

# La conversión tipológica de la sociedad irregular

MANUEL PINO ABAD  
Universidad de Córdoba

En la vigente LSA se reputa la irregularidad de la sociedad como una simple situación societaria patológica y anormal productora de efectos jurídicos que el Derecho regula. En este sentido, se le aplica un tratamiento jurídico con el que se pretende satisfacer las exigencias del tráfico y de la buena fe, tutelando tanto los intereses de los socios que no deseen permanecer en irregularidad —para lo cual se les reconoce la facultad de instar la disolución de la sociedad irregular—, como los intereses de los terceros contratantes —anudando a la irregularidad el régimen de responsabilidad que puede resultar más beneficioso para ellos, esto es, el propio de la sociedad colectiva o, en su caso, el de la sociedad civil, cuestión que la doctrina estudia bajo la denominación de «técnica de la conversión»<sup>1</sup>.

## 1. PRESUPUESTOS NORMATIVOS DE APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES IRREGULARES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD COLECTIVA O DE LA SOCIEDAD CIVIL.

Dispone el párrafo segundo del art.16 LSA que «(E)n tales circunstancias, si

<sup>1</sup> Esta es la solución propugnada por nuestra doctrina con carácter mayoritario, incluso antes de la entrada en vigor de la vigente LSA, para resolver los problemas planteados por las sociedades irregulares. Así, Vid. GIRON TENA, J. «Derecho de sociedades. I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias», Madrid, 1976, pág.250-251; URIAR. «Las sociedades y el Registro Mercantil», Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Curso de Conferencias sobre el Registro Mercantil, 1971, pág.203-204; MENENDEZ MENENDEZ, A. «Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil», AAMN, Vol. XXX-I, 1991, pág.47-49; SANCHEZ CALERO, F. «Instituciones de Derecho Mercantil», Madrid, 1996, pág. 246-247; ALONSO UREBA, A. «Consideraciones críticas sobre la reforma en materia de sociedad en formación y sociedad irregular», Rev. Deho. de Sociedades, núm. extraordinario, 1994, pág.112-113; BROSETA PONT, M. «Manual de Derecho Mercantil», Tecnos, Madrid, 1990, pág.164; GARCIA VILLAVEDRÉ, R. «Sociedades irregulares», C.D.C., n.º.11, septiembre, 1993, pág.28; FARIAS BATLLE, M. «La sociedad irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1992)», Mrio. de Justicia, Madrid, 1993, pág.3; VENTOSO ESCRI-

BANO, A. «Constitución de sociedades anónimas», Colex, Madrid, 1991, pág.51; VICENT CHULLIA, F. «La sociedad en constitución», RCDI, núm.518, 1977, pág.85; GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A. «Irregularidad societaria y Derecho de las sociedades de capital (Notas sobre el art.16 de la Ley de sociedades anónimas)», RDP, septiembre, 1996, pág.661 y s.s.; IDEM. «La sociedad de capital en formación», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág.43; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. «La sociedad irregular», R.d.S, núm. monográfico.4, Aranzadi, 1995, pág.158 y s.s.; JIMENEZ SANCHEZ, G.J. «Sociedad anónima en formación y la sociedad irregular (Derecho mercantil de la CEE)», en Estudios en homenaje a José Girón Tena, Cívitas, Madrid, 1991, pág.683.

También nuestro TS se ha pronunciado en este sentido afirmando que las sociedades irregulares deberán regirse por las normas de la sociedad colectiva cuando su objeto sea mercantil, así Vid. STS de 8 de febrero de 1960 (R.468); 6 de abril de 1961 (R.1254); 21 de diciembre de 1965 (R.5957); 10 de abril de

1970 (R.1945); 16 de abril de 1980 (R.1420); 30 de abril de 1983 (R.2200); 21 de junio de 1983 (R.3647); 1 de octubre de 1986 (R.5230); 12 de mayo de 1987 (R.3435); 11 de junio de 1987 (R.4289); 20 de febrero de 1988 (R.1073); 18 de mayo de 1988 (R.4314); 16 de marzo de 1989 (R.2154); 6 de octubre de 1990 (R.7475); 3 de abril de 1991 (R.2633); 9 de marzo de 1992 (R.2009); 22 de junio de 1993 (R.6274); 8 de julio de 1993 (R.6326); 14 de abril de 1998 (R.2320).

<sup>2</sup> Vid. NEILA NEILA, J.M.<sup>a</sup>. «La nueva Ley de sociedades anónimas», Edersa, Madrid, 1990, pág.68.

<sup>3</sup> En este sentido, Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E.M.<sup>a</sup>. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.191; JIMENEZ SANCHEZ, G.J. «La sociedad anónima en formación...», ob.cit, pág.682; SELVA SANCHEZ, L.M. «Reflexiones en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular», conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, 1991, pág.420-421; LANZAS GALVACHE, J. «Comentarios prácticos a la Ley de sociedades anónimas y Reglamento del Registro Mercantil en lo aplicable a dicho tipo societario», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de estudios registrales, Madrid, 1991, pág.48.

<sup>4</sup> Lo que, a su vez, dejaría sin resolver qué normas resultarían aplicables a la sociedad irregular cuya disolución no fuese solicitada por ningún socio.

<sup>5</sup> En este sentido amplio, Vid. TAPIA HERMIDA, A. «La sociedad anónima falta de inscripción registral», Cívitas, Madrid, 1996, pág. 142-143; IDEM. «Comentario de los art.15 y 16 LSA», en Comentarios a la Ley de Sociedades Anóni-

la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil».

Según se puede inferir del tenor literal de este precepto, son dos los presupuestos legales que se reputan imprescindibles para que sea posible la aplicación de «las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil» a la sociedad irregular: a) el primer presupuesto se oculta tras la expresión «en tales circunstancias» con la que comienza el precepto; b) el segundo presupuesto exige que la sociedad haya iniciado o continúe «sus operaciones». Así pues, resulta de trascendental importancia conocer tanto el significado que el legislador ha querido otorgar a la expresión «en tales circunstancias», como con qué tipo de actuación ha contado cuando ha exigido que la sociedad haya iniciado o continuado «sus operaciones».

### 1.1.

En este sentido, a pesar de que para cierta doctrina, partidaria de considerar que el art.16,1 LSA sólo permite la disolución parcial o separación del socio disconforme con la irregularidad de la sociedad, estima que la expresión «en tales circunstancias» hace referencia a la sociedad que perdura tras la separación del socio disidente<sup>2</sup>, en nuestra opinión, con tal expresión el legislador se ha querido referir a que se den las «circunstancias» que manifiestan la existencia de la sociedad irregular, es decir, la «verificación de la voluntad de no inscribir la sociedad», o «el transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura sin que haya solicitado la inscripción»<sup>3</sup>.

Así, si entendemos que el derecho que se reconoce por el art.16,1 LSA a cualquier socio es un derecho extraordinario de instar la disolución total de la sociedad devenida irregular y que, a su vez, ésta ha de ser considerada retrospectivamente irregular *ab initio* desde que se celebró el pacto de constitución

de la misma, no creemos posible estimar que «en tales circunstancias» hace referencia a la sociedad subsistente tras la resolución parcial del contrato social, pues, ni ésta resulta admitida por el art.16,1 LSA, ni aunque lo fuese, sería posible entender que las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil, sólo resultarían aplicables a la sociedad resultante tras la disolución parcial de la sociedad, ya que, como hemos afirmado, una vez verificada la voluntad de no inscribir o transcurrido el plazo de un año legalmente establecido, la sociedad se considerará irregular desde su constitución de modo que, si hubiese iniciado o continuado «sus operaciones», las normas de la sociedad colectiva o las de la sociedad civil serían también aplicables a la disolución y liquidación parcial de la sociedad irregular.

Además, a lo dicho, cabría añadir que de mantenerse la interpretación crítica, se estaría dejando en manos de los socios la posibilidad de aplicar o no las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil, pues, bastaría con no instar la disolución parcial del contrato social para que no resultasen aplicables dichas normas a la sociedad devenida irregular<sup>4</sup>.

### 1.2.

El art.16,2 exige, también, que la sociedad haya iniciado o que continúe «sus operaciones» como presupuesto necesario para la aplicación de las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil a la sociedad devenida irregular. Si, en cambio, la sociedad no ha iniciado ni continuado sus operaciones, el régimen legal aplicable a las sociedades irregulares ex art.16 LSA quedaría reducido a lo previsto en su párrafo primero, es decir, a la facultad reconocida a cualquier socio de instar la disolución de la sociedad devenida irregular.

La adecuada aplicación de la norma exige desentrañar el significado, contenido y alcance de «operaciones» pro-

pias de la actividad social con trascendencia a los efectos de considerar aplicable a las sociedades irregulares el régimen jurídico propio de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil. Pues bien, aunque la norma apenas alumbraba la significación, contenido, naturaleza y alcance de las *operaciones sociales* que van a dar lugar a la *conversión*, de la finalidad de la norma cabe apoyar una interpretación amplia que permita incluir dentro de las citadas «operaciones» tanto la actividad de estricta explotación del objeto social como aquella actividad comercial o administrativa que instrumentalmente coadyuve de forma necesaria al desarrollo de dicho objeto o que, en todo caso, haya sido autorizada por los socios (ex art.15,2 LSA), y respecto de la que deba responder la sociedad irregular (compra de la sede física de la empresa cuya titularidad pertenece a la sociedad, compra de maquinaria, campañas publicitarias para darse a conocer frente a los terceros, gastos del otorgamiento de la escritura pública de constitución e inscripción, etc).<sup>5</sup>

Conviene, sin embargo, advertir el riesgo de confundir la exigencia del inicio o la continuación de «sus operaciones», requerido ex art.16,2 como requisito de aplicabilidad de las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil, con la necesidad de que la sociedad se haya manifestado externamente como tal por medio de una publicidad de hecho para que pueda ser considerada irregular. En este sentido, a pesar de que parte de la doctrina<sup>6</sup> defiende que la publicidad de hecho, requerida como requisito conceptual de la sociedad irregular, se obtiene a partir del instante en el que la sociedad inicia «sus operaciones» sociales, en el sentido de desarrollo de su objeto social, no debemos olvidar que si lo importante es que la sociedad se haya dado a conocer frente a los terceros, tal publicidad no requerirá necesariamente de una actividad comercial (realización de operaciones sociales), sino que bastará con el mero anuncio de una actividad social (consistente en dar a conocer públicamente el vín-

culo societario existente entre los socios). Esto es, la publicidad de hecho, en cuanto requisito conceptual de la sociedad irregular, ha de interpretarse en el sentido más amplio, no sólo circunscrita a la pura o mera actividad comercial de desarrollo del objeto social<sup>7</sup>.

En consecuencia, cuando concurren en el supuesto de hecho contemplado las circunstancias básicas que determinan la existencia de la irregularidad de la sociedad, la normativa en vigor, siguiendo las tesis ya apuntadas por la doctrina más tradicional<sup>8</sup>, excluye que la sociedad irregular pueda acogerse al régimen jurídico de responsabilidad propio de las sociedades mercantiles que excluyen la responsabilidad personal de sus socios y declara aplicables a estas sociedades actuantes en el tráfico la normativa propia de las sociedades colectivas o de las sociedades civiles<sup>9</sup>, según sea mercantil o civil el objeto de la sociedad a la que deba aplicarse<sup>10</sup>.

Sin embargo, para un importante grupo de autores<sup>11</sup> la «conversión» o mutación, en su caso, del régimen aplicable, que será, cualquiera que sea el tipo social pactado, el régimen de la sociedad colectiva o de la sociedad civil, se subordina no sólo a la verificación de la voluntad de los socios de no inscribir la sociedad (ex art.16,1 LSA) y al inicio o continuación de «sus operaciones» (ex art.16,2 LSA), sino también a la circunstancia de que no se produzca la disolución de la sociedad derivada de la facultad atribuida a los socios ex art.16,1 LSA. En este sentido, se entiende que la regla de la conversión tiene carácter subsidiario respecto a la que otorga al socio el derecho a instar la disolución, de forma que, la aplicación de las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil queda restringida a la sola hipótesis de que los socios no se decidan a instar la disolución y resuelvan permanecer en sociedad sin someterse al trámite de la inscripción registral iniciando o continuando, en su caso, las operaciones ya emprendidas. En consecuencia, si cualquier socio instase la disolución de la sociedad, el régimen jurí-

mas, I, dirigidos por F. SANCHEZ CALERO, Edersa, Madrid, 1997, pág.496-497; MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>J. «La sociedad irregular», en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. M. Broseta Pont, II, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, pág.2517.

<sup>6</sup> Vid. GIRON TENA, J. «Derecho de sociedades», ob.cit, pág.417; ALONSO UREBA, A. «Consideraciones críticas sobre la reforma en materia de sociedad en formación y sociedad irregular», Rev. Deho. de Sociedades, núm. extraordinario, 1994, pág.115; TAPIA HERMIDA, A. «La sociedad anónima falta de...», ob.cit, pág.141-142; GARCIA VILLAVARDE, R. «Sociedades irregulares», ob.cit, pág.41-42 y nota 52; FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. «La sociedad anónima irregular», en Derecho de Sociedades Anónimas: La Fundación, I, Civitas, Madrid, 1991, pág.636; EMBID IRUJO, J.M. «Perfiles, grados, y límites de la personalidad jurídica en la LSA», en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. M. Broseta Pont, I, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, pág.1031; SANCHEZ ALVAREZ, M. «La fundación de la sociedad anónima», McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 365; CABANAS TREJO, R./BONARDELL LENZANO, R. «Sociedad irregular y sociedad en formación. Una aproximación a su régimen jurídico», Praxis, Barcelona, 1997, pág.131-132.

<sup>7</sup> Por contra, consideran que si la sociedad no ha iniciado o continúa «sus operaciones» seguiremos estando en el ámbito de la sociedad en formación. Vid. GARCIA VILLAVARDE, R. «Sociedades irregulares», ob.cit, pág.41-42; TAPIA HERMIDA, A. «La sociedad anónima falta de...», ob.cit, pág.141-142; IDEM. «Comentario», ob.cit, pág.496; EMBID IRUJO, J.M.

«Perfiles, grados y límites...», ob.cit. pág.1031; FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. «La sociedad anónima irregular», ob.cit. pág.636.

<sup>8</sup> Vid. GARRIGUES, J. «Comentario a la LSA», I, Madrid, 1976, pág.161 y s.s.; GIRON TENA, J. «Derecho de sociedades», ob.cit. pág.250 y s.s.; CAMARA ALVAREZ, M. «Estudios de Derecho Mercantil», Centro de Estudios Tributarios, I, 1977, pág.200 y s.s.; SUAREZ-LLANOS GOMEZ, L. «Sociedad anónima en formación. Efectos de la escritura antes de la inscripción registral», RDP, 1964, pág.686 y s.s.

<sup>9</sup> Como pone de manifiesto JIMENEZ SANCHEZ «la aplicación de las reglas invocadas puede plantear algunos problemas en la práctica, sobre todo en el caso, que será el más frecuente, de la entrada en juego de las normas de la sociedad colectiva: la compañía casi nunca girará bajo una razón social construida siguiendo alguna de las fórmulas impuestas por el art.126 del C. de C. sino que utilizará generalmente una denominación análoga a la de cualquier sociedad anónima; la estructura de organización se separará ordinariamente del esquema trazado en los arts.129 y 130 del C. de C. y, muy frecuentemente, se confiará a consejos de administración; no se tendrán demasiado presentes las normas sobre incompatibilidades establecidas en los art.136 y 137 C. de C.; la transmisión de las cuotas de socio...se operará en la práctica al margen del art.143 C. de C.; ignorando el art.222.1 del C. de C., no se considerará casi nunca causa de disolución la muerte de uno de los socios; sobre todos o algunos de estos extremos, en la realidad del tráfico las sociedades irregulares adaptarán a sus necesidades o conveniencias específicas las normas del C. de C., de las que únicamente habrá que entender de inexcusable respeto en

todo caso las de carácter imperativo sobre asunción de obligaciones e imputación de responsabilidades frente a terceros» (Vid. JIMENEZ SANCHEZ, G.J. «La sociedad anónima en formación...», ob.cit. pág. 683, nota 83).

<sup>10</sup> Entiende unánimemente nuestra doctrina que el legislador al utilizar la expresión «en su caso» se ha querido referir al objeto de la sociedad, de forma que si el objeto de la sociedad irregular es mercantil se le aplicará las normas de la sociedad colectiva y si es civil las de la sociedad civil (Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E.M.<sup>a</sup>. «La sociedad irregular», ob.cit. pág.194-195; JIMENEZ SANCHEZ, G.J. «La sociedad anónima en formación...», ob.cit. pág.683; BELTRAN SANCHEZ, E. «La disolución de la sociedad anónima», Madrid, 1991, pág.148; FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. «La sociedad anónima irregular...», ob.cit. pág.646; MENENDEZ MENENDEZ, A. «Sociedad anónima e inscripción...», ob.cit. pág.48; MORILLAS JARILLO, M.<sup>a</sup> J. «La sociedad irregular», ob.cit. pág. 2524; VENTOSO ESCRIBANO, A. «Constitución...», ob.cit. pág.52; GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A. «Irregularidad societaria...», ob.cit. pág.670; BOLAS ALFONSO, J. «Sociedad anónima no inscrita: valor y efecto de la escritura fundacional», Iltre. Colegio Notarial de Granada, Boletín de Información, núm.120, diciembre, 1990, pág. 2646; SELVA SANCHEZ, L.M. «Reflexiones en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular», conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, 1991, pág.420). También nuestros órganos judiciales, en algunas ocasiones, han considerado que la naturaleza mercantil o civil de las sociedades irregulares dependerá cuál sea la naturaleza jurídica de su objeto social, y de este modo, han afirmado que «la dualidad de regímenes de las sociedades civiles y mercantiles, y la posibilidad de las llamadas sociedades mercantiles de hecho o irregulares es determinante

dico aplicable no sería el propio de la sociedad colectiva o de la sociedad civil, sino el previsto para la sociedad en formación, es decir, el correspondiente a la sociedad que se pretendiera constituir, en todo aquello que no presuponga la inscripción, y el régimen de responsabilidad previsto en el art.15 LSA.

No podemos compartir la interpretación apuntada porque una vez constatada la voluntad de no inscribir, la sociedad irregular ha de considerarse como tal *ab initio*, esto es, desde que se celebró el pacto de su constitución entre los socios, de manera que, tanto si se solicitara su disolución, como si se decidiera por los socios permanecer en sociedad, resultarían aplicables a la misma las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil respecto de las deudas sociales ya asumidas o por asumir<sup>12</sup>.

## 2. ALCANCE MATERIAL DE LA TÉCNICA DE LA CONVERSIÓN.

En esta sede corresponde dilucidar si la remisión legal a las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, a las de la sociedad civil contenida en el apartado segundo del art.16 LSA supone o no una verdadera *conversión-transformación ope legis* de la sociedad pretendida por las partes al celebrar el contrato social en una sociedad colectiva o en una sociedad civil.

A este respecto, considera un importante sector de nuestra doctrina<sup>13</sup>, que la sociedad irregular resultante de la carencia registral no es la sociedad de capital que se pretende fundar, porque ésta sólo nace con la inscripción; de ahí que, —concluye—, la remisión legal al régimen jurídico de la sociedad colectiva o al de la sociedad civil supone una *conversión-transformación total de la sociedad irregular* en uno de estos tipos sociales, de forma que, a la sociedad irregular se le aplicará el régimen completo (interno y externo) de la sociedad colectiva o de

la sociedad civil, según sea la naturaleza de su objeto social.

En este sentido, se entiende que esta conversión—transformación tipológico-social no supone una operación de deformación de la realidad ni tampoco un olvido de la voluntad manifestada por los socios en el negocio constitutivo de la sociedad, sino que, más bien, la conversión tipológico-social supone una operación de acomodación o ajuste tipológico de la sociedad al tipo social realmente querido por las partes. Esto es, se trata de ajustar la voluntad declarada a la voluntad efectiva de los socios, pues si declararon querer constituir una sociedad de capital, luego de hecho demostraron su falta de voluntad efectiva al respecto, al no cumplir las formalidades legales requeridas; y si, pese a esto, actuaron como sociedad, es obvio que el tipo de sociedad efectivamente querido no es el de sociedad de capital<sup>14</sup>, pues en ese caso hubieran cumplimentado las exigencias legales constitutivas del tipo social capitalista.

Es indudable que la sola voluntad de los socios de constituir una sociedad de capitales resulta insuficiente por sí sola para conseguir tal fin. El Ordenamiento jurídico hace inexcusable que el contenido de esa voluntad negocial se vierta en determinadas formas documentales y publicitarias (escritura e inscripción en el Registro Mercantil). Esto significa que la autonomía privada no puede pretender por sí misma la limitación de responsabilidad de los socios por el mero hecho de que éstos así lo deseen; esa voluntad negocial privada debe autorizarse notarialmente y controlarse registralmente; un doble control público que el legislador impone a la autonomía de la voluntad de las partes fundadoras de una sociedad de tipo capitalista<sup>15</sup>.

Ahora bien, lo anterior no significa, como se sabe, que la falta de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil implique la nulidad del negocio constitutivo sino sólo su irregularidad. Es más, esa irregularidad constitutiva tampoco determina o provoca la conversión—trans-

de que doctrina y jurisprudencia centren la diferencia entre unas y otras en el objeto social, para entender que cuando éste es típicamente mercantil la sociedad deberá ser calificada como tal, siéndolo civil cuando la actividad se desarrolla al margen de aquél, sin que trascienda a la naturaleza de la sociedad la denominación autoatribuida por los socios» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 1996 (RGD, núm.631, 1997, pág.4593 y s.s.); también el TS ha afirmado, en parecidos términos, que es el criterio del objeto social el que sirve para diferenciar a las sociedades civiles de las mercantiles, así Vid., entre otras, las STS de 4 de abril de 1921 (Colec. Legis., XXI, pág.10); 15 de octubre de 1940 (R.886); 16 de abril de 1942 (R.468 bis); 6 de febrero de 1964 (R.614); 22 de diciembre de 1976 (R.5576); 6 de marzo de 1981 (R.902); 21 de junio de 1983 (R.3647); 13 de febrero de 1985 (R.549); 1 de octubre de 1986 (R.5230); 20 de febrero de 1988 (R.1073); 3 de abril de 1991 (R.2633); 11 de junio de 1991 (R.4443); 6 de noviembre de 1991 (R.7937); 9 de marzo de 1992. (R.2009); 30 de mayo de 1992 (R.4831); 29 de septiembre de 1992 (R.7331); STS de 8 de julio de 1993 (R.6326). No obstante, nuestro TS, en numerosas ocasiones, ha calificado como sociedades civiles irregulares a verdaderas sociedades mercantiles por su objeto, por el hecho de estar irregularmente constituidas (Vid. *Supra* las STS citadas en el «Capítulo II: 2.2.1.1.—Las denominadas sociedades civiles irregulares por incumplir los requisitos de forma exigidos por el art.119 C. de C.»).

<sup>14</sup> Vid. MENENDEZ MENENDEZ.A. «Sociedad anónima e inscripción...», ob.cit, pág.43; VICENT CHULLA,F. «Compendio crítico de Derecho Mercantil», I, Bosch, Barcelona, 1991, pág.343; MATILLA ALEGRE.R. «Las sociedades irregulares y la Ley de reforma de la legislación mercantil»,

Rev.ICADE, núm.31, 1994, pág.82; TAPIA HERMIDA,A. «Comentario de los art.15 y 16 LSA», en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, I, dirigidos por F.SANCHEZ CALERO, Edersa, Madrid, 1997, pág.493; IDEM. «La sociedad anónima falta...», ob.cit, pág. 119; FERNANDEZ DE LA GANDARA,L. «La sociedad anónima irregular», ob.cit, pág.642; IDEM. «Sociedad comanditaria por acciones», en Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, dirigida por Olivencia/Uria/Menéndez, XIII, Civitas, Madrid, 1992, pág.100; BELTRAN SANCHEZ,E. «La disolución de la sociedad anónima», Madrid, 1991, pág.149.

<sup>15</sup> Vid. JIMENEZ SANCHEZ,G.J. «La sociedad anónima en formación...», ob.cit, pág.682, nota 81; MORILLAS JARILLO,M<sup>a</sup>J. «La sociedad irregular», ob.cit, pág. 2516; SELVA SANCHEZ, L.M. «Reflexiones en torno a la sociedad...», ob.cit,pág.421; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M<sup>a</sup>. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.149 y 178-179; BLANQUER,R. «La disolución la liquidación y la extinción de la sociedad», AAMN, XXX, Vol.1<sup>o</sup>, 1991, pág.473; GARCIA LUENGO,R/SOTO VAZQUEZ, R. «El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima», Ed. Comares, Granada, 1991, pág.139.

<sup>16</sup> Vid. en tal sentido, FERNANDEZ DE LA GANDARA.L. «La sociedad anónima irregular», ob.cit, pág.644; IDEM. «Sociedad comanditaria...», ob.cit, pág.100; URIA.R. «Las sociedades y el Registro...», ob.cit, pág.203-204; GIRON TENA, J. «Derecho de sociedades», ob.cit, pág.254; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M<sup>a</sup>. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.158 y s.s.; MENENDEZ MENENDEZ.A. «Sociedad anónima e inscripción...», ob.cit, pág.48; FERNAN-

DEZ DE LA GANDARA, L. «La sociedad anónima irregular», ob.cit, pág.644-646; IDEM. «La sociedad comanditaria...», ob.cit, pág.100; LANZAS GALVACHE, J. «Comentarios prácticos a la Ley de sociedades anónimas y Reglamento del Registro Mercantil en lo aplicable a dicho tipo societario», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de estudios registrales, Madrid, 1991, pág.48; GARCIA VILLAVERDE, R. «Sociedades irregulares...», ob.cit, pág.43; JIMENEZ SANCHEZ, G.J. «La sociedad anónima en formación...», ob.cit, pág.683; MATILLA ALEGRA, R. «Las sociedades irregulares...», ob.cit, pág.83; ALONSO UREBA, A. «Consideraciones críticas...», ob.cit, pág.122; SELVA SANCHEZ, L.M. «Reflexiones en torno...», ob.cit, pág.420.

<sup>14</sup> En este sentido, Vid. FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. «La sociedad anónima irregular», ob.cit, pág.645; GIRON TENA, J. «Derecho de sociedades», ob.cit, pág.254; CAMARA ALVAREZ, M. DE LA. «Estudios...», I, 1977, ob.cit, pág.208 nota 37.

<sup>15</sup> Destaca la doctrina como la autonomía privada no puede, de por sí y en ausencia de otros requisitos, determinar la eficacia de la exclusión de responsabilidad querida por los socios y en perjuicio de terceros, y que, por esta razón, el Derecho debe de poner límites en ciertos casos a la autonomía de la voluntad. Así, principalmente, Vid. GARCIA-CRUJEIRAZ GONZALEZ, J.A. «La sociedad de capital», ob.cit, pág.44; IDEM. «Irregularidad societaria...», ob.cit, pág.664; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.159; FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. «La sociedad anónima irregular», ob.cit, pág.645.

<sup>16</sup> Vid. DIEZ SOTO, C.M. «La con-

formación tipológica de la sociedad pretendida por las partes en una sociedad colectiva o civil, según la naturaleza de su objeto social. En nuestro Ordenamiento jurídico la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil nunca puede ser considerada como una *conditio iuris* a la que quede sujeta la validez y eficacia del acto constitutivo y, por esta razón, sus efectos sólo pueden ser estudiados desde la perspectiva de la oponibilidad/inoponibilidad del acto inscribible y no desde la óptica de la validez/nulidad del mismo. De modo que, la ausencia de publicidad legal no puede negar la existencia del ente social ni impedir la actuación del mismo. Así resulta con toda claridad de la redacción que el legislador ha dado a los arts.15 y 16 LSA de los que cabe inferir, de manera diáfana, que la falta de inscripción en el Registro Mercantil no determina la nulidad del acto constitutivo de la sociedad querida por los socios.

Precisamente, la confirmada validez del negocio fundacional de la sociedad no inscrita, impide compartir, a nuestro juicio, la tesis de la conversión-transformación, por cuanto que la propia fundamentación dogmática de este instituto implica o presupone la existencia de un negocio jurídico nulo, incluso en lo relativo al tipo social elegido por las partes, que, no obstante, el Ordenamiento jurídico permite se mantenga vivo mediante su conversión en un negocio societario válido —si bien, en nuestro caso, con un tipo social legalmente impuesto (sociedad colectiva o sociedad civil)—; validez rediviva, toda vez que el negocio pese a su defectuosidad o irregularidad *contiene los elementos constitutivos* esenciales requeridos para la adopción, en nuestro caso, del tipo social impuesto por la Ley<sup>16</sup>. Ahora bien, la utilización de la técnica de la conversión sólo sería correcta como explicación de los efectos que el art.16.2 LSA anuda a la irregularidad de la sociedad, si se entendiera, —en nuestro caso—, que la ausencia de inscripción registral determina la inexistencia o nulidad del negocio constitutivo de la sociedad. Sin embargo, en este supuesto, no cabe hablar de conversión en sentido propio,

puesto que no se trata de salvar un negocio de las consecuencias de la nulidad por medio de su interpretación y calificación correcta, sino de recalificar una figura societaria realmente existente que, en cualquier caso, es válida<sup>17</sup>.

Por otro lado, pese a que para un cierto sector de la doctrina, la inscripción posterior de la sociedad irregular como tal sociedad anónima, supondría, en verdad, un caso de transformación de sociedad colectiva en sociedad anónima al margen ya de los arts.15 y 16<sup>18</sup>, lo cierto es que esta interpretación parece chocar frontalmente con el propio tenor literal del último inciso del párrafo segundo del art.16 LSA que prevé «*la posterior inscripción de la sociedad (irregular)*», sin que ésto suponga su transformación de sociedad colectiva o civil en sociedad anónima, dada la inexistencia de un nuevo otorgamiento de escritura de constitución de sociedad anónima, o de un acuerdo de transformación social<sup>19</sup>; pues no se puede ignorar que toda transformación es siempre un acto voluntario de la sociedad que habrá de concretarse en el oportuno acuerdo social de transformación, tal como se desprende del hecho de que el Ordenamiento jurídico español no contempla ninguna disposición legal por cuya virtud la transformación opere automáticamente *ministerio legis*<sup>20</sup>. Por consiguiente, parece evidente que, en este caso, nos encontramos ante la inscripción tardía en el Registro Mercantil<sup>21</sup> de la escritura de constitución de una sociedad anónima, sin que ésta entrañe transformación societaria alguna, sino un simple acto de gestión social *inter alios*, art.17 LSA.

Por último, tampoco resulta acertado estimar que la aplicación del régimen jurídico regulador de un concreto tipo societario a una determinada sociedad de otro tipo deba implicar, en todo caso, su conversión-transformación en aquél tipo. Así, por ejemplo, a pesar de que, según el art.1 LAIE, «*las agrupaciones de interés económico... se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten con-*

patibles con su específica naturaleza», esto no supone que la agrupación de interés económico deba ser reputada tipológicamente convertida o transformada en sociedad colectiva<sup>22</sup>, sino que, más bien, constituye una forma especial de sociedad<sup>23</sup> que por su singular estructura de colaboración empresarial<sup>24</sup> y su finalidad mutualista<sup>25</sup>, se acomoda, sin mayores estridencias, a un régimen jurídico específico.

Un supuesto parecido al anterior es el contemplado por el art.129 LSR, según el cual «transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad». Sin embargo, la responsabilidad personal e ilimitada del socio único no desvirtúa el tipo de sociedad anónima o de responsabilidad limitada que sigue subsistiendo, según cabe inferir de lo dispuesto por el propio art.129 *in fine*, al afirmar que una vez «inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad»; lo que significa que basta con la inscripción en el Registro Mercantil de la unipersonalidad sobrevenida para recuperar el régimen de responsabilidad limitada propio de los tipos sociales capitalistas, sin que este cambio —o mejor *eclipse*— de su responsabilidad típica suponga o haga precisa transformación social alguna.

Por último, un nuevo ejemplo de aplicación a una sociedad de las normas propias de un tipo social distinto al que le es propio, sin que esto suponga ni exija su transformación tipológica, lo encontramos precisamente en el inciso final del art.16 LSA cuando al hacer referencia a la posterior inscripción de la sociedad irregular afirma que, en tal supuesto, no será aplicable el apartado tercero del art.15 LSA, lo que significa que a pesar de que, tras la inscripción se hubiese completado el iter constitutivo de una sociedad capitalista que exonera a sus socios de cualquier responsabilidad respecto de las deudas so-

versión del contrato nulo. Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español», Barcelona, 1994; CASTAN TOBEÑAS, J. «Derecho civil español, común y foral», I, Vol.II, Ed.Reus, Madrid, 1987, pág.953; DIEZ PICAZO, L./GULLÓN, A. «Sistema de Derecho Civil. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica», Tecnos, Madrid, 1992, pág.572.

<sup>17</sup> Vid. en el mismo sentido, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. «Irregularidad societaria...», ob.cit. pág.666-667; IDEM. «La sociedad de capital...», ob.cit. pág.47-50; SANCHEZ ALVAREZ, M. «La fundación...», ob.cit. pág.372-373.

<sup>18</sup> Vid. ALONSO UREBA, A. «Consideraciones críticas...», ob.cit. pág.122; GARCÍA VILLAVARDE, R. «Sociedades irregulares», ob.cit. pág.48.

<sup>19</sup> Vid. en este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L./SANCHEZ ALVAREZ, M. «Requisitos de forma y publicidad: Las sociedades irregulares en el Derecho español (STS de 8 de julio de 1993 (R.6326)», R. d.S. núm.3, 1994, pág. 278; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. «La sociedad de capital...», ob.cit. pág.45; IDEM. «Irregularidad societaria...», ob.cit. pág.664; TAPIA HERMIDA, A. «Comentario...», ob.cit. pág.498; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. «La sociedad irregular», ob.cit. pág.198.

<sup>20</sup> Coincide de manera unánime la doctrina en admitir que para la transformación de una sociedad mercantil se requiere la existencia de un acuerdo social en tal sentido. Tratándose de una sociedad anónima, «la transformación habrá de ser acordada, en todo caso, en junta general de accionistas, con los requisitos y formalidades previstos en el art.103» (art.224,1 LSA). En el caso de una sociedad de responsabilidad limitada se deberá adoptar

el acuerdo observando los requisitos previstos para la modificación de los estatutos (art.88,1 LSRL). Y en el supuesto de sociedades colectivas o comanditarias será preciso «el consentimiento de todos los socios que tengan responsabilidad personal y solidaria por las deudas sociales, y, en cuanto a los socios comanditarios, se estará a lo dispuesto en la escritura social» (art.217,1 RRM).

Por consiguiente, cuando se habla de transformación obligatoria, y se contraponen esta noción a la de transformación voluntaria, se utiliza la expresión en sentido relativo, es decir, como transformación necesaria para que la sociedad persona jurídica pueda continuar operando en el tráfico acogido a un tipo social diferente y a un régimen jurídico distinto. En estos casos, el legislador impulsa a la sociedad hacia la transformación, bien sea estableciendo sanciones expresas (p.ej: las disposiciones transitorias tercera y sexta de la LSA) o simplemente implícitas, pero en ningún caso queda sustituida la voluntad de los socios por la voluntad legal (Vid. MADRID PARRA, A. «Transformación, fusión y escisión de las sociedades mercantiles», en Derecho Mercantil, dirigido por JIMENEZ SANCHEZ, G.J., Ariel, Barcelona, 1995, pág.517; URÍA, R./MENEZ, A./CARLON, L. «Transformación de la sociedad anónima (arts.223 y 232 LSA)», en comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, dirigido por URÍA/MENEZ/OLIVENCIA, IX, Vol.I, Madrid, 1993, pág.32-33; AREAN LALIN, M. «La transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada», Madrid, 1991, pág.33; EGEA IBÁÑEZ, R. «Transformación de sociedad», RDP, 1976, pág.131; ROJO-FERNÁNDEZ RIO, A. «La transformación de sociedades anónimas», RCDI, núm.

<sup>21</sup> El legislador ha optado por no imponer un plazo para la inscripción de la sociedad anónima, por ello, como afirma VALPUESTA GASTAMINZA, «aunque haya pasado largo tiempo desde la creación de la sociedad, o desde el otorgamiento de la escritura, y haya nacido una sociedad irregular, se permite la posterior inscripción como sociedad anónima» (Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.199).

<sup>22</sup> Por contra, así es calificada por GOMEZ PORRUA (Vid. GOMEZ PORRUA, J.M. «Agrupaciones de Interés Económico», Rev. Derecho de los Negocios, 1991, pág.23); Por su parte, VICENT CHULIA también entiende que la AIE «es esencialmente una sociedad colectiva especial» (Vid. VICENT CHULIA, F. «Compendio...», ob.cit, pág.995-996).

<sup>23</sup> Consideramos que se trata de una sociedad en sentido amplio, o como ha sido definida en el propio preámbulo de la LAIE o, incluso por un cierto sector doctrinal, «una nueva figura asociativa» (Preámbulo LAIE I.) que no es una «sociedad en sentido estricto sino... una agrupación voluntaria de personas de carácter intermedio entre asociación y sociedad» (Vid. MASSAGUER FUENTES, J. «La Agrupación de Interés Económico; un primer comentario a los aspectos jurídicos societarios de la Ley 12/1991 de 29 de abril», RGD, 1991, pág.7641-7644; y en parecidos términos, Vid. DE CARLOS BERTRAN, L. «Responsabilidad de los socios y de los administradores en la Agrupación de Interés Económico», RDM, 1991, pág.490; EMBID IRUJO, J.M. «Concentración de empresas y Derecho de cooperativas», Murcia, 1991, pág.82). Por contra, para un importante

sector de la doctrina, las Agrupaciones de Interés Económico son nuevas figuras asociativas introducidas en nuestro Ordenamiento por la Ley de 29 de abril de 1991 (Vid. BROSETA PONT, M. «Manual de Derecho...», ob.cit, pág.376; FERNANDEZ RUIZ, «Fundamentos de Derecho Mercantil», Madrid, 1991, pág.421; GUI MORI. «Una nueva figura de gran actualidad: Las agrupaciones de interés económico», Rev. Derecho de los Negocios, 1991, pág.2; GOMEZ CALERO, J. «Las agrupaciones de interés económico», Barcelona, 1993, pág.143-144).

<sup>24</sup> Vid. art.4 LAIE.

<sup>25</sup> Vid. arts.2 y 3 de la LAIE.

<sup>26</sup> En este sentido, entiende un importante sector de nuestra doctrina que se debe rechazar la idea de que la conversión o sometimiento *ex lege* de la sociedad irregular a las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil supone una transformación o cambio de forma de una sociedad en formación en sociedad colectiva o civil. Así, Vid. VICENT CHULIA, F. «La sociedad en constitución», ob.cit, pág.85; GARCÍA-CRUCES GONZALEZ, J.A. «La sociedad de capital...», ob.cit, pág.45 y s.s.; IDEM. «Irregularidad societaria...», ob.cit, pág.664 y s.s.; SANCHEZ ALVAREZ, M. «La fundación...», ob.cit, pág.372; SANCHEZ ALVAREZ, M./FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. «Requisitos de forma y publicidad...», ob.cit, pág.278; TAPIA HERMIDA, A. «La sociedad anónima falta...», ob.cit, pág.137-138; IDEM. «Comentario...», ob.cit, pág.497; BOLAS ALFONSO, J. «Sociedad anónima no inscrita...», ob.cit, pág.2646.

<sup>27</sup> En este sentido, Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.165; PAZ-ARES, C. «Comentario del C.C.», dirigido por C. Paz-Ares; L. Díez-Picazo; R. Bercovitz; P. Salvador, Vol.II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág.1316 y 1344;

éstos seguirán respondiendo personal e ilimitadamente de las deudas contraídas por la sociedad irregular, esto es, por las deudas sociales contraídas con anterioridad a su inscripción. Tampoco, en este caso, la aplicación a la sociedad constituida de un régimen heterónomo, supone o se explica en virtud de una conversión-transformación de la misma.

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que la ausencia de la publicidad legal exigida para la regular constitución de la sociedad mercantil nunca puede suponer la ineficacia e invalidez del negocio constitutivo de sociedad y que, por tanto, la conversión o remisión normativa de la sociedad irregular a las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil —y la consiguiente suspensión del régimen normativo propio del tipo social pactado— sólo puede ser cabalmente entendida como una sanción legal (parcial y, en su caso, transitoria) de **heterointegración normativa** del régimen jurídico propio de la sociedad devenida irregular, en cuya virtud éste queda en suspenso (en tanto no se regularice, con la inscripción, la sociedad) en lo que resulte aplicable a las relaciones sociales externas y, en su lugar, **heterointegrado ministerio legis** con el régimen de la sociedad colectiva o civil.

No se trata, pues, a nuestro juicio, de un complejo problema (de innecesario planteamiento) de **mutaciones tipológicas de las sociedades**<sup>26</sup>, sino tan sólo de una **cuestión de aplicación de normas**, según *imperio legislatoris*. La parcialización de este cambio de normas aplicables (a sólo las relaciones externas), de un lado, y la transitoriedad de la medida (hasta tanto no se regularice registralmente la sociedad), de otro, hacen innecesaria —por desorbitadamente complicada— tanta **«mudanza tipológica»** como la que supone las transformaciones societarias, mucho más si éstas están llamadas a ser **«reversibles»** si la sociedad irregular se regulariza finalmente. Esta tesis de la **heterointegración normativa parcial y, en su caso, transitoria** explica suficientemente, con economía de procedimiento, gasto, y realismo societario, la cues-

tión de la aplicación a las sociedades irregulares de las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil (así como su desaplicación tan pronto se regularicen).

En conclusión, la aplicación de ese régimen jurídico legalmente impuesto sólo tendrá sentido en el ámbito de las relaciones externas de la sociedad (responsabilidad y representación) en el que, en aras de la protección de los intereses de los terceros, las normas son de carácter imperativo e inderogables por la voluntad de las partes<sup>27</sup>, pero no en el ámbito interno o de relaciones entre los socios, donde los pactos contraídos por los mismos en la escritura de constitución de la sociedad sólo deberían verse sustituidos por el régimen legalmente impuesto en el caso de que entrasen en conflicto con el mismo<sup>28</sup>. Así pues, la sociedad irregular no puede ser considerada como una sociedad totalmente distinta de la que los socios quisieron constituir, sino como una desconfiguración o aconfiguración (parcial y, en su caso, transitoria) de ésta a la que, por faltar el requisito regularizador de la inscripción registral, se la somete *ex lege* a un régimen jurídico heterointegrado de normas correspondientes no al tipo social pactado, sino a las de la sociedad colectiva o civil, aún sin llegar a transformarse en éstas<sup>29</sup>. Bien entendido que la sociedad se **reconfigura tipológicamente** tan pronto se regularice registralmente, momento en el que su régimen jurídico se **autointegrará tipológicamente** por completo.

### 3. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD COLECTIVA O DE LA SOCIEDAD CIVIL A LA SOCIEDAD IRREGULAR.

Otra de las cuestiones que deja sin resolver de forma expresa el art.16,2LSA y que plantea ciertos problemas hermenéuticos a la hora de abordar el estudio de esta norma es la relativa a qué actos y

SANCHEZ ALVAREZ,M/FERNANDEZ DE LA GANDARA,L. «Requisitos de forma y publicidad...», ob.cit, pág.275.

<sup>27</sup> Vid. en tal sentido, GARCIA-CRUCES GONZALEZ,J.A. «La sociedad de capital...», ob.cit, pág.53; IDEM. «Irregularidad societaria...», ob.cit, pág.669; SANCHEZ ALVAREZ,M. «La fundación...», ob.cit, pág.374-375; SANCHEZ ALVAREZ,M/FERNANDEZ DE LA GANDARA,L. «Requisitos de forma y publicidad...», ob.cit, pág.275; TAPIA HERMIDA,A. «Comentario...», ob.cit, pág.498; BOLAS ALFONSO,J. «Sociedad anónima no inscrita...», ob.cit, pág.2646. Igualmente, Vid. STS de 6 de octubre de 1990 (R.7475); 20 de mayo de 1982 (R.583); 5 de julio de 1982 (R.4216); 1 de octubre de 1986 (R.5230); 20 de febrero de 1988 (R.1073); 16 de marzo de 1989 (R.2154); 3 de abril de 1991 (R.2633); 30 de mayo de 1992 (R.4831); 4 de diciembre de 1992 (R.10393); 8 de julio de 1993 (R.6326).

Por el contrario, entienden que el régimen jurídico aplicable a la sociedad irregular «sin duda sería el régimen completo de la sociedad colectiva o la civil, según los casos», GARCIA VILLAVERDE,R. «Sociedades irregulares», ob.cit, pág.43; SELVA SANCHEZ,L.M. «Reflexiones en torno...», ob.cit, pág.420; VALPUESTA GASTAMINZA,E.M\*. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.161-162; JIMENEZ SANCHEZ,G.J. «La sociedad anónima en formación...», ob.cit, pág.683 y nota 84; MATILLA ALEGRE,R. «Las sociedades irregulares...», ob.cit, pág.83; ALONSO UREBA,A. «Consideraciones críticas...», ob.cit, pág.122.

También nuestros órganos judiciales se han pronunciado en alguna ocasión en favor de esta segunda interpretación. Así, en la Sentencia 12 de septiembre de 1994, la Audiencia Provincial de Madrid (publicada en RGD, 1995, pág.946-949).

<sup>28</sup> A este respecto, Vid. GARCIA-CRUCES GONZALEZ,J.A. «Irregularidad societaria...», ob.cit, pág.669; IDEM. «La sociedad de capital...», ob.cit, pág.49; SANCHEZ ALVAREZ,M. «La fundación...», ob.cit, pág.372; TAPIA HERMIDA,A. «La sociedad anónima falta...», ob.cit, pág.134-135; IDEM. «Comentario...», ob.cit, pág.497; IDEM. «Irregularidad de la sociedad anónima versus sociedad anónima irregular», en Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez, II, Civitas, Madrid, 1996, pág.2577; CABANAS TREJO,R/BONARDELL LENZANO,R. «Sociedad irregular...», ob.cit, pág.162-163.

<sup>29</sup> Vid. en tal sentido, JIMENEZ SANCHEZ,G.J. «La sociedad anónima en formación...», ob.cit, pág.682, nota 81.

<sup>31</sup> Es decir con anterioridad a la verificación de la voluntad de no inscribir la sociedad o, en cualquier caso, al transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción.

<sup>32</sup> Por el contrario VALPUESTA GASTAMINZA considera que no cabe defender que la fecha de ejecución determine la aplicación del régimen de la sociedad en formación u otro, pues ya se ha dicho que la sociedad irregular lo es a todos los efectos desde un inicio, y que no se aplican por ello diferentes regímenes jurídicos en diferentes espacios de tiempo» (Vid. VALPUESTA GASTAMINZA,E.M\*. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.188-189).

Sin embargo, consideramos que sí debe ser el momento de la ejecución, o de la exigibilidad, de las deudas sociales el que determine el régimen jurídico aplicable a las mismas. Según se infiere del propio texto del art.16 LSA el régimen de la socie-

dad colectiva o de la sociedad civil sólo resultará aplicable a partir del momento en el que se logre exteriorizar la existencia de la irregularidad, bien por la verificación de la voluntad de no inscribir o bien por el transcurso del plazo de un año legalmente previsto, y siempre que la sociedad haya iniciado o continúe con sus operaciones, aún cuando la aplicabilidad del citado régimen jurídico deba retrotraerse, por las razones expuestas en el texto, al período anterior a esa constatación de la irregularidad. Por esta razón, creemos que la interpretación anteriormente apuntada no resulta del todo ajustada a Derecho, por cuanto que, según lo hasta ahora expuesto, no resulta posible aplicar el régimen legalmente previsto para las sociedades irregulares a aquellas deudas sociales asumidas cuando aún no se ha logrado verificar la existencia de la irregularidad y cuya ejecución se haya producido con anterioridad al acaecimiento de tal evento.

<sup>33</sup> Vid. GIRON TENAJ, J. «Derecho de sociedades», ob.cit, pág.254; GARCIA VILLAVARDE, R. «Sociedades irregulares», ob.cit, pág.43; TAPIA HERMIDA, A. «La falta de inscripción...», ob.cit, pág.145.

<sup>34</sup> En este sentido, Vid. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A. «La sociedad de capital...», ob.cit, pág.57; SANCHEZ ALVAREZ, M. «La fundación...», ob.cit, pág.373-374; MENENDEZ MENENDEZ, A. «Sociedad anónima e inscripción...», ob.cit, pág.49; MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>J. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.2529; FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. «La sociedad comanditaria...», ob.cit, pág. 101; IDEM. «La sociedad anónima...», ob.cit, pág.646; SELVA SANCHEZ, L.M. «Reflexiones en torno...», ob.cit, pág.419; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M<sup>a</sup>. «La sociedad irregular», ob.cit, pág.138-140;

contratos se aplica el régimen legalmente previsto para disciplinar a la sociedad irregular. En este sentido, en una primera hipótesis interpretativa, cabría estimar que las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil, sólo resultarían aplicables a aquellas operaciones generadoras de deudas sociales asumidas por la sociedad irregular tras concurrir las «circunstancias» previstas por la Ley (ex art.16,1 LSA) como presupuestos cuya presencia se estima ineludible para entender acreditada la irregularidad de la sociedad. De este modo, la disciplina legalmente impuesta a la sociedad irregular tan sólo se aplicaría a las operaciones realizadas desde el momento en que pudiera considerarse verificada la voluntad de no inscribir o, en todo caso, una vez que hubiese transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución sin que se hubiera solicitado su inscripción<sup>30</sup>. Lo cual significa que, a las operaciones verificadas con anterioridad, se les seguiría aplicando el régimen previsto -ex art.15 LSA- para las sociedades en formación.

Sin embargo, consideramos que existen argumentos suficientes que avalan la aplicabilidad del régimen de responsabilidad propio de la sociedad irregular a todas las deudas sociales incluidas las generadas y asumidas con anterioridad a la manifestación o exteriorización de la irregularidad<sup>31</sup> y contraídas en nombre de la sociedad en formación.

En primer lugar, el tenor literal del precepto, al afirmar que «...si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil», se pronuncia con tal flexibilidad y amplitud que permite, incluso sin forzar la interpretación, entender que dicha aplicación hace referencia a cualquier acto o contrato realizado con posterioridad a la exteriorización de la irregularidad, pero también a los celebrados con anterioridad aunque ejecutados con posterioridad a tal evento<sup>32</sup>.

Y, en segundo lugar, no parece posible excluir del ámbito de responsabi-

dad legalmente previsto ex art.16,2 LSA para las sociedades irregulares a las deudas sociales generadas y asumidas con anterioridad a la exteriorización de la irregularidad, por cuanto que las categorías dogmáticas de sociedad en formación y de sociedad irregular son categorías mutuamente excluyentes, lo que obliga a entender que, una vez acreditada la voluntad de no inscribir, la sociedad debe ser considerada como irregular *ab initio* desde que se celebró el pacto de constitución de la misma, de forma que la situación de sociedad en formación y de sociedad irregular no pueden explicarse como dos estadios sucesivos que acontecen en aquellas sociedades en las que sus socios renuncian, al menos dentro de un plazo prudencial legalmente impuesto (ex art.16,1 LSA), a su inscripción en el Registro Mercantil. Así pues, una vez manifestada la irregularidad no resulta posible admitir la aplicación de las normas de la sociedad en formación, ni aún cuando se trate de operaciones sociales realizadas con anterioridad a la verificación de la voluntad de no inscribir o al transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, sino que a partir de aquel instante la sociedad irregular y sus socios habrán de responder, según el régimen de responsabilidad de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil, de todas las deudas sociales, esto es, tanto de las contraídas con posterioridad a la exteriorización de la irregularidad como de las asumidas con anterioridad pero aún no ejecutadas.

#### 4. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD COLECTIVA O DE LA SOCIEDAD CIVIL A LA SOCIEDAD IRREGULAR.

El régimen de responsabilidad especialmente riguroso que se deriva de la aplicación a la sociedad irregular de las normas de la sociedad colectiva o, en su

caso, de la sociedad civil, ha llevado a parte de la doctrina<sup>35</sup> a propugnar la adopción de determinadas medidas en aras de lograr la debida protección de aquellos socios que, por no ser conscientes o conocedores de la falta de inscripción y por mostrarse contrarios al inicio de la actividad social merecen ser considerados como «socios pasivos» o de «buena fe» no culpables de la irregularidad. En este sentido, se ha defendido que estos «socios pasivos» o de «buena fe» no merecen ser caracterizados como socios de la sociedad irregular y que, por tanto, no deben responder de acuerdo con el régimen de responsabilidad personal e ilimitada previsto para los socios de las sociedades colectivas (ex art.127 C. de C.) o de las sociedades civiles (ex art.1698 C.C.), sino que deben ser tratados como socios comanditarios y, tan sólo responder limitadamente hasta la cuantía de su aportación.

Sin embargo, resulta muy difícil admitir la existencia de «socios pasivos» o de «buena fe» —en el sentido aludido— en las sociedades irregulares, por cuanto que no podemos olvidar que cualquier socio fundador, en mayor o menor medida, resulta responsable de la irregularidad de la sociedad en tanto que tiene en sus manos el cumplimiento de los requisitos de forma (escritura pública) (ex art.1279 C.C.) y de publicidad legal (inscripción en el Registro Mercantil) (ex arts.17 LSA y 15,2 LSRL) precisos para lograr la regular constitución de la sociedad e impedir, de esta forma, su irregularidad. A lo anterior se une el hecho de que la propia Ley (ex art. 16,1 LSA) ofrece un mecanismo para que «cualquier socio» no conforme con la situación irregular de la sociedad pueda solicitar la disolución de la misma y así evitar que siga actuando en el tráfico.

En consecuencia, en tales circunstancias, si todo socio fundador está obligado y, a la vez, facultado para obtener la inscripción de la sociedad y, a lo mismo tiempo, goza de la «protección» legal que supone la facultad de disolución, no creemos que en una sociedad irregular sea posible advertir la existencia de socios liberados de toda culpa por la falta de inscripción de la sociedad y no asistentes

con la actuación de la misma. Por tanto, parece totalmente razonable estimar que una vez exteriorizada la irregularidad (ex art.16,1 LSA) sus consecuencias perniciosas recaigan sobre todos los socios de la sociedad irregular<sup>36</sup>, máxime si tenemos presente que el propio art.16 LSA evita cualquier tipo de exclusión personal de su régimen jurídico y que, además, la sociedad conforma, sin duda, una comunidad de riesgos no sólo derivados del desarrollo del objeto social, sino de todo el funcionamiento de la sociedad.

Así pues, todos los socios de la sociedad irregular, sin excepción alguna, responderán de las deudas sociales tanto de las contraídas con anterioridad a la exteriorización de la irregularidad pero aún no ejecutadas, como de las contraídas con posterioridad a tal evento, según el régimen de responsabilidad propio de la sociedad colectiva, si la sociedad tiene objeto mercantil, o de acuerdo con el régimen de responsabilidad aplicable a la sociedad civil, si su objeto es civil; esto es, todos responderán personal e ilimitadamente<sup>37</sup> con todo su patrimonio y de forma solidaria (ex art.127 C. de C.)<sup>38</sup>, aunque subsidiariamente con relación a la sociedad (ex art.237 C. de C.) pues no apreciamos razones que permitan negar a socio alguno el beneficio de excusión con relación al patrimonio social<sup>39</sup>.

ALONSO UREBA, A. «Consideraciones críticas...», ob.cit. pág. 123-124.

<sup>35</sup> La responsabilidad de los socios frente a las deudas sociales será personal e ilimitada tanto si la sociedad, cuya constitución han pactado en el contrato social, adopta forma tipo y objeto mercantil, como si acoje una forma tipo mercantil capitalista pero su objeto es de naturaleza civil, por cuanto que, por virtud de lo dispuesto en el art.1670 C.C., también a este último supuesto «les serán aplicables sus disposiciones (del Código de Comercio) en cuanto no se opongan a las del presente Código (Civil)», de ahí

que, resulte aplicable el régimen de responsabilidad previsto en el art.127 C. de C. al no existir en el C.C. ninguna norma que se oponga al citado régimen jurídico.

<sup>36</sup> A pesar del tenor literal del art.1698 C.C., según el cual «los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad...», la doctrina mercantilista se ha mostrado partidaria de admitir la responsabilidad solidaria de los socios de aquellas sociedades que adoptando una forma mercantil tuviesen un objeto social de naturaleza civil, lo cual supone la desaplicación del art.1670 C.C., puesto que, de lo contrario, su empleo determinaría la prevalencia de la norma civil (art.1698 C.C.) sobre la mercantil que impone la regla de la solidaridad (art.127 C. de C.). Vid. GARRIGUES, J. «Curso de Derecho Mercantil», I, Madrid, 1976, pág.313-314; GIRON TENA, J. «Sociedades civiles y sociedades mercantiles...», ob.cit. pág. 48-49; CAMARA ALVAREZ, M. «Estudios...», I, 1977, ob.cit. pág. 240-241; BROSETA PONT, M. «Manual de Derecho...», ob.cit. pág.161; LOJENDIO OSBORNE, I, en AAVV, «Derecho Mercantil», ob.cit. pág.158-159; MORILLAS JARILLO, M. J. «La sociedad irregular», ob.cit. pág.2528-2529. Igualmente, Vid. Sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de octubre de 1994 y 14 de octubre de 1996 (RGD, núm.631, 1997, pág.4815 y s.s.).

<sup>37</sup> La personalidad jurídica de la que goza la sociedad irregular, permite considerar que es la sociedad la que asume directamente las deudas sociales frente a los terceros con los que contratan sus representantes, de ahí que resulte totalmente lógico y razonable admitir la responsabilidad subsidiaria de los socios respecto de las deudas de la sociedad.