligado a rendir cuentas, no como obligación nacida de su condición de socio, sino en cuanto, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1695 del C.c. (STS de 20-12-1968), sin que pueda admitirse discrepancias respecto a la necesidad de rendirse cuentas recíprocas (STS de 24-7-1993), obligación que surge del propio contrato de sociedad, sin tener que acudir a la regulación del mandato, para imponer al administrador de una sociedad la obligación de rendir cuenta a los demás socios de la referida administración (STS, Sala 1ª, de 12-3-1994), obligación inherente al concepto del art. 1665 del C.c., de aportación de bienes o industria para un mismo fin negocial (STS de 14-07-2006) y de la que sólo cabe eximirse por imposibilidad física o jurídica conforme al art. 1184 del C.c. (STS, Sala 1ª, de 12-03-1994). Esta misma Sentencia afirma que este interés puede satisfacerse razonablemente exhibiendo la documentación contable de la empresa, así como otros datos de diferente orden que permitan conocer aquéllos extremos.

De ahí que el art. 256.1.4 de la LEC, como ya hemos visto legitime para pedir diligencias preliminares a todo socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder. La legitimación es la misma en el juicio declarativo correspondiente, acción sujeta a los plazos ordinarios de prescripción civil y mercantil, sin que sea dable el de seis años de obligación de conservar los antecedentes contables (STS de 22-05-2008).

Cuentas anuales: La Sociedad mercantil irregular, como hemos visto habrá de llevar los Libros de Diario, Inventario y Actas (art. 25 y 26 del C.d.c.) pues *aunque no conste que la sociedad se constituyó en forma mercantil, es evidente, por su funcionamiento y participación de los socios en la gestión y en los beneficios y responsabilidades, que se trate de una sociedad que tenga por objeto realizar actos de comercio, el contrato de constitución y la sociedad, esté sujeta a las prescripciones mercantiles* (STS de 25-04-1991).

En cuanto a la Sociedad civil irregular a la luz de las obligaciones formales de los contribuyentes impuestos en los art. 104 y ss. de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuyo art. 5 incluye un muy amplio concepto de empresario o profesional que incluye a "*Quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo*".

Los art. 164 y ss. de dicha Ley del IVA no sólo obliga a presentar declaraciones relativas al comienzo, modificación y cese de las actividades de estas entidades que sí lo son a efectos tributarios como hemos comentado (cfr. art. 35.4 Ley General Tributaria), solicitar de la Administración fiscal el número de identificación fiscal y comunicarlo y acreditarlo en los supuestos que se establezcan y, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio y demás normas contables, llevar la contabilidad y los registros que establecen las normas fiscales, particularmente, conforme al art. 62 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, Libro registro de facturas expedidas, Libro registro de facturas recibidas, Libro registro de bienes de inversión y Libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias.

Aplicación de resultado. Tanto la sociedad irregular civil como la mercantil prohíben los pactos leoninos y por tanto dice el art. 1691 del C.c. que es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas.

El principio general (art. 1689 del C.c. y 140 del C.d.c.) es que las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado y, en defecto del mismo, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas debe ser proporcionada a lo que haya aportado.

Por lo demás (art. 1695.2 del C.c.) cada socio, a falta de pacto, podrá aplicarse el resultado y coger su parte en las, con tal que no lo haga contra el interés de la sociedad, o de tal modo que impida el uso a que tienen derecho sus compañeros (véase art. 394 del C.c.).

## XI.- FISCALIDAD DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

El acontecimiento de los hechos jurídicos, actos jurídicos y negocios jurídicos son los presupuestos establecidos por la normativa fiscal para el devengo o nacimiento de los tributos. Queremos decir que cualquier decisión acerca del nacimiento, vida y muerte de la sociedad irregular va a tener una consecuencia de carácter fiscal –sea la no sujeción a tributo alguno, sea la exención, sea la tributación, sean obligaciones formales. Vamos a dar unas pinceladas de las situaciones más importantes por ser las más frecuentes.

Tributación directa:

Constitución y extinción del régimen: (art. 33 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –IRPF–): Las aportaciones de bienes y derechos a la sociedad supone una alteración del contenido patrimonial del aportante (art. 33.1 de la Ley del IRPF) pues la sociedad, irregular o no, es sujeto tributario (art. 35 de la Ley General Tributaria).

Con carácter general, el ejercicio de la acción de división no implica a efectos fiscales una alteración en la composición del patrimonio, ya que únicamente se especifica la participación indivisa que correspondía a cada uno de los copropietarios, y a efectos de futuras transmisiones, la fecha

de adquisición no es la de la adjudicación de los bienes a los comuneros, sino la originaria de adquisición de los mismos, sin perjuicio de las especialidades previstas en la normativa del Impuesto en relación con los bienes afectos. Ahora bien, para que opere lo previsto en este precepto, es preciso que las adjudicaciones que se lleven a cabo al deshacerse la indivisión, correspondan con la cuota de titularidad, ya que, en caso contrario, al producirse un exceso de adjudicación, se produciría una ganancia patrimonial. Del mismo modo, se producirá una ganancia patrimonial si al hacer la división de un bien en común, se acuerda adjudicarlo a una de las partes compensado en metálico a la otra. Así ocurre en el caso objeto de consulta, donde a uno de los matrimonios comuneros se le adjudica un inmueble que supera su cuota de titularidad y compensa al otro matrimonio por este exceso de adjudicación.

Vigencia del régimen: En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las comunidades de bienes, sociedades civiles y demás entidades a las que se refiere el art. 35 de la Ley General Tributaria no constituyen contribuyentes del Impuesto sino que se configuran como una agrupación de los mismos que se atribuyen las rentas generadas en la entidad, tal como establece el art. 6 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –IS–.

Las rentas atribuidas tendrán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan para cada uno de los socios, herederos, comuneros o partícipes. El art. 27.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece que “*Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabri-*

*cación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas”.*

Lo anterior supone que en el supuesto de una sociedad civil que desarrolle una actividad económica (empresarial, profesional o artística) los rendimientos atribuidos mantendrán ese mismo carácter de rendimientos de actividades económicas.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 30 de la Ley del IS, el rendimiento neto de las actividades económicas se determinará según las normas del Impuesto sobre Sociedades, con matices, de modo que la base imponible del impuesto se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.

Impuesto sobre Actividades Económicas: Como resulta de los art. 79.1 y 80.1 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, así como de la Regla 3<sup>a</sup>.1 de la Instrucción, aprobada junto con las Tarifas del Impuesto por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, constituye el hecho imponible del Impuesto sobre Actividades Económicas el mero ejercicio en territorio nacional de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen y no especificadas en las Tarifas del Impuesto; a tal efecto se considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico, cuando suponga ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En consecuencia, para que una actividad sea considerada como económica y, por tanto, su ejercicio constitutivo del hecho imponible del tributo en estudio se requiere:

#### Tributación indirecta:

Impuesto sobre el Valor Añadido: El apartado tres del art. 84 de la mencionada Ley 37/1992, de 28 de diciembre reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) considera sujetos pasivos del Impuesto a “*las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, cuando realicen operaciones sujetas al Impuesto*”. Por lo tanto por sus operaciones sujetas y no exentas del IVA deberán repercutir a sus clientes la correspondiente cuota de este impuesto.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados y Operaciones Societarias – ITPyAJD- (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados). En la constitución y la disolución quedan sujetas como operación societaria, siendo sujeto pasivo en el primer caso la propia entidad y en el segundo sus partícipes.

#### XII.- DISOLUCIÓN, SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS

Naturaleza Jurídica de la disolución: Conforme a la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 después de expresar que hay dos alternativas “*ya se entienda el proceso de liquidación como subsistencia transformada de la misma sociedad ya se piense que se produce la extinción social por venir a menos del vínculo, como ocurre en las llamadas sociedades internas*”, opta por la de la subsistencia de la sociedad, de modo que “*la disolución daría paso a una fase de liquidación con subsistencia de la sociedad, transformado su objeto precisamente en el fin de liquidar y genera*”.

La subsistencia entre los socios de una mera situación de comunidad, cuya división procederá por las reglas de la división de la herencia (art. 1708 CC). Por eso se ha dicho con justeza que una vez terminada la sociedad sobreviene una situación de comunidad regida por sus normas

específicas, que recae sobre el patrimonio que reste a la paralización de la actividad social.

Los medios patrimoniales afectos a la consecución del fin social pierden su destinación una vez que el fin común desaparece o deja de ser perseguido, con lo que falta la causa que justifica el especial estado en que el patrimonio común se encuentra mientras dura la sociedad, que es lo que vendría a decir el art. 1708 CC, como, por otra parte, ha dicho la jurisprudencia de la misma Sala en STS de 14-11-1997, o de 31-07-1997.

La liquidación se ha de llevar a efecto conforme a las reglas de la partición de herencia a que remite el art. 1708 del C.c.

Decae el derecho al reparto de beneficios, que se sustituye por el derecho a la cuota de liquidación, que mantiene lo que se ha denominado una relación de tensión frente a los intereses de terceros acreedores, puesto que no cabe el reparto del haber sin haber satisfecho o garantizado el derecho de los acreedores.

Causas de disolución: Señala la STS de 26-09-2008 que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar el carácter no taxativo de las causas previstas en el art. 1700 del C.c. y la imposibilidad de desconocer el mutuo disenso como causa general de extinción de los contratos. La STS de 14-12-2006 afirma que "*la enumeración de causas de disolución que contiene el art. 1.700 del C.c. no es cerrada, sino que debe ser integrada con otras de indudable efecto disolutorio por su aptitud para abrir la fase de liquidación, como es, dada la naturaleza contractual de la sociedad, el mutuo disenso o acuerdo de quienes celebraron el contrato de extinguir la relación jurídica nacida de él*".

En cuanto a las causas de los art. 39 y 1700 del C.c. y 222 del C.d.c. concluimos que son:

Cuando expira el término por que fue constituida. Conforme al art. 1680 del C.c. "*La sociedad dura por el tiempo convenido; a falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada; y en cualquier*

otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el art. 1.700 y lo dispuesto en el art. 1.704”. Es decir salvo prórroga (art. 1702 y 1703 del C.c.), renuncia (art. 1704) y por las causas del art. 1700 del C.c., que estamos viendo

La muerte de uno de los socios, si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la sociedad los herederos del socio difunto, o de subsistir ésta entre los socios sobrevivientes. Pero (art. 1704 de C.c.) es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan. En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día. Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de la facultad de desistir.

La incapacitación o la inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes. Aparte la incapacitación estricto sensu (cfr. art. 199 y ss. del C.c.) y la declaración de prodigalidad (art. 294 y ss. del C.c.), cabe recordar que la apertura de la fase de liquidación en el Concurso de acreedores de la sociedad (art. 145.3 de la Ley Concursal) o de cualquiera de los socios colectivos determina la disolución de la sociedad (art. 222.3 del C.d.c.)

Cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto. La STS de 26-2-1990 implícitamente admite las causa de extinción de la persona jurídica previstas en el art. 39 del C.c. a la sociedad irregular, o sea: “Si a) por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o b) por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o c) por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, d) dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado...”.

En cuanto a la pérdida de la cosa véase el art. 1701 del C.c.

A propósito del bloqueo societario como causa de disolución, sirvan como ejemplo la STS, Sala 1ª, de 25-07-1995, que ha declarado que en una sociedad de responsabilidad limitada, integrada sólo por dos socios con igual participación, puede concederse la disolución pedida por uno sólo de los socios con la oposición del otro, por cuanto en encontradas posturas no podría adoptarse ninguna decisión o, a propósito de la Propiedad Horizontal, forma embrionaria asociativa. Igualmente la STS, Sala 1ª, de 19-12-2008: “*En el caso, estamos ante una situación singular, en atención a que la finca tiene únicamente dos comuneros, de manera que, aunque no se ha celebrado Junta de Propietarios, está constatada en autos la negativa del demandado a autorizar la división, circunstancia que se ha ratificado en el proceso, de modo que tal actitud ha de apreciarse como sustitutivo del acuerdo de la Junta, sin necesidad de la celebración de la misma*”.

Por la voluntad de cualquiera de los socios (Separación):

Fundamento: Conforme a la STS de 15-10-1974 el derecho establecido de todo socio de desistir del contrato social tiene su razón de ser, en que una responsabilidad ilimitada en relación con las deudas sociales, no puede imponerse a perpetuidad. Por su parte, la STS de 16-06-1995 entiende que, como todo contrato, “*intuitu personae*”, permite a los socios disolverla cualquier que sea la razón del desistimiento y cita las STS de 17-01-1993 y 6-03-1992). Ello implica la completa desaparición de la voluntad de seguir asociado, conocida como “*affectio societatis*” o equivalente a la fiducia necesaria para el correcto funcionamiento de este tipo de sociedades de carácter eminentemente personalista. En idéntico sentido la STS de 06-10-1990.

Naturaleza: Conforme a la citada STS de 06-10-1990 no es un caso de resolución contractual en sentido estricto (art. 1.124 del C.c.), al tratarse de un contrato complejo, regido por normas específicas (íd. art. 1700.4 del C.c.). Consecuencia de lo cuál, concluimos nosotros, no procede la liquidación conforme a las reglas de los art. 1295 y 1303 del C.c.

(devolución de las cosas que hubieran sido objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses), sino a la apertura de la fase de liquidación, que luego veremos.

Clases: Conforme a la STS de 4-06-2001 y STS de 04-06-2001, cabe hablar de:

Denuncia ordinaria o libre, cuando la sociedad no está sujeta tiempo determinado el efecto de la renuncia. Según entiende la doctrina científica (ROCA SASTRE), es parecida a la revocación del mandato por parte del mandante, pues en ambos casos se trata de contratos que exigen o requieren que perdure la confianza con que procedieron las partes al contratar. Sus características son: a) es preciso se ponga en conocimiento de los otros socios (art. 1700.4 y 1705 del C.c.), pero no es preciso b) buena fe en la renuncia (STS de 27-01-1997) pues se basa “*en la conveniencia de prevenir los desacuerdos entre los socios que haría la vida social insostenible*” como, incluso, bloqueada al impedir las desavenencias la obtención de acuerdos entre los dos socios componentes por lo que la denuncia al contrato de mala fe que tratándose de sociedades indefinidas da lugar a la indemnización (art. 1.705 del C.c.), c) no hay necesidad de justificación, siendo por ello inoperante toda la prueba practicada para justificar o contrarrestar la pérdida de confianza entre los socios (STS de 24-2-1973) y d) las limitaciones a la facultad de renuncia (cfr. art. 1700.4, 1705, 1706 del C.c. y 224 y 225 del C.d.c.) han de interpretarse restrictivamente (STS de 10-11-1995 y 27-01-1997) pues el legislador pretende impedir un posible abuso en nombre del interés social, y evitar que quede en manos de cualquiera de ellos el modo de disolverla sin otra regla que su voluntad, bien si carece de razón o ya si atiende a causar perjuicio a las otras partes (STS de 20-06-1959 y 17-05-1973).

Denuncia extraordinaria, para cuando existe dicho tiempo pero concurre un justo motivo (cfr. art. 1707 del C.c. y STS de 18-10-2010) como “*el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los Tribunales*”. Ello es

lógico pues (art. 131 del C.d.c. y 1692 del C.c.), como hemos visto, habiendo socios especialmente encargados de la administración, los demás no podrán contrariar ni entorpecer las gestiones de aquéllos ni impedir sus efectos y, asimismo, hemos estudiado la posibilidad de nombrar un coadministrador o revocar su mandato por causa grave en las sociedades irregulares mercantiles y civiles, respectivamente.

La referida STS de 18-10-2010 abandona definitivamente la asimilación que la Jurisprudencia de finales de la década de los 70 y comienzos de la los 80 hizo entre esta figura de “denuncia extraordinaria o causal del contrato de sociedad” y la resolución por incumplimiento (art. 1124 del C.c.) pues su presupuesto, aparte de haberse pactado un plazo determinado de vigencia del contrato social es que “concurra un justo motivo a criterio de los Tribunales, no necesariamente consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales”. Ello es coherente con la citada STS de 06-10-1990 para la que la separación no es un caso de resolución contractual en sentido estricto y por ello procede la liquidación con arreglo a las normas de la herencia, solución ya avanzada por las STS de 3-11-1980 y de 12-05-1981.

Requisitos: Dispone el art. 1705 II del C.c. que “Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios”. Dicha comunicación puede hacerse judicial o extrajudicialmente (STS de 7-03-1964) e incluso mediante demanda reconvenicional (STS de 4-06-2001), que permitió a los socios tomar cabal conocimiento de la voluntad exteriorizada por los denunciantes, y poder oponerse por las causas que permite la ley, tal y como hicieron en trámite de contestación a la reconvenición. Conforme al art. 1706 del c.c. “Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso el renunciante no se libra para con sus socios, y éstos tienen facultad para excluirle de la sociedad” y “Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes”.

Acuerdo de disolución: Amén del expreso, sea de uno sólo de los socios o de varios, la STS, Sala 1ª, de 14-9-2006 admite que la disolución puede ser de hecho, o sea, por voluntad tácita de los socios. Igualmente la STS de 25-10-1999 en un supuesto que trataba también sobre extinción de una sociedad civil declaró que "*este abandono fáctico, y consentido, por las partes contractuales, y sus manifestaciones, revelan la existencia de un supuesto de mutuo disenso que, aunque no previsto en el art. 1.156 del C.c., se admite por la Jurisprudencia (STS de 5-12-1940, 13-02-1965, 11-02-1982, 30-05-1984, entre otras)*". Se trata de una hipótesis de extinción o resolución contractual por retractación bilateral "*«contrarius consensus» o «contrarius voluntas» que determina una ineficacia sobrevenida por causa sobrevenida, y que se puede manifestar de forma conjunta (pacto), o por concurrencia de disentimientos unilaterales derivados de manifestaciones explícitas o de hechos de significación inequívoca*". Su consecuencia es que ha de situarse la liquidación y su valoración en el momento de la renuncia a la sociedad con la denuncia (STS de 6-11-1995 y las que luego veremos) y cuando se puso efectivamente fin a la relación societaria.

Exclusión de socios: La exclusión no es más que la disolución parcial de la compañía impuesta a uno de los socios por alguno o todos los demás, que da lugar a que se liquide su parte correspondiente (art. 220 del C.d.c. y 1704 del C.c., por analogía), cuando aquél incurra en las causas del art. 218 del C.d.c. o 1706 del C.c. Es un remedio excepcional pues ya el art. 1705 del C.c. prevé un amplio campo a la renuncia voluntaria a seguir en la compañía.

El fundamento de todos estos supuestos es la deslealtad o carácter abusivo o desconsideración a la sociedad, sin más razón o ánimo que perjudicar los intereses de la misma, pretendiendo con ello un lucro particular que el socio expulsado no hubiera obtenido de seguir subsistiendo la relación, pero en el sentido, dice la STS de 21-02-2007 interpretando el art. 1.705 CC. y el art. 224 del C.d.c., dado el término "*particular*", que califica el sustantivo "*lucro*" de que no basta la presencia de un lucro normal, el puramente crematístico o de ganancia, en punto a caracterizar la

buena o mala fe a los efectos de la facultad de disolver la sociedad, que es, por lo demás, consustancial a la existencia de ésta, en la medida en que constituye su propia finalidad, sino el que es revelador del propósito de apropiarse para sí solo del provecho que debía ser común (art. 1.706 del C.c. y **STS de 31-05-1993**).

### XIII.- LIQUIDACIÓN

Período de liquidación: Ya hemos visto que conforme a la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 la fase de liquidación mantiene la subsistencia de la sociedad, transformado su objeto precisamente en el fin de liquidar y genera la subsistencia entre los socios de una mera situación de comunidad.

Nombramiento de liquidadores: En este punto debemos distinguir entre la sociedad mercantil irregular y la sociedad civil irregular.

Conforme al art. 229 del C.c. la liquidación de la primera debe practicarse por un liquidador (SAP de Barcelona, Sec. 16ª, de 17-03-2010). Por lo demás (STS de 21-03-1998) procede aplicar el art. 227 y, en general, lo establecido en el contrato, después las normas del Código de Comercio y, finalmente, las establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes y partición de la herencia.

En cuanto a la sociedad civil irregular (art. 1708 del C.c.) la partición entre socios se rige por las reglas de la de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan.

Ello ha de ponerse en relación con el procedimiento de división judicial de herencias (de patrimonios) regulado en los art. 782 y ss, de la LEC, el cuál es aplicable sólo en defecto de comisario o contador-partidor (léase liquidador) designado por acuerdo entre los coherederos (léase socios) o designado por resolución judicial (caso de bloqueo del “*órgano*” deliberativo o nombramiento de liquidador dativo). Como veremos la diferencia práctica con la sociedad civil no es tal pues el art. 229 del C.d.c. instituye

liquidador al antiguo administrador sólo por acuerdo unánime (si quiera tácito, pues ningún socio se opone a tal cambio de cargo y permanencia de persona). A falta de tal acuerdo de permanencia, nuevamente será necesaria Junta de socios, la cuál, a falta de pacto que establezca alguna mayoría concreta, precisará unanimidad para decidir “*así en cuanto al nombramiento de liquidadores de dentro o fuera de la sociedad, como en lo relativo a la forma y trámites de la liquidación y a la administración del caudal común*”.

Y en esto es sensiblemente similar a la mayoría que para la Junta de Herederos (léase socios) para el nombramiento de contador-partidor (léase liquidador) judicial establece el art. 783 de la LEC, unanimidad y, en el fondo, da la misma solución que el art. 337.2 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital que permite que cuando la Junta de Sociedad Mercantil convocada al efecto no proceda al nombramiento de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar su designación al Juez de Primera Instancia del domicilio social.

Es decir, que en la sociedad mercantil irregular, una vez salvado el trámite de celebrar una Junta para el nombramiento de liquidadores, tendremos las mismas opciones de liquidación que en la sociedad civil irregular, es decir, que en la herencia, a saber:

Voluntariamente por acuerdo entre los socios y/o sus causahabientes (cfr. art. 1058 del C.c.

Contador-Partidor (liquidador) Dativo: A tenor de los art. 1057 del C.c., art. 782.1 de la LEC y Libro III de la LEC de 1881 y STS, Sala 1<sup>a</sup>, de 13-05-1975, son actos de jurisdicción voluntaria como no solamente los específicamente expresados en el mismo, sino, conforme (art. 1.811 de la LEC de 1881), “*todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas*”. Cuando cualquier norma de derecho material, exija o autorice a solicitar la intervención judicial para que se declare, instituya, modifique o extinga determinada situación o modificación jurídica, que no provoque pretensión procesal contenciosa frente

a parte conocida o determinada, habrá de calificarse de “*acto de jurisdicción voluntaria*” sujeto a las normas de carácter general que en dicho Libro se establecen, conjugadas con las que especifique y exija la norma material que reclama, o autoriza a solicitar, aquella intervención judicial (STS, Sala 1ª, de 24-10-1975).

La partición del liquidador así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los socios. Respecto de la aprobación de los socios, llegamos al mismo punto de acuerdo unánime. La Resolución aprobatoria en defecto de tal acuerdo es un Auto, no es Sentencia, la cuál no produce efectos de cosa juzgada propiamente ni de “*cosa juzgada atenuada*” del art. 222.4 de la LEC pero es título inscribible y su impugnación deberá llevarse por los trámites del juicio declarativo que corresponda (cfr. art. 5 de la LEC).

Judicialmente: Art. 782 y ss. de la LEC. No corresponde aquí un estudio procesal en profundidad sobre la cuestión, baste reseñar sus hitos más significativos, que son:

Como medidas cautelares el inventario de bienes y la intervención del caudal.

Los acreedores no son citados a la división y liquidación del caudal pero pueden concurrir a su costa para evitar se haga en fraude de sus derechos.

Las operaciones divisorias son el inventario y avalúo, liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes. Luego lo vemos más en detalle.

Dichas operaciones se plasman en un cuaderno particional, el cuál, si no es impugnado en tiempo y forma, se aprueba por Decreto del Secretario Judicial, que no es título ejecutivo ni causa cosa juzgada, pero sí es título para la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero (art. 788 de la LEC) y causa acto propio de las partes. Caso de oposición de los interesados, el proceso termina en Sentencia, que no produce efectos

de cosa Juzgada pero, desde luego, ni es la “*cosa juzgada atenuada*”, precedente necesario del art. 222.4 de la LEC (art. 787 de la LEC).

Aprobadas definitivamente las particiones, el Secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos por el actuario notas expresivas de la adjudicación (art. 788 de la LEC).

También cabe la terminación del procedimiento por acuerdo de todos los interesados.

Liquidación en el Procedimiento Concursal: Ya hemos visto que la sociedad mercantil irregular puede ser declarada en concurso, al igual que la sociedad civil regular. La sociedad civil irregular no puede ser objeto de declaración de concurso pero sí pedirse la de sus integrantes. La liquidación en sede concursal, en todos los casos, se rige por los art. 142 a 162 de la Ley Concursal.

Duración del cargo: Salvo disposición contraria de los estatutos o el título de su nombramiento, los liquidadores ejercerán su cargo por tiempo indefinido. Y ello tanto porque ni el C.c. ni el C.d.c. establecen limitación al efecto, como por analogía con el art. 378 del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital.

Poder de representación: Entendemos aplicables lo que hemos visto sobre los administradores. Y a éstos se les aplicarán las correcciones inevitables propias de los liquidadores, particularmente que (cfr. art. 228 del C.d.c.) que, desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo y a realizar las operaciones pendientes.

Separación de los liquidadores: Procede idéntica remisión a lo visto respecto de los Administradores de sociedades irregulares.

Régimen jurídico de los liquidadores: Serán de aplicación a los liquidadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a las especificidades de la liquidación.

Las cuentas durante la liquidación: Nos remitimos a lo visto anteriormente sobre cuentas.

Operaciones de liquidación: Tanto por la reiterada obligación de la sociedad mercantil irregular de sujetarse a la normativa mercantil (STS de 25-04-1991) es decir lo mandado por los art. 230 del C.d.c. y 383 y ss. del T.R. de la Ley de Sociedades de Capital, como de la lógica, parece que el liquidador de una sociedad irregular debe hacer lo mismo que en la regular: a. Velar por la integridad del patrimonio social y llevar la contabilidad de la sociedad. b. Concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad. c. Percibir los créditos y pagar las deudas sociales. d. Enajenar los bienes sociales. e. Comparecer en juicio y concertar transacciones y arbitrajes, cuando así convenga al interés social, f. Satisfacer a los socios la cuota resultante de la liquidación y g. elaborar un Balance final de liquidación, un informe completo las operaciones de liquidación y un proyecto de división entre los socios del activo resultante.

Cuota de liquidación: La valoración del activo y del pasivo según la doctrina jurisprudencial (STS de 31-07-1997, 16-06-1995, 30-06-1987, 12-03-1994 y de 6-11-1995) ha de hacerse en el momento de la disolución. Ello es coherente con lo dispuesto en el art. 1704 del C.c. (“...el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día”) pero excepciona la remisión general a la partición de las herencias (cfr. art. 1708 del C.c.) cuya regla general es la contraria (cfr. art. 1045 y 1074 del C.c.), que ha de estarse al tiempo de efectuarse la propia partición.

La regla general de la liquidación, es a proporción o prorrata del interés o valor de las cosas aportadas (cfr. art. 393, 1061, 1071, 1074, 1085, 1689 del C.c. y 140 y 141 del C.d.c.). No obstante hay algunas Reglas especiales:

Al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados, sino sólo sus frutos y los beneficios, a no haberse pactado expresamente lo contrario (art. 1708 del C.c.). Sólo dicho socio industrial puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas (cfr. art. 1691 del C.c.), norma obviamente a efectos internos, pues no perjudica a los terceros relacionados con la sociedad irregular.

En la separación por causa de muerte de un socio, su heredero tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día (art. 1704 del C.c.).

La compañía deberá abonar a los socios los gastos que hicieren e indemnizarles de los perjuicios que experimentaren (art. 139, 142 y 236 del C.d.c. y 1688 y 1695.3ª del C.c.).

El daño que sobreviniere a los intereses de la compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante en la obligación de indemnizarlo (art. 144 del C.d.c. y 1686 del C.c.).

Pago de la cuota de liquidación: Los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos. Ello se deduce del principio "*antes es pagar que heredar*" de los art. 403, 405, 1082, 1401 y 1699 del C.c., 174 y 235 del C.d.c. y 796.3 de la LEC. En fin, específicamente para la sociedad irregular, la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 declara que no cabe el reparto del haber sin haber satisfecho o garantizado el derecho de los acreedores.

Activo y pasivo sobrevenidos: No tiene mucho sentido transcribir este precepto típico de las sociedades de responsabilidad limitada, máxime cuando la ocultación de su existencia es lo propio, y por lo tanto los terceros desconocen si existe todavía o no, salvo a efectos didácticos. Y ello por la responsabilidad solidaria de sus miembros antes y después de su existencia que se deduce a) de la Jurisprudencia que establece su solidaridad, arriba vista, b) los art. 405 del C.c. (“*La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad*”), 1699 (“*Los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social*”) y 1085 (“*El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional...*”).