

## 2. Sociedad civil irregular (\*)

SENTENCIAS 12 Y 28 JUNIO 1950

### DOCTRINA LEGAL

Sentencia 12-VI-1950: *Aunque los artículos 1.667 y 1.668 del Código civil exigen terminantemente la escritura y en inventario de los inmuebles, bajo sanción de nulidad del contrato, para que se pueda constituir la sociedad civil cuando a ella se aporten bienes de aquella clase, estos preceptos substantivos, subordinados al fundamental principio acogido por el artículo 1.278 del mismo cuerpo legal, no privan de eficacia para los contratantes a los contratos que celebrados válidamente conforme al mismo les obligan, aunque con relación a terceros, por incumplimiento de los expresados requisitos, la sociedad de hecho carezca de existencia jurídica y de efectos.*

Sentencia 28-VI-1950: *El artículo 1.668, subordinado a la genérica disposición del 1.278, no priva de eficacia para los contratantes a los contratos en los que se haya cumplido el requisito que exige, aunque la sociedad de hecho sin él constituida carezca de existencia jurídica y de efectos, con relación a terceros.*

### COMENTARIO

1. En las dos sentencias se contempla el supuesto de una sociedad en cuya constitución se incumplieron las formalidades legales, y se le llama «sociedad de hecho», afirmandose que produce efectos entre los socios aunque carezca de eficacia en relación a terceros.

No queda agotado en esta escueta fórmula el régimen al que la llamada sociedad de hecho debe quedar sometida; ni siquiera puede afirmarse que tal fórmula ha de aplicarse en todo su extremismo.

Los problemas fundamentales que esas sociedades plantean, hacen necesario precisar más su regulación.

Es nuestro propósito sentar las bases que reputamos esenciales, respecto al régimen de tales sociedades. Para ello hemos de servirnos de los no muy abundantes materiales que estas dos sentencias, junto con algunas otras, proporcionan, cubriendo las faltas con una elaboración dogmática que nos obligará a depurar diferentes teorías, a fin de escoger, dentro del pensamiento de los autores, aquello que consideramos más sólido y adecuado a nuestro Ordenamiento civil.

Hay que advertir que la doctrina ha elaborado la figura de la sociedad irregular, dentro del ámbito mercantil. Al aplicar los principios doctrinales mantenidos en referencia a aquellas sociedades a la sociedad civil irregular, no pueden olvidarse las diferencias que el régimen de las sociedades presenta en uno y otro Ordenamiento, sino que tendrán que ser tomadas muy en cuenta para precisar si lo que respecto a la primera de ellas se sustenta tendrá o no validez para la otra.

(\*) El resumen de los Antecedentes y Motivos del recurso, junto con los Considerandos de ambas Sentencias, pueden verse en este ANUARIO.

2. El primer interrogante que nos aparece es el determinar si la denominación de «sociedad de hecho» que el Supremo usa es apropiada. Y la respuesta debe ser, a nuestro juicio, negativa.

La sociedad en la que no se cumplieron algunas de las formalidades prescritas por la Ley para su constitución, debe llamarse irregular. Fué la doctrina francesa quien popularizó la designación «sociedad de hecho». Pero la dogmática moderna, de modo especial la italiana, rechaza esa terminología. Y puede decirse que hoy ya no puede llamarse sociedad de hecho a la irregular sin sembrar confusiones.

La terminología ha quedado precisada en este último cuarto de siglo por obra de la doctrina italiana (1). Los autores han expuesto—a veces, con exagero—las diferencias que separan las sociedades de hecho de las irregulares. Advierten unos que sociedad de hecho viene a significar que tal sociedad no produce efectos jurídicos (2). Otros llegan a afirmar que la fórmula «sociedad de hecho» resulta, por demás, desafortunada, porque hace pensar en la creación de una sociedad por medio de un hecho involuntario (3). Pero, dejando aparte las críticas más extremas, ha quedado sentada como clara diferencia entre uno y otro tipo de sociedad la siguiente: existe sociedad irregular cuando habiendo acto constitutivo no se cumplieron todas las formalidades prescritas en la Ley para la constitución; por el contrario, en la sociedad de hecho no llegó a haber acto constitutivo (4).

El Tribunal Supremo español, tal vez por influencia de la dogmática francesa, que tuvo acogida en algunos mercantilistas de nuestra Patria, acepta la equiparación entre sociedad de hecho e irregular, y si bien en las sentencias que comentamos apenas habla de sociedades de hecho; en otras emplea, indis-

---

(1) Párecenos que fué ZOLA (*La società di fatto*, Turín, 1929, pág. 6) el último autor que admitió en Italia la equiparación entre sociedad de hecho e irregular. Antes de él, BONELLI (*Sulla teorica delle società irregolari*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 1906, I, páginas 9-59 y 112-166, concretamente, pág. 10), usando como norma general el término «irregular», no dejó de emplear alguna vez con el mismo sentido el de «sociedad de hecho». Y VIVANTE (*Tratato di Diritto Commerciale*, vol. II, 5.ª ed., Milán, 1923, págs. 50-80, concretamente, pág. 50) admitía la designación «sociedad de hecho», si bien haciendo constar que era mucho más apropiada la de «sociedad irregular». Pero en conjunto, la doctrina italiana—que ha sido la que con más detenimiento se ocupó del tema—ha negado constantemente tal equiparación.

Tradicionalmente, la doctrina francesa vino llamando sociedad de hecho a la irregular, sin incluir dentro de este concepto a aquella sociedad que con todo rigor debiera llamarse «de hecho». (Vid., por todos, HENARD: *Théorie et pratique des nullités de sociétés de fait*, París, 1906.) Pero modernamente se ha extendido ya el concepto, incluyendo dentro de él no sólo la sociedad irregular, sino también la verdadera sociedad de hecho, en la que no existe acto constitutivo. (Cfr. PLANIOL: *Traité Élémentaire de Droit civil*, 3.ª ed., tomo X, París, 1949, págs. 931-932.)

En Portugal la equiparación entre sociedad de hecho e irregular es frecuente en la doctrina. Vid., por todos, PÍSTO COELHO: *O problema das sociedades irregulares*, en «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», IV, 1947, págs. 100 y sigs.

(2) Así, DOMINICO: *Il problema delle società irregolari nel Diritto positivo e nella prossima codificazione*, Roma, 1929, pág. 37.

(3) Por ejemplo, MANARA: *Società commerciali*, Turín, 1904, vol. II, pág. 361.

(4) Cfr. DE GREGORIO: *La società irregolari ed i creditori sociali*, en «Foro italiano», volumen LIX, 1934, págs. 226-236, concretamente pág. 229; SALANDRA: *La società irregolari nel Diritto vigente*, 2.ª ed., Roma, 1935, pág. 15; etc.

tintamente, las dos expresiones e, incluso, en alguna habla tan sólo de sociedad irregular (5).

En cambio, los mercantilistas españoles contemporáneos llaman irregulares a estas sociedades, descartando—bien expresamente, o bien sin mencionarla—la designación «sociedad de hecho» (6).

Así, pues, consideramos que se debe reservar la denominación de sociedad irregular para aquella en la que, existiendo un contrato creador, no se observaron todas las formalidades legales necesarias para su constitución. Y se reservará el nombre de sociedad de hecho para aquella en que no existe convenio entre los socios, sino que, simplemente, se reúnen en vista de un fin común sin necesidad de más requisitos. Como dicen los autores alemanes, existen en este tipo de sociedad una serie de declaraciones paralelas que no llegan a encontrarse en un punto para formar un ente jurídico diferente de la suma de personas que lo integran (7). La terminología que Rubino propone para designar las llamadas asociaciones de hecho nos parece que es también adecuada para las sociedades de esta clase: sociedad no reconocida (8). No cabe pensar, como afirmó algún autor (9), que la diferencia entre la sociedad de hecho y la regular ha de encontrarse en el fin: moral en la primera y de lucro en la segunda; no cabe desconocer que la sociedad de hecho puede perseguir un fin de lucro, y la regular, a su vez, un fin moral (10). Frente a la sociedad, regularmente constituida, la de hecho y la irregular aparecen diferenciadas, atendiendo al acto constitutivo que en la primera de estas dos falta y en la segunda existe, si bien no se observaron al crearlo las prescripciones formales exigidas por la Ley.

Queda así sentado el criterio terminológico que parece más correcto: él obliga a llamar sociedad irregular a aquella que el Supremo conoce también con el nombre de sociedad de hecho.

Percorrida esta etapa, podemos dar ya un paso más para precisar cuándo estas sociedades surgen y así poder, después, determinar cuál debe ser su regulación.

3. El caso típico de irregularidad lo constituye la sociedad en cuya constitución no se observaron las formalidades que la Ley prescribe para ese acto.

En la sociedad civil, el Código sólo exige formalidades cuando se aportan bienes inmuebles o derechos reales. En esa hipótesis, el artículo 1.667

(5) Hablan de sociedad de hecho o irregular las Sentencias de 15 octubre 1940 y 16 abril 1942; simplemente de sociedad irregular, la de 3 enero 1906.

(6) Cfr. URANDE: *Sociedades mercantiles irregulares en el Derecho español*, en «Revista de Derecho Privado», 1944, págs. 123-136; POLO: *Sociedades mercantiles* (comentario a la Sentencia de 14 de febrero de 1945), en «Revista de Derecho Privado», 1945, págs. 327-333; GIRÓN: *Sociedades civiles y sociedades mercantiles*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1946, página 352, y 1947, págs. 56 y sigs.; GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, tomo I, volumen I, Madrid, 1947, págs. 451-456; LANGLE: *La compañía mercantil irregular*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1950, págs. 7-31; etc.

(7) KUNTZE: *Festschrift für Müller*, Leipzig, 1892, pág. 43; KOHLER: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, Berlín, 1906, pág. 347; LAUBER: *Die Rechtliche Natur der Vereinsatzung*, Dresde, 1910, págs. 4-5; etc.

(8) RUBINO: *Le associazioni non riconosciute*, Milán, 1940, pág. 1, nota 1.

(9) GIOVENE: *Le associazioni di fatto nel Diritto privato*, Milán, 1914, pág. 3-6.

(10) En este sentido, FERRARA: *La posizione delle associazioni non riconosciute*, Nápoles, 1915, pág. 4, y BRUGI: *Le associazioni di fatto nel Diritto privato*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1915, I, págs. 570-576, concretamente pág. 573.

imponer como necesaria la escritura pública y el 1.663, la necesidad de confeccionar un inventario que ha de unirse a la escritura.

Por tanto, el supuesto de irregularidad en la sociedad civil que presenta interés es el de aportación de inmuebles—caso contemplado en las sentencias que comentamos—, sin observarse lo referente a escritura e inventario determinado en los artículos 1.667 y 1.668.

Las exigencias de estos preceptos, pregunta Castán (11), ¿constituyen una forma solemne a que ha de someterse el contrato de sociedad, o son simplemente una aplicación de los de la Ley Hipotecaria y del sistema general desenvuelto por el Código en los 1.278 a 1.280?

Los anotadores del «Enneccerus» (12) advierten que en tanto en cuanto los artículos 1.667 y 1.668 exigen la escritura y el inventario, no parece se puedan invocar los 1.278 a 1.280, toda vez que en el 1.668 se establece como sanción la nulidad. Mas Pérez y Alguer hacen notar que una cosa es la aportación efectiva de presente y otra la promesa de aportar. La sociedad existe desde que se da la promesa de aportación, ya que el artículo 1.665 dice que «la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas *se obligan* a poner en común...», y el 1.681, apartado 1.º, establece que cada socio es deudor a la sociedad de lo que ha prometido aportar a ella, expresiones que contrastan con las relativas a la aportación de presente que se acusa en los 1.667 y 1.668. No hay inconveniente—siguen afirmando los anotadores—en admitir la figura de una sociedad que se constituye con los créditos relativos a las aportaciones, pues los créditos son bienes, sin duda alguna. Esta afirmación no se opone al texto del artículo 1.667, pues que con ella se viene a decir que la necesidad de la escritura sólo surge en el momento de la aportación efectiva de los inmuebles y no desde la promesa de aportación. Más dificultades levanta el conciliarla con el 1.668 que declara nulo el contrato si no se hace inventario. En todo caso, el Supremo ha resuelto el problema en el terreno práctico, afirmando que a pesar de su tenor literal esos artículos están subordinados a la regla general del 1.278. De esta forma, la regla de nulidad establecida por el 1.668 viene, en la práctica, a carecer de valor.

En numerosas sentencias vemos confirmado ese criterio.

En la de 2 de diciembre de 1902 se afirma que el contrato de sociedad que consta por documento privado es válido y obligatorio, pues el precepto del artículo 1.667 está subordinado al 1.278, por lo cual la validez y eficacia de la sociedad será indiscutible para los otorgantes, aun cuando no lo hayan elevado a escritura pública. La de 7 de febrero de 1905 hace notar que tratándose de una sociedad, su validez y eficacia será indiscutible para los otorgantes, aun cuando no la hayan elevado a escritura pública, según previene el artículo 1.667, por estar éste subordinado a la regla general del 1.278. La de 5 de mayo de 1922 dice que si en la constitución de una sociedad no se han guardado las formalidades legales, dado el hecho de que la sociedad ha tenido existencia efectiva realizando el objeto y fines para que se creó, no es posible negar la validez de semejante contrato sin desconocer que ha producido ob'i-

(11) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 2.ª ed. (Notarías), tomo III, Madrid, 1944, págs. 256-257.

(12) PÉREZ ALGUER en notas al Tratado de ENNECCERUS, tomo II: *Derecho de Obligaciones*, vol. II, Barcelona, 1935, pág. 386.

gaciones y acción en juicio, cualquiera que fuera la forma de constituirse, conforme establece el artículo 1.278, al que el 1.667 está subordinado. La de 11 de mayo de 1922 recalca nuevamente esa subordinación del 1.667 al 1.278, añadiendo que el documento privado obliga a los contratantes aun cuando se hayan aportado inmuebles a la sociedad. La de 25 de octubre de 1926 establece que si bien la falta de la escritura prevista en el artículo 1.667 no impide las acciones mutuas que competen a los socios, incluso la de compelerse a cumplir esa formalidad para el éxito de ellas hay que partir de la existencia del convenio, probado de manera evidente que demuestre la concurrencia de los requisitos esenciales, tanto personales como reales, no bastando deducciones de hechos aislados y presunciones falibles, incumbiendo la prueba al que reclama el cumplimiento de las obligaciones. La de 15 de octubre de 1940 advierte nuevamente que es suficiente la concurrencia de los requisitos esenciales, sin necesidad de los formales, para que surta efecto la sociedad como irregular o de hecho entre los contratantes. La de 16 de abril de 1942 vuelve a insistir en el hecho de que el contrato de sociedad carente de los requisitos formales exigidos por la Ley surte efectos entre las partes como sociedad irregular o de hecho. Por último, la de 14 de febrero de 1945 reafirma que si el contrato de sociedad reúne los elementos esenciales, ninguna razón puede haber para que no surta efectos entre los socios que lo otorgaron, aun cuando no se hubieran cumplido las prescripciones de forma.

Es sabido que, conforme lo que establecen los artículos 1.278 y 1.279, la forma no es condición esencial del contrato, pues si los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenarla desde que exista el consentimiento y demás requisitos para su validez, esto supone ya un efecto obligatorio del mismo y hace comprender que aquél era ya perfecto (13). El defecto de forma no priva al negocio de efectividad cuando las partes lo cumplen de mutuo acuerdo. E incluso el Supremo no exige que para reclamar el cumplimiento contractual se ejercite una acción previa reclamando que se eleve a escritura, pues considera que el artículo 1.278 no impone esa precedencia de acciones, pudiendo, por tanto, pedirse que se cumpla lo convenido aun antes de exigirse el otorgamiento de la escritura (14). Ahora, bien, esto no significa que la exigencia formal de los artículos 1.279 y 1.280 carezca de sentido, pues tal exigencia, aun cuando no afecte al vínculo, afecta a otras consecuencias que el des-

(13) Cfr. CASTÁN: Op. cit., tomo II, Madrid, 1943, págs. 623-625.

(14) Las Sentencias de 4 julio 1899, 18 junio 1902, 13 enero y 10 octubre 1904, 9 abril 1908 y 11 marzo 1933 afirman que el artículo 1.280 no modifica el 1.278 y su alcance no es otro, conforme al 1.279, que poderse compeler recíprocamente los contratantes a elevar el contrato a escritura. Las de 22 octubre 1914 y 10 junio 1941 advierten que la facultad del artículo 1.279 presupone que al solicitarla el contrato reúna los requisitos exigidos por el 1.261. Las de 3 mayo 1897 y 1 marzo 1932 hacen notar que el artículo 1.279 consigna una facultad y no una obligación a favor de ambos contratantes, sin que el no haber hecho uso de ella enerve la acción que les corresponde. Las de 12 mayo 1897 y 1 julio 1911 declaran que lo prescrito en el artículo 1.279 no desvirtúa la fuerza obligatoria de los contratos cuando las partes los cumplan antes de elevarlos a escritura, creando así un estado de derecho que afecta a extraños si no hacen derivar su acción de algún título más privilegiado o inscrito. Las de 4 julio 1919 y 19 octubre 1901 establecen que la facultad de instar a llenar la forma legal no es necesario que se ejercite antes de la demanda sobre el cumplimiento del contrato. La de 9 abril 1935 indica que la no elevación a escritura no puede servir a los contratantes, ni menos a los terceros, para negar la existencia y realidad del contrato cuando conste justificada por elementos de prueba admisibles en derecho.

arrollo de las obligaciones puede tener en el orden jurídico, entre las que destacan los efectos contra terceros (15).

Quedando, pues, los artículos 1.667 y 1.668 sometidos al régimen que establece el 1.279, hay que preguntar cuál será el valor de la sociedad constituida sin haberse observado las prescripciones formales que en esos artículos se establecen. Repetimos que el problema se presenta sólo en la sociedad civil, a la que se aportan inmuebles, pues sólo en esa hipótesis es exigida la escritura e inventario. Dentro de este ámbito, en el que se encuadran las sentencias que comentamos, se plantean los problemas que vamos a intentar solucionar.

4. La sanción prescrita por la Ley francesa, en caso de falta de forma al constituirse una sociedad, es la nulidad. Esa nulidad es entendida por la doctrina como un derecho de los socios, y sólo de ellos, a anular el contrato produciendo, además, el efecto de no permitir que nazca la personalidad jurídica. En este sentido Hemard (16) afirma que la «sociedad de hecho» es una sociedad que, adoleciendo de un vicio de nulidad, va funcionando, a pesar de él, durante un período de tiempo y reclama una especial disciplina; no es nula más que para el futuro, porque como ha vivido debe mantenerse su pasado.

Los autores italianos han reaccionado contra esa calificación de nulidad, advirtiendo, con acierto, que una nulidad que sólo pueden invocarla los socios y que carece de efecto retroactivo es todo menos nulidad (17). Y, unánimemente (18), afirman que la sociedad irregular no es inexistente ni nula, produciéndose ciertas sanciones tan sólo en vista de la irregularidad, pero teniendo el contrato pleno valor «inter socios» (19).

También los autores alemanes admiten la existencia de la sociedad irregular entre los socios, negando que produzca efectos contra terceros por faltarle la pública manifestación de la cual pueda desprenderse su existencia (20).

La validez de la sociedad irregular «inter socios» es admitida, también, por la doctrina portuguesa (21).

(15) Vid. PÉREZ ALGUER: Op. cit., tomo II, vol. I, Barcelona, 1933, págs. 144-152.

(16) HEMARD: Op. cit., págs. 15 y sigs.

(17) Cfr. BONELLI: Op. cit., pág. 10.

(18) Solo SOPRANO (Punti sugli «in tema de società irregolare, y Ancora in tema di società irregolare», en «Foro italiano», vol. LVI, 1931, págs. 453 y sigs., y «Foro italiano», volumen LVII, 1932, págs. 485 y sigs.) forma excepción dentro de esta corriente.

(19) Cfr. MANARA: Op. et loc. cit.; BONELLI: Op. cit., pág. 165; VIVANTE: Op. cit., página 56; DE GREGORIO: Op. cit., pág. 232; SALANDRA: Op. cit., págs. 50-51, y *Società occulta. Regularizzazione forzata e scioglimento di società irregolare*, en «Foro italiano», vol. LXI, 1936, págs. 92-95; ANGELONI: *La rappresentanza della società irregolari e i limiti dell'oggetto sociale*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 1908, I, págs. 490-493; RAVA: *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milán, 1938, págs. 17 y sigs.; BENNETTINI: *Società di fatto, società irregolare e società apparenti*, en «Il Diritto Commerciale», 1939, págs. 1-3; ROTONDI: *Contrato de sociedad y Ente social en la reforma de los Códigos*, en «Revista de Derecho Privado», 1941, págs. 438-444; etc.

(20) Vid., por todos, HÖNIGER: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, volumen LXXXIV, pág. 464.

(21) Cfr. PINTO COELHO: Op. cit. FERRER CORREIA «*Sociedades fictícias e unipessoais*», Coimbra, 1946, págs. 22-24. Presenta un esquema de las diferentes directrices doctrinales: 1), la sociedad irregular es válida hasta tanto que se decreta su anulación por Sentencia, teniendo entre tanto existencia provisoria frente a terceros; 2), la sociedad irregular está afectada de un vicio que es preciso sanar para evitar así la anulabilidad; 3), la forma es condición esencial, si no de la existencia de la sociedad entre socios, si de su existencia frente a terceros.

En España, los autores y la Jurisprudencia—citados ya unos y otra—, admiten sin vacilaciones la validez y eficacia de la sociedad irregular entre los socios.

Reconociendo el Supremo esa eficacia «inter socios», ninguna duda se presenta sobre este punto en el terreno práctico. Y, como la doctrina demuestra, debe reconocerse, también, que esa solución resulta justa en el orden teórico.

Según afirman las sentencias que comentamos, la sociedad irregular produce plenos efectos entre los socios, pero no frente a terceros.

¿Qué alcance debe concederse a esa falta de efectos en relación a terceros? A nuestro juicio, sólo éste: que no les puede afectar un contrato en cuya celebración no intervinieron y de cuyas partes no son herederos (art. 1.257), es decir, que no pueden verse afectados por un contrato frente al cual permanecen extraños (22).

Pero esto no quiere decir que los terceros que contratan con la sociedad puedan después incumplir impunemente los contratos. Ya advertía la sentencia de 3 de enero de 1906 que la sociedad irregular puede exigir del tercero el cumplimiento del contrato que con él celebró.

Los terceros pueden exigir y están obligados a cumplir lo que con la sociedad irregular pactaron. Pero para que esta sociedad pueda reclamarles—como organismo social y no como agrupación solidaria de acreedores—ese cumplimiento no basta que uno de los socios, sin más, contraten. Es necesario que los terceros conozcan la existencia de esa sociedad por medio de pruebas unívocas que, objetivamente, hagan nacer en ellos la fundada presunción de haber contratado con una sociedad (23).

Considera Angeloni (24) que el objeto social marca el límite máximo a que puede legítimamente extenderse la actividad jurídica y económica de la sociedad. Los terceros que llegan a conocer la existencia de la sociedad irregular han de saber también cuál es su objeto, porque quien conoce el ente conoce sus elementos esenciales. Por tanto, la validez de los contratos celebrados entre una sociedad irregular y los terceros sólo podrá sustentarse por las partes cuando esos pactos se hayan mantenido dentro de los límites que el objeto social impone.

Salandra (25) hace notar que la falta de publicidad no priva totalmente de efectos respecto a terceros a la sociedad irregular. Estos pueden conocer su existencia por diferentes medios; y serán precisamente esas manifestaciones de la acción social las que determinarán los efectos frente a terceros. El valor y eficacia de la sociedad irregular respecto a terceros viene marcado por la «notoriedad», por la «apariencia de sociedad». Y esa apariencia no puede reducirse al elemento subjetivo de la buena fe; es preciso, también, que junto a aquél presente un carácter objetivo.

Hemard (26) criticó la doctrina de la apariencia aplicada a la sociedad irregular, afirmando que con ella se haría prevalecer la situación aparente sobre las normas de publicidad legal referentes a la constitución de la sociedad, lo cual podría conducir incluso a atribuir efectos jurídicos a una sociedad ilícita.

(22) En este sentido, BONELLI: Op. cit., pág. 165, y LANGLE: Op. cit., pág. 16.

(23) Cfr. BENETTINI: Op. cit., pág. 2.

(24) ANGELONI: Op. cit., pág. 491.

(25) SALANDRA: *Le società irregolari nel Diritto vigente*. Cit., págs. 50-63.

(26) HEMARD: Op. cit., pág. 521.

Semejante crítica no puede prosperar. No es que la apariencia triunfe sobre las normas de publicidad legal; es que viene a conseguir el efecto de aquéllas. Por otra parte, no existe el peligro de conceder efectos a una sociedad ilícita porque la apariencia sólo puede tener valor cuando se refiere a una situación jurídica no prohibida por la Ley.

Por tanto, la sociedad irregular nos parece como válida y eficaz entre los socios y sin que el contrato social, desprovisto de la forma establecida en la Ley, pueda producir efectos contra terceros. Pero éstos están obligados a cumplir y pueden exigir de la sociedad el cumplimiento de lo que con ella pactaron, siempre que tales pactos se hayan hecho conociendo el tercero la existencia de la sociedad (que en virtud de su «notoriedad» aparece de modo objetivo a quienes con ella quieren contratar), sin faltar a la buena fe contractual y dentro de los límites que el objetivo social impone.

En estos términos creemos que deben ser interpretadas las palabras de las sentencias que nos ocupan, cuando afirman que la sociedad irregular tiene eficacia entre los socios y carece de ella frente a terceros.

5. Pero ese insistir en su eficacia «inter socios» y su falta, respecto a terceros, viene a poner de manifiesto otro punto que constituye un problema de la mayor trascendencia y al que el Supremo ha dado una solución que consideramos lógica y justa.

Nos referimos a la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular civil.

Incluso en el ámbito comercial, hoy, la doctrina sostiene la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular. Vivante (27), que atribuyó a la sociedad irregular el carácter de sujeto de derecho con personalidad jurídica pensando que el contrato y la personalidad nacen al mismo tiempo, ha rectificado y precisado esta posición. La teoría de Dominado (28), que concedía a la sociedad mercantil irregular la categoría de sujeto de derecho con personalidad jurídica restringida o aminorada, no encontró fortuna en la doctrina y fué desvirtuada posteriormente por su autor. Ni tampoco consiguió favor dogmático el pensamiento de Manara (29), que aun negando personalidad jurídica a la sociedad irregular reconocía en ella la existencia de un ente colectivo, que frente a terceros se presentaba con valor distinto al de la persona de los socios.

Hoy es admitido que en caso de irregularidad en la constitución social el contrato tiene valor entre los socios, pero no hace surgir un ente con personalidad jurídica, si bien no deja de producir ciertos efectos respecto a terceros.

Los mercantilistas españoles deducen del artículo 116, párrafo 2.º del Código de Comercio la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular mercantil (30).

El propio Tribunal Supremo ha negado esa personalidad, de modo explícito, a las sociedades irregulares. Así, en la sentencia de 15 de octubre de 1940, se nos dice que si bien con relación a tercero la sociedad civil con aportación de inmueble *no surge con personalidad independiente* de la de los socios mientras

(27) VIVANTE: Op. cit., pág. 54.

(28) DOMINADO: Op. cit., pág. 6.

(29) MANARA: Op. et loc. cit.

(30) UYANDE: Op. cit., pág. 130; GARRIGUES: Op. et loc. cit.; LANGLE: Op. cit., páginas 17-18.



no se eleva a escritura, es suficiente la concurrencia de los requisitos esenciales del contrato para que este surta efectos como sociedad irregular o de hecho entre los contratantes. Y la de 6 de abril de 1942 afirma que la falta de requisitos formales que el Código establece para el contrato de sociedad, *impide el reconocimiento de la personalidad jurídica social*, frente a los terceros, pero entre las partes surte efectos como sociedad de hecho o irregular por concurrir todos los requisitos esenciales a esa clase de contratos.

Creemos que ambas sentencias vienen a probar inequívocamente la afirmación que hacíamos en el comienzo de este número: cuando el Supremo insiste en la eficacia de la sociedad irregular «inter socios» y en la falta de ella frente a terceros quiere manifestar que el contrato de sociedad, como contrato en sí, y de acuerdo con el párrafo 1.º del artículo 1.257, sólo produce efectos entre partes y herederos, sin que nazca frente a terceros un ente social con personalidad jurídica autónoma diferente de la de los socios.

Y afirmábamos que esta solución era lógica y justa.

Así es, porque si bien las formalidades exigidas para la constitución de la sociedad no son necesarias a la eficacia del contrato, sí son condiciones legales para el reconocimiento de la personalidad jurídica social. Tales formalidades representan uno de los términos del proceso que la Ley exige para atribuir personalidad al organismo social (31).

Rotondi (32) hace notar que la no admisión de la personalidad jurídica en las sociedades irregulares no sólo deriva de la repugnancia que causaría concederla cuando no se cumplen las formalidades legales, sino también de la falta de equidad que representaría la formación de un patrimonio social sobre el que se concentrase una injustificada preferencia de los acreedores sociales frente a los individuales de los socios.

6. Este último argumento nos lleva a tocar en un punto central dentro de la regulación de la sociedad irregular: la preferencia de los acreedores sociales, frente a los individuales, sobre el patrimonio social.

Considera De Gregorio (33) que no siendo nula la sociedad irregular y respondiendo ésta frente a los terceros que con ella contratan falta fundamento para admitir la responsabilidad ilimitada de los socios, pues la responsabilidad del patrimonio social es suficiente para proteger los intereses de los terceros, siempre que hayan pactado con la sociedad como ente social.

Este modo de argumentar podría ser correcto si en el supuesto en cuestión sólo hubiera que apreciar el interés de los acreedores sociales. Pero así se olvida otro interés no sólo tan importante sino, incluso, de mayor valor: el de los acreedores individuales de los socios. De esa forma, una solución que sólo toma en cuenta un interés, y no precisamente el prevalente, no puede ser admitida.

En efecto, conceder tal preferencia a los acreedores sociales sobre el patrimonio de la sociedad irregular equivale a posponer a los acreedores individuales de los socios. Y esta posposición, como afirma Rotondi (34) es contraria a la equidad.

Aunque, el acreedor social contrate con la sociedad de buena fe y con ex-

(31) Cfr.: FERRER CORREIA: Op. cit., pág. 37, y LANGLE: Op. cit., pág. 15.

(32) ROTONDI: Op. cit., pág. 441.

(33) DE GREGORIO: Op. cit., pág. 236.

(34) ROTONDI: Op. et. loc. últ. cita.

cusable ignorancia de su irregularidad, no empleó toda la posible diligencia. Es cierto que en la vida práctica quienes desean contratar con una sociedad no acostumbran a prevenir posibles irregularidades, dispensando el comprobar si se cumplieron o no al constituirla todos los requisitos formales exigidos por la Ley. Sería contrario al desenvolvimiento del tráfico jurídico exigir semejante comprobación. Pero no cabe duda de que el acreedor social, si hubiese querido, podía adquirir exacto conocimiento de la irregularidad, indagando directamente si se cumplieron o no todos los trámites exigidos para constituir una sociedad. Si no indaga, su ignorancia será excusable, pero no cabe duda que empleando toda la diligencia y usando de su derecho hubiera podido llegar a conocer la irregularidad.

En cambio, no cabe hablar de la mínima falta de diligencia respecto a los acreedores individuales de los socios, que no pueden ni tienen que prever si su deudor vendrá a formar parte de una sociedad irregular. Nadie que sea jurídicamente capaz y tenga la libre disposición de sus bienes está obligado a dar a conocer a sus deudores las enajenaciones que realiza y los deberes que asume, ni mucho menos a comunicarles su entrada como socio en una sociedad, regular o no (35).

No cabe negar que los acreedores sociales tengan el derecho de ejecutar los bienes que componen el patrimonio de la sociedad irregular sin que los socios puedan oponerles la irregularidad. Pero no es posible admitir que ese derecho haya de triunfar sobre el de los acreedores individuales, disminuyendo de ese modo su garantía sobre el patrimonio del deudor. Los acreedores sociales podrán cobrarse sobre el patrimonio de la sociedad y, si este no llega para cubrir la deuda, también sobre el patrimonio individual de los socios; pero no con preferencia a los otros acreedores, sino con igualdad y en concurrencia con ellos. No hay razones para sostener que el privilegio de los acreedores sociales sobre los bienes de la sociedad exista cuando no se observaron al constituirla las prescripciones formales exigidas por la Ley (36).

Langley (37) considera que la doctrina de Rotondi es contraria a las exigencias de la vida comercial. Piensa que el principio de la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes de la sociedad—preferencia establecida también en el orden civil, según lo dispuesto por el artículo 1.699 de este Ordenamiento—es indispensable en el mundo de las relaciones mercantiles e industriales. No nos interesa discutir aquí esa afirmación; pero por lo que respecta al mundo de las relaciones civiles bien se puede afirmar que ese principio de preferencia no puede ser mantenido a toda costa, aun con quiebra de un interés que, según hemos intentado demostrar es prevalente.

Por otra parte, aun sin acudir a esta lucha de interés, cabría justificar en el terreno dogmático la responsabilidad personal e ilimitada de los socios sin que puedan hacer valer un privilegio los acreedores sociales.

Los socios de una sociedad irregular, dice Salandra (38), crean frente a los terceros la apariencia de existir una sociedad perfecta. La responsabilidad personal e ilimitada viene impuesta *ex lege* en virtud de la creación de una situa-

(35) Cfr. SALANDRA: Op. ult. cit., pág. 92.

(36) En este sentido, ROTONDI: Op. cit., pág. 442.

(37) LANGLEY: Op. cit., págs. 28-29.

(38) SALANDRA: Op. ult. cit., pág. 179.

ción aparente que—contra lo que De Gregorio pretende—no presenta para los terceros que entablan relaciones con la sociedad garantías suficientes de seguridad, puesto que en ella, incluso, puede faltar el substracto real del patrimonio.

6. Esclarecido este punto, queda ya delineado, *grosso modo*, el régimen jurídico de la sociedad irregular civil.

Otros problemas de interés se presentan, pero no del valor central de los hasta ahora estudiados, sino más bien subordinados a ellos. Entrar en su estudio implicaría salir fuera de los límites de un comentario jurisprudencial. Por otro lado, muchos de ellos son más propios de la sociedad irregular comercial y no presentan la misma trascendencia respecto a la civil (39).

Por tanto, aun sin haber tratado exhaustivamente toda la materia de la regulación de la sociedad irregular civil, creemos haber presentado un cuadro de los principales problemas que plantea y un intento de resolver los que pueden constituir un primer paso para iniciar estudios más detenidos y completos sobre el tema.

La jurisprudencia proporciona una serie de bases para construir y regular la figura, acertadas y del mayor interés. Pero es necesario que, a imitación de lo que se ha hecho en otros países e incluso en el nuestro dentro del orden comercial, los civilistas vengan a llenar las lagunas y a elaborar conceptualmente la doctrina de la sociedad irregular civil. En esta elaboración nunca puede perderse de vista el juego de los intereses y las exigencias de la equidad, pues sólo así la construcción doctrinal vendrá a tener utilidad para el juzgador y le permitirá asentar las justas decisiones en un sólido edificio dogmático.

Gregorio José ORTEGA PARDO

### 3. Contratos mixtos y unión de contratos

#### SENTENCIA 27 FEBRERO 1951

ANTECEDENTES.—Se convino, por escritura pública, un contrato de arrendamiento con opción de compra, que constaba de las siguientes estipulaciones: 1.ª El propietario de las dos porciones de terreno que se expresaban, arrendaba el derecho de extraer piedras para la fabricación de cales, cemento o cualquier otro material de construcción o para otros usos, existentes en las canteras abiertas o que en lo sucesivo se abran en las mencionadas fincas. 2.ª Se comprendían en el arrendamiento los hornos, a la sazón construídos en dichas fincas, los depósitos, cobertizos y demás construcciones e instalaciones en ellas existentes. 3.ª El arrendatario quedaba facultado para explotar las canteras actualmente abiertas y abrir otras en los lugares que se de-

(39) Así, por ejemplo, el derecho de disolver la sociedad comercial irregular que a los socios pueda corresponder. (Vid. sobre este particular, el sugestivo estudio de SALANDRA, en la op. últ. cit., págs. 185-191), que en el ámbito civil habría de resolverse—de acuerdo con el artículo 1.279—en una facultad de cada socio para compeler a los demás al cumplimiento de las exigencias formales necesarias para transformar en regular la sociedad.