



CAMPUS PÚBLICO
MARÍA ZAMBRANO
SEGOVIA

GRADO EN RELACIONES LABORALES
Y RECURSOS HUMANOS



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO DE FIN DE GRADO

LAS SOCIEDADES IRREGULARES

Presentado por: Natalia Hernanz Rueda

Tutelado por: Laura González Pachón

Segovia, 4 de Julio de 2014

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

PRESENTACIÓN.....	4
JUSTIFICACIÓN.....	7
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	8

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

1.1 Antecedentes legislativos de una sociedad irregular.....	10
1.2 La constitución de un nuevo tipo de sociedad innovadora.....	12
1.3 La conversión de la sociedad civil.....	13
1.4 Responsabilidad social y derecho del socio a solicitar la disolución.....	15
1.5 Legislación aplicable.....	16
1.5.1 Real Decreto de 22 de Agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.....	16
1.5.2 Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.....	16
1.5.3 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.....	17
1.5.4 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de Capital.....	17

CAPÍTULO 2

PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

2.1 La personalidad jurídica de la sociedad irregular: El debate sobre la existencia de la personalidad jurídica.....	20
2.2 Tesis sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.....	23

CAPÍTULO 3

FRONTERA CON LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN

3.1 Diferencias en el proceso de constitución.....	26
3.2 Responsabilidad de los socios en cada tipo de sociedad.....	29

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.....	32
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34

INTRODUCCIÓN

Presentación

El presente trabajo se va a centrar en el estudio de las sociedades irregulares. En primer lugar, se va a analizar cómo han ido surgiendo este tipo de sociedades, para posteriormente, realizar un análisis más exhaustivo sobre ellas.

La doctrina trata la cuestión sobre la evolución de este tipo de sociedades, pero concretamente Broseta (1932) establece el comienzo de la sociedad capitalista en las Compañías de Indias. Estas se caracterizaron por la explotación de las empresas coloniales, contribuir con grandes cantidades de capital y por la transmisibilidad de las participaciones sociales.

La Ley de 28 de enero de 1848 modificó el Código de Comercio de 1829 sobre la constitución de sociedades anónimas y la Ley General de Sociedades de 19 de octubre de 1869, para así separar la intervención pública en su constitución, centrándose, lo que se requiere en la actualidad, la difusión del contrato.

Cabe destacar que el Código de Comercio de 1885 (en adelante C.Com) establecía escasa regulación de la sociedad anónima. Tan sólo incluía veinte artículos y dicha sociedad tenía la prohibición de establecer el nombre de los socios en la razón social ni tener la limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

Para solucionar la ausencia de regulación legal surgió la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (en adelante L.S.A), se trata de una norma imperativa con una regulación más clara y concisa que se crea con el propósito de suprimir la intervención de los poderes públicos en su proceso de constitución llevando a cabo el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción en el registro mercantil.

Para el ajuste de la legislación a las normativas Europeas en materia de derecho de sociedades, se estableció la Ley 19/1989 de 25 de julio (en adelante la ley 19/1989). Esta legislación “sobre reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades”, que incorpora seis directivas comunitarias esenciales en esta materia, modifica la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre, que incluye en un único cuerpo legal la parte de la disciplina de la Ley de 17 de julio de 1951 que permanece vigente, y el Reglamento del Registro Mercantil (RRM) de 29 de diciembre, que indudablemente, por la vía de una interpretación adicional, se ha convertido en un Reglamento de nuestra legislación de sociedades.

El punto de partida tuvo lugar en la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades”. Se inició por la Comisión General de Codificación (1975), la cual promovió las labores y responsabilidades para poder lograr su reforma. Fueron cuatro años de intenso trabajo hasta la publicación de los textos legales en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Dicho anteproyecto tuvo que ser inspeccionado debido a la incorporación de España a la Comunidad Europea, por la salida de la nueva normativa comunitaria.

Las características principales que recoge la Ley 19/1989 son:

- La puesta en marcha del Registro Mercantil
- La regulación clara y concisa de las aportaciones no dinerarias y de las acciones.
- Libre transmisibilidad de las acciones
- Representación de las acciones a través de anotaciones en cuenta o títulos.
- Modificación de los estatutos
- Impugnación de acuerdos

La reforma siguió operando adentrándose en diferentes sectores del sistema jurídico-mercantil (publicidad registral, contabilidad de los empresarios, cuentas de los grupos de sociedades, sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones), instaurándose algo similar a una Ley general de sociedades.

Ahora bien, lo importante era la implantación de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, basada en una legislación mejorada, que requiere el ajuste de todo tipo de sociedades, y promueve los trabajos necesarios para la realización de una Ley General de Sociedades, que cumple con lo exigido en nuestro Derecho de Sociedades: evolucionar en el sector mercantil.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), con el apoyo de lo recogido en la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, conduce al Gobierno para que elabore un único texto, con el título de “Ley de Sociedades de Capital”, legislación dedicada a las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones. Asimismo se rompe con la tradicional regulación surgiendo una normativa más detallada.

Partiendo de la definición del contrato de sociedad mercantil como aquel por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para ejercer una actividad comercial y obtener lucro, con ánimo de partir entre sí las ganancias, con arreglo al criterio general establecido por el Código de Comercio, si bien corregido en el sentido de no hacer depender la mercantilidad de la forma que se dé a la sociedad, sino de su objeto; el Código establece una enumeración de los tipos de sociedad mercantil, dependiendo de la forma adoptada por cada una de ellas: la sociedad colectiva, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

Por lo general, encontramos dos tipos de sociedades mercantiles. Están las que se originan de acuerdo a un factor predominante en la sociedad, el capital, y las que se centran en las personas. La primera clasificación nos referimos a las sociedades capitalistas o de capital. La segunda clasificación, a las sociedades personalistas o de personas.

A continuación, vamos a ir constituyendo la noción de este tipo de sociedades de capital, mencionada anteriormente. Así la definiremos “como aquella constituida en virtud de contrato por el cual los socios ponen en común bienes para el ejercicio de una actividad mercantil con la que obtener lucro, y partir entre sí las ganancias, representando la condición de socio mediante participaciones sociales siendo esencialmente transmisible la condición de socio, incorporada o no a las participaciones”.

Claramente, predomina una distinción notoria entre estos dos tipos de sociedades: las sociedades personalistas o de personas y las sociedades capitalistas o de capital. Las primeras, como se ha dicho anteriormente, se caracterizan fundamentalmente por su elemento configurador; las personas y está constituida de acuerdo a su propia estructura, la cual no puede sufrir ningún tipo de alteración, a no ser que así sea a través del contrato y consenso de los socios.

Por lo contrario, en las sociedades capitalistas, los factores más importantes son el capital y las aportaciones de los socios. En cuyo caso se excluye el acuerdo social. Aquí lo que tiene más transcendencia no es tanto la organización de la persona en la sociedad, sino la cuantía de la participación.

Al pie de la clasificación de las sociedades capitalistas y las sociedades personalistas, se van a establecer las diferentes tipologías de cada una de ellas. Dentro de las primeras nos encontramos con la sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima y sociedad comanditaria por acciones. En las segundas aparecen la sociedad colectiva y sociedad comanditaria simple.

Todas las sociedades mercantiles para que queden constituidas y así adquirir personalidad jurídica, necesitan el cumplimiento de dos requisitos: el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. Así el art. 19 del C.Com, recoge lo dispuesto:

“Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos, y condiciones, en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil”.

Con similitud de lo establecido anteriormente, los artículos 20, 29 y 33 de la LSC, exponen lo siguiente:

Art. 20 LSC: “La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil”.

Art. 29 LSC: “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”.

Art.33 LSC: “Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”.

Todos coinciden en la importancia de la inscripción registral, tanto la sociedad anónima como sociedad de responsabilidad limitada, y así adquirir la personalidad jurídica. La omisión voluntaria de este elemento clave de la inscripción en el Registro Mercantil es lo que conlleva a la aparición de la sociedad irregular.

El objetivo de este trabajo es valorar la realidad de las sociedades irregulares, indagando los aspectos más trascendentales de este tipo de sociedades. Para ello, en primer lugar, explicaremos el concepto de las sociedades irregulares, en concreto, los trabajos preparatorios de la ley, luego trataremos su constitución especial y su personalidad jurídica. Desde una visión global de las sociedades irregulares, repasaremos alguna de las opiniones que han repercutido en la doctrina, y acto seguido describiremos sus elementos diferenciadores con la sociedad en formación. Por último se realizara una valoración crítica sobre la sociedad irregular como una realidad aportando mi visión personal sobre la materia.

Justificación

El motivo de realización del presente trabajo ha sido establecer la vinculación entre el trabajo propuesto y las capacidades propias del grado. Efectivamente, el objetivo es mostrar lo innovador del trabajo así como aplicar los diferentes conocimientos teóricos y prácticos adquiridos para alcanzar el aprendizaje autónomo y la capacidad de análisis y crítica de la realidad estudiada. De ese modo, conocer la legislación que abarca el estudio de la presente memoria, así como el análisis en profundidad de sus conocimientos más dinámicos y trascendentales.

Finalmente, lo que se quiere conseguir es que el lector sepa los pasos que tiene que dar para trabajar adecuadamente cuando se trate una sociedad irregular y su implementación en el día a día de la empresa. Beneficios y dificultades.

Abreviaturas utilizadas

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CCOM: Código de Comercio

CE: Constitución Española

CCE: Comunidad Económica Europea

CIF: Código de Identificación Fiscal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LIS: Ley de Impuesto sobre Sociedades

LSA: Ley de Sociedades Anónimas

LSC: Ley de Sociedades de Capital

LGT: Ley General Tributaria

P: Página

PP: Páginas

RD: Real Decreto Ley

RGIT: Reglamento General de Inspección Tributaria

RRM: Reglamento del Registro Mercantil

RM: Registro Mercantil

TFG: Trabajo Fin De Grado

CAPÍTULO I

TRABAJOS PREPARATORIOS DE LEY Y CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

1.1 Trabajos preparatorios de ley de la Sociedad Irregular

La doctrina ha enfocado su tema de estudio en las sociedades irregulares, así confirmamos que existe una buena diversidad de opiniones arraigadas y muy similares sobre su fundamento y características más trascendentales, sin embargo evidentemente siempre nos vamos a encontrar discordancia entre ellas. En la actualidad, gran parte de los rasgos peculiares de esta sociedad son aceptados, en su mayoría, por casi todos los autores. Por lo contrario, la jurisprudencia alcanza indudables incertidumbres acerca de su aceptación de la noción de irregularidad.

Antes de introducirnos en el estudio de este tipo de sociedades con un régimen especial hay que destacar los siguientes aspectos:

- El negocio existe siempre al margen y antes de la inscripción de constitución, e incluso, en los casos de negocios plurilaterales, la personalidad jurídica de la que emanan. No obstante, la naturaleza de la relación de los sujetos con el tercero, la responsabilidad y representación queda sometida a la inscripción.
- La eficacia del negocio solo puede ser afectada por los requisitos esenciales del contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC), nunca dependerá de la inscripción.

Pedróñ, A.P. (1991) “La eficacia constitutiva significa, pues, en el sistema registral, la máxima protección de los terceros, hasta el extremo de protegerles en los casos que podrían considerarse de mala fe” (p.74).

A la sociedad se le atribuye la noción de irregular en el momento que no concurren los requisitos formales constitutivos, característicos de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada, por ello no debe hablarse de la sociedad anónima irregular. La Ley de Sociedades de Capital ha suprimido esta expresión y establece el concepto de “sociedad devenida irregular”, concretamente, en el artículo 39: “1. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que haya solicitado su inscripción”.

La regularidad es particular de aquellas sociedades cuya inscripción sea constitutiva, es decir, necesaria para la adquisición de la personalidad jurídica. Dicha inscripción constitutiva adquiere plena validez frente a terceros al igual que reguarda el régimen de responsabilidad particular de las sociedades de capital.

Sánchez Calero, F. y Sánchez Calero Guilarte, J. (2013)

Comprende el hecho de que habiéndose otorgado la escritura de constitución de la sociedad anónima y verificada la voluntad de no inscribir la sociedad o, en todo caso, haya transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se hubiere solicitado su inscripción (p.415).

Para encuadrar la irregularidad de la sociedad mercantil vamos a establecer tres características fundamentales:

1. Actuar en el exterior.
2. No ser inscrita en el Registro mercantil.
3. No gozar voluntad para realizarlo.

En el momento del otorgamiento de la escritura pública la sociedad ya queda constituida, a pesar de que su formalización no quede concluida, por lo que aún no podrá gozar de personalidad jurídica. No podemos dejar de lado que para que exista la irregularidad debemos de contar con un contrato de sociedad, por lo que ya quedará validado. Alcanzamos esto a través del consenso de los socios, la concordancia en un fin común y la aportación de bienes o trabajo de todos sus socios.

Merece especial atención las consecuencias específicas que la Ley establece en relación a la escritura pública:

- Efectos ejecutivos y probatorios, según lo dispuesto en el art. 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y de lo que resulta el art. 1218 del Código Civil (CC).
- Inscripción tanto en el Registro Mercantil como en el Registro de Propiedad en el caso de que consten aportaciones inmobiliarias.
- La presentación de la escritura pública como título legislador en el tráfico de negociación, que sólo podrá ser impugnable ante un tercero registral, es decir, cuya denominación aparezca en el Libro de Registro.
- Según lo dispuesto en el art. 1462 CC: “Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”. Se puede utilizar como título de propiedad cuando se aporten determinados bienes.
- Si nos fijamos en el art. 1924 CC: “Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia...1.º Los créditos a favor de la provincia o del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923, número 1.º ”, y todos aquellos comprendidos en los siguientes apartados. Así, todos los créditos que se acrediten en escritura pública disfrutan de esta particularidad.

Ahora parece relevante contemplar el régimen de la sociedad irregular en la fundación simultánea, tal como ha sido consignado en el artículo 16 del nuevo texto de la Ley de Sociedades Anónimas. Conforme a dicho artículo, hablaremos de sociedad irregular siempre que se haya podido “verificar la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción”. Merece especial atención el régimen establecido para la sociedad irregular en los trabajos de elaboración de la Ley.

Los trabajos preparatorios de la Ley se centraron en el art.9 del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas: “cuando la escritura de constitución no se inscribiere en el Registro Mercantil dentro del año del otorgamiento, los bienes aportados a la sociedad y sus frutos quedarán afectados al cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de las personas del artículo anterior”. Este precepto fue modificado en el Proyecto de Ley de “reforma parcial y adaptación”, pero con el mismo significado normativo. Este Proyecto añadió un inciso final, en el que establecía que: “la posterior inscripción de la escritura en ningún caso eliminará esta responsabilidad solidaria por esos actos y contratos (la responsabilidad de quiénes lo hubieran celebrado)”, es decir, siguen respondiendo aunque los administradores asuman dichos actos o contratos, sin perjuicio de la responsabilidad de la sociedad.

La irregularidad de la sociedad no inscrita no difundía la responsabilidad ilimitada de los socios. Dicho en otros términos, “la limitación de la responsabilidad de los socios deja de ser una consecuencia de la personalidad jurídica de la sociedad anónima” (Menendez, 1989, p.42).

1.2 La constitución de un nuevo tipo de sociedad innovadora

El Anteproyecto de Ley siguió introduciendo novedades importantes en materia de sociedad irregular, así lo plasma en el nuevo artículo 14 de la Ley de "reforma parcial y adaptación", tal y como se establece en el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas:

"1. Verificada la voluntad de no inscribir la Sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la Sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones.

2. En tales circunstancias, 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. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la Sociedad".

Este artículo muestra una clara novedad de la que hablamos, la aplicación habitual de las normas de sociedad colectiva genera una responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios que puede comprometer gravemente su patrimonio personal y de la gestión ordinaria de la empresa social, especialmente necesitados de una protección frente a las consecuencias que pueden derivar de la irregularidad. En este caso de irregularidad de la sociedad es de especial importancia la protección frente a terceros.

Así la sociedad concurre como irregular por no ser inscrita. Observando el proceso de constitución de una sociedad mercantil, debería inscribirse como tal según los estatutos, previo otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Sin embargo, los socios de esta sociedad deciden no inscribirse, aun así siguen funcionando como sociedad realizando los actos correspondientes, pero no por ello se les atribuye la irregularidad. Durante el plazo moderado habrá que ver si formalizan los hechos conducentes a la inscripción.

Los socios no son sancionados, ni expulsados del tráfico mercantil por no realizar la inscripción, pero sí quedarían obsoletos de estas consecuencias: no podrán oponer los pactos no inscritos, y en particular no podrán lograr una limitación de responsabilidad, total o parcial, si es que la deseaban. Aquello, por la falta de publicidad legal; esto, porque no existe un control registral que compruebe que se han observado las garantías que exige la ley para tal limitación.

Se discute sobre la irregularidad en el otorgamiento o no de la escritura pública, la realidad es que el problema de la irregularidad es de las sociedades que no están inscritas, no el de las sociedades no escrituradas. No por ello deja de tener importancia, los socios a través del otorgamiento de la escritura pública han realizado el pacto verbal o en documento privado, han reservado su denominación social y han asistido al Notario manifestando su voluntad. La escritura, además, da firmeza a sus acuerdos, de forma que permite a los socios una prueba fácil acerca de aspectos tales como el importe de sus aportaciones, las obligaciones asumidas, etc. y da seguridad acerca de la capacidad de las partes, la fecha del otorgamiento y la declaración de sus voluntades. Por esa formalidad, precisamente, la Ley de Sociedades Anónimas en cierta forma presume la voluntad de inscribir, y según el art. 16.1 LSA "otorga en algunos casos un plazo de un año para solicitar tal inscripción sin caer por ello en irregularidad".

La sociedad que realice la inscripción en el plazo legalmente establecido, se constituirá como sociedad en formación. Por lo contrario, si no realiza la inscripción en el plazo de un año o si no consta la voluntad de hacerlo, la sociedad será exclusivamente irregular, y será tratada conforme a la regulación de la sociedad civil o de la sociedad colectiva.

Es ineludible la importancia que tiene el otorgamiento de escritura pública. Pero tampoco se le trataría de forma distinta que a la sociedad irregular, se las atribuye las mismas consecuencias jurídicas: no podrán oponerse pactos frente a terceros, no podrán limitar la responsabilidad, total o parcial, etc.

En general, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en este aspecto de irrelevancia de a la existencia o no de escritura en cuanto al concepto y régimen de la sociedad irregular. Sin embargo, la oposición es mayoritaria cuando se pasa a afirmar que el otorgamiento de escritura es también irrelevante para la existencia de una sociedad en formación (arts. 15 LSA y 11.3 LSRL). Sobre ello volveremos más adelante, pues tiene importancia para otros aspectos del proceso de constitución de la sociedad irregular.

1.3 Conversión de la sociedad civil

La novedad más significativa que nos señala el artículo 16.2 es la referida a la constitución de la sociedad si, verificada la voluntad de no inscribir y transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que haya solicitado su inscripción la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones. En este caso, según lo establecido en dicho artículo, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil.

La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en la validez y eficacia del negocio fundacional en el ámbito interno aún cuando la sociedad no esté inscrita. Pero tan pronto como salimos de ese ámbito, y nos introducimos en el llamado aspecto externo de la sociedad, surgen numerosas perplejidades de la doctrina y la jurisprudencia.

Se han manifestado dos orientaciones fundamentales en torno a la sociedad irregular. De un lado, una interpretación clásica que ha sido fundamentada por Garrigues, en la que expone tres conclusiones de gran importancia: 1. ^a La falta de personalidad jurídica, ya que sin ella no puedes ser inscrito en el Registro Mercantil, 2. ^a La invalidez de los contratos que celebre la compañía con terceras personas, ya que según el art. 118 C.Com solo son válidos y eficaces los contratos cuando aparezcan cumplidos los requisitos prescritos por el art.119 (escritura y inscripción). 3. ^a La responsabilidad de los gestores de la sociedad, establecida por el hecho de que si los terceros no pueden demandar a la sociedad, no han de quedar escasos de todo recurso para reparar el daño que sufrieron a causa de la legalidad de la sociedad y de sus contratos.

Frente a esta concepción se ha experimentado otra, destacable por su interpretación registral de la sociedad irregular defendida por Girón Tena. La irregularidad es una cuestión que ha ser entendida desde el punto de vista de las relaciones entre la publicidad de hecho y la publicidad legal. La sociedad irregular no es una sociedad interna, sino, una sociedad que se ha dado a conocer, aunque sea efectivamente a través de una publicidad no legal. La Exposición de Motivos del Código de Comercio conduce a la afirmación que nuestro cuerpo legal mercantil no quiere establecer más que dos sanciones para esa irregularidad: 1. ^a El no perjuicio para terceros de los pactos establecidos en la sociedad. 2. ^a La responsabilidad impuesta a los gestores por las consecuencias que se deriven del hecho de la no inscripción, que se impone además de la responsabilidad de una sociedad existente.

Al final ha terminado por imponerse en la Ley la tesis inicialmente defendida por Girón Tena, aunque no sea objeto de crítica por la doctrina alemana.

Cuando hablamos de la conversión al tratar el régimen aplicable de la irregularidad, ha culminado por permanecer la validez de las sociedades irregulares personalistas amparando el prototipo de la sociedad colectiva., al deducir que su implacable régimen de responsabilidad protege los requerimientos del tráfico mercantil.

Cabe citar una sentencia atractiva, respecto a que acepta la conversión de la sociedad irregular en civil, nos referimos a la STS de 24 marzo 1984 que afronta la problemática relacionada a la de la ejecución de un embargo antepuesto a la inscripción en el registro mercantil:

Capítulo 1

"Establecido un convenio social con la consiguiente aportación a su base económica de la referida finca por parte del socio..., lo desplazó del dominio de ésta el referido ente social creado, puesto que aunque no pueda tener personalidad jurídica con alcance y efectos de sociedad anónima en tanto no se lleve a cabo su inscripción registral, según se deduce de los términos del art. 6 de la Ley de 1951 reguladora de la sociedad anónima, ni posibilita la existencia de una sociedad irregular con ese carácter, sí merece el alcance de un vínculo societario con aspecto y consideración civil, que autoriza, a sensu contrario, el art. 1670 CC, en cuanto se han cumplido los requisitos de forma y fondo para generar la relación societaria..., y más en cuanto la aportación de la indicada finca sometida a la controversia no fue pacto que se hubiera mantenido entre los socios, al venir constado en escritura pública" (STS 24 de marzo de 1989).

En conclusión, estamos ante un caso en el que comprendemos la apariencia de una entidad diversificada de sus socios, sin embargo certifica la seguridad de las aportaciones efectuadas y permite la posibilidad de constitución de una sociedad civil, sin dejar claro la consideración de la personalidad jurídica de la sociedad irregular emanada del contrato de los socios en el ámbito mercantil, porque lo que no conviene es su involucración en el ámbito civil y su rechazo al mercantil.

Hay que señalar que en el caso de sociedades anónimas no inscritas Girón Tena ha protegido "La aplicación subsidiaria de las normas de la sociedad civil, por estimar que en las sociedades anónimas se ha querido una limitación de responsabilidad que veda el recurso a las sociedades colectivas" (Girón, p.192).

Esta interpretación fue analizada por la doctrina y termina por salvaguardar la situación general de la sociedad colectiva en todas las situaciones de irregularidad de una sociedad mercantil y, la idea de Girón Tena, referida a las sociedades anónimas no inscritas, en la que va a depender su objeto de mercantilidad, en los casos en que el objeto sea mercantil será sociedad colectiva. En caso de objeto no mercantil será sociedad civil. Todos los socios serán responsables ilimitadamente.

En conclusión, la Sociedad Anónima no inscrita con objeto civil, se designará en el sistema de la sociedad civil en las relaciones internas, externas y de responsabilidad. Sin embargo, hablamos de sociedades con objeto mercantil, cuando la conversión fuera conducida a las sociedades colectivas.

Una cuestión muy interesante de discusión es el que determina el objeto social de una sociedad civil o mercantil, asunto de difícil determinación, ya que carecemos de una definición legal de mercantilidad. La jurisprudencia ha profundizado más este aspecto considerando "mercantil el desempeño organizado de una actividad económica lucrativa en el mercado de bienes o servicios".

La figura de la sociedad civil nunca engloba la noción de la irregularidad. En discrepancia con la sociedad mercantil, la sociedad civil no requiere de la inscripción en el Registro mercantil. El Código Civil (C.C) lo único que recoge respecto a la sociedad es a la que aportaren bienes inmuebles o derechos reales, aquí el art. 1667 CC "sí exige la escritura pública, para dejar constancia frente a terceros de tal aportación y, lógicamente, lograr la transmisión de titularidad de tales derechos reales". Pese a tal omisión de la escritura pública no quedará como sociedad civil irregular.

Así la sociedad concurre como irregular por no ser inscrita. Observando el proceso de constitución de una sociedad mercantil, debería inscribirse como tal según los estatutos, previo otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Sin embargo, los socios de esta sociedad deciden no inscribirse, aun así siguen funcionando como sociedad realizando los actos correspondientes, pero no por ello se les atribuye la irregularidad. Durante el plazo moderado habrá que ver si formalizan los hechos conducentes a la inscripción.

Los socios no son sancionados, ni expulsados del tráfico mercantil por no realizar la inscripción, pero sí quedarían obsoletos de estas consecuencias: no podrán oponer los pactos no inscritos, y

en particular no podrán lograr una limitación de responsabilidad, total o parcial, si es que la deseaban. Aquello, por la falta de publicidad legal; esto, porque no existe un control registral que compruebe que se han observado las garantías que exige la ley para tal limitación.

Se discute sobre la irregularidad en el otorgamiento o no de la escritura pública, la realidad es que el problema de la irregularidad es de las sociedades que no están inscritas, no el de las sociedades no escrituradas. No por ello deja de tener importancia, los socios a través del otorgamiento de la escritura pública han realizado el pacto verbal o en documento privado, han reservado su denominación social y han asistido al Notario manifestando su voluntad. La escritura, además, da fijeza a sus acuerdos, de forma que permite a los socios una prueba fácil acerca de aspectos tales como el importe de sus aportaciones, las obligaciones asumidas, etc. y da seguridad acerca de la capacidad de las partes, la fecha del otorgamiento y la declaración de sus voluntades. Por esa seriedad, precisamente, la Ley en cierta forma presume la voluntad de inscribir, y según el art. 16.1 LSA “otorga en algunos casos un plazo de un año para solicitar tal inscripción sin caer por ello en irregularidad”.

La sociedad que realice la inscripción en el plazo legal, se plasmará como sociedad en formación. Por lo contrario, si no realiza la inscripción en el plazo de un año o si no consta la voluntad de hacerlo, la sociedad será exclusivamente irregular, y será tratada conforme a la regulación de la sociedad civil o de la sociedad colectiva.

Es ineludible la importancia que tiene el otorgamiento de escritura pública. Pero tampoco se le trataría de forma distinta que a la sociedad irregular, se las atribuye las mismas consecuencias jurídicas: no podrán oponerse pactos frente a terceros, no podrán limitar la responsabilidad, total o parcial, etc.

En general, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en este aspecto de irrelevancia de a la existencia o no de escritura en cuanto al concepto y régimen de la sociedad irregular. Sin embargo, la oposición es mayoritaria cuando se pasa a afirmar que el otorgamiento de escritura es también irrelevante para la existencia de una sociedad en formación (arts. 15 LSA y 11.3 LSRL). Sobre ello volveremos más adelante, pues tiene importancia para otros aspectos del proceso de constitución de la sociedad irregular.

1.4 Responsabilidad social y derecho del socio a solicitar la disolución

El art. 16 de la LSA ha enfocado su orientación desde esta perspectiva: “si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil”. Razonamos que en la ocasión de que la sociedad anónima no tenga objeto civil, quedará sujeta al sistema de la sociedad civil en sus relaciones tanto interno y externo como en sus relaciones de representación y responsabilidad, según lo establecido en los arts. 1679 al 1699 CC.

En este caso aparente trataremos de expresar la posición de la sociedad y los socios en el entorno de la responsabilidad. Si nos referimos a los socios, desde el punto de vista de la legislación, hay muchas provisiones acerca del resguardo de los socios “no conscientes ni asintientes a la irregularidad... (para) tratarlos como a los comanditarios en el mismo caso” (Menendez, 1989, p. 48).

No cabe duda sobre la veracidad planteada por Girón Tena “cuando la irregularidad está inspirada en una concepción registral, y cuando en las sociedades de ciertas dimensiones no será infrecuente la existencia de socios “no conscientes ni asintientes a la irregularidad” (Girón, 1986 p.255).

La herramienta de defensa que establece la Ley es la relativa a otorgar a cualquier socio la posibilidad de instar la disolución y liquidación de la sociedad con el reembolso, en su caso de las aportaciones. En el caso de que el socio no se manifieste con su debida diligencia en este

asunto, y la sociedad inicia o continúa sus operaciones, parece muy difícil evitar el juego del régimen de responsabilidad de la sociedad colectiva. Parece ser que ya no surge ninguna duda en estos casos de irregularidad sobre la relación y responsabilidad de los socios con los terceros por las obligaciones debidamente contraídas por sus gestores. Más aún, la irregularidad de la sociedad generará además la responsabilidad directa, y al mismo nivel, de los gestores. Si hablamos de los socios, en aplicación de una responsabilidad secundaria, responderán de forma solidaria, ilimitadamente y personal por las deudas sociales.

Mandaré el principio de la publicidad material negativa, ahora expreso en el art. 9 del Reglamento del Registro Mercantil, a cuyo tenor, al amparo de los efectos propios de la inscripción: “los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”. Regla que estriba en el no daño para tercero de buena fe de los pactos estipulados por la sociedad.

La LSA instituye ese supuesto por virtud del cual cualquier socio consigue evitar el paso de la sociedad en formación a la sociedad irregular, exhortando la disolución de la sociedad en formación y requiriendo, previa liquidación del patrimonio común, la restitución de sus aportaciones. Quiere significarse con todo esto que los efectos de la disolución se producen *ex nunc* (desde ahora), respetando, con todas sus consecuencias, el régimen de la sociedad en formación, y concretamente el de los actos y contratos celebrados con anterioridad en los términos del art. 15.

1.5 Legislación aplicable

En este apartado procederemos al estudio de la diferente legislación que tiene influencia en el ámbito de las sociedades irregulares, estableciendo los artículos más significativos que repercuten en este tema.

1.5.1 Real Decreto de 22 de Agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

Artículo 117 :El contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código.

Dicho artículo establece la validez de todo contrato mercantil que cumpla con los requisitos fundamentales: objeto, consentimiento y causa.

Artículo 119: Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos, y condiciones, en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17. A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que de cualquier manera modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía. Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social.

Este precepto establece un doble requisito de exigencia formal para todas las sociedades: otorgamiento de la escritura pública y la posterior inscripción en el Registro mercantil.

1.5.2 Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Art. 7 LSA: 1. La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser Inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la Sociedad Anónima su personalidad

jurídica. Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la Sociedad.

2. La inscripción de la escritura de constitución y la de todos los demás actos relativos a la Sociedad podrán practicarse previa justificación de que ha sido solicitada o realizada la liquidación de los impuestos correspondientes al acto inscribible.

3. La inscripción de la Sociedad se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», en el que se consignarán los datos relativos su escritura de constitución que reglamentariamente se determinen.

Art. 16 LSA: Verificada la voluntad de no inscribir la Sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la Sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. En tales circunstancias, 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. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la Sociedad.

En conexión con este precepto, Valpuesta (2005) afirma lo siguiente:

Sí nos parece importante, en cambio, destacar que el régimen del art. 16 LSA constituye, únicamente, el propio de la irregularidad respecto de sociedades creadas entre los socios bajo el nombre de «anónimas»; no constituye, por ello, un ejemplo o paradigma de la regulación de la irregularidad (p.5).

1.5.3 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Art. 11 LSRL: 1. La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad de responsabilidad limitada su personalidad jurídica. 2. Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad. 3. Será de aplicación a la sociedad en formación y a la sociedad irregular lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La sociedad irregular no se ajusta a la doble exigencia formal establecida en el art. 7 de la LSA y en el art. 11 de la LSRL, por ello, se quedaría constituida como contrato de la sociedad mercantil de acuerdo a lo establecido en el art. 117 C.Com.

La doctrina y jurisprudencia han ido elaborando el concepto de las denominadas Sociedades Irregulares, por la falta u omisión de esta doble exigencia. La jurisprudencia ha venido entendiendo que esta doble exigencia no es aplicable a la constitución de una sociedad mercantil y sí lo dispuesto en el art.117 del C.Com que da validez al contrato de sociedad que se haya celebrado con los requisitos esenciales dimanados del Derecho: consentimiento, objeto y causa y que, por tanto, la sociedad irregular existirá como contrato con validez y efectos inter partes (STS 21/6/1983).

1.5.4 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de Capital.

Art.39.LSC: Verificada la voluntad de no inscribir la Sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la Sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. En tales circunstancias, 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. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la Sociedad.

Artículo 40 LSC: En caso de sociedad devenida irregular, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social y exigir,

Capítulo 1

previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones.

CAPÍTULO II

PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD IRREGULAR Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

2.1 Personalidad jurídica de una Sociedad Irregular: El debate sobre la existencia de la personalidad jurídica

Algunos autores niegan la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, por el contrario otros se posicionan más en la postura que “la personalidad jurídica no depende de la publicidad registral, sino en la publicidad de hecho” (C.C). Al no establecerse los requisitos fundamentales que posibilitan la adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares en el Código de Comercio, el Código Civil se encarga de la regulación de dicha personalidad, en concreto, en el art. 1669 C.C, el que dispone que la publicidad de hecho es requisito imprescindible para gozar de personalidad jurídica.

Actualmente, está debidamente generalizada en la doctrina la idea de la relatividad del concepto de personalidad jurídica, tanto en el sentido de que pueda hacer referencia a un distinto grado de subjetivación; tal como ocurre con la personalidad jurídica de las sociedades colectivas y las sociedades anónimas con un plano completamente distinto en el plano de la responsabilidad de los socios, como en el sentido que esa idea tiene una pura función instrumental, referida a la utilización abusiva de la personalidad jurídica. En todo caso, si la sociedad goza de personalidad jurídica, vamos a comprender que la ulterior inscripción de la sociedad no haría nacer su personalidad jurídica, sino que la personalidad jurídica se adquiriría, si bien con el grado de subjetivación o autonomía patrimonial más atacado que corresponde a la sociedad anónima; se frecuentará como una manifestación que en este tema conmemora a la conversión de la una sociedad colectiva en una sociedad anónima, aunque esa mantenimiento de la personalidad no conduce a confundir dos manifestaciones que difieran esencialmente, tanto por su origen como por su origen y finalidad.

Cabe destacar, en relación con esa eventual posterior inscripción de la sociedad que en ese caso la disciplina aplicable a los actos, contratos y régimen de responsabilidad de la sociedad y socios, los administradores y los representantes de la etapa anterior a la inscripción será el de la sociedad colectiva, o el de la sociedad civil, pero nunca el de la sociedad en formación; a esto nos remite el final del art. 16.3 LSA: “El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la Sociedad”.

La cuestión sobre la personalidad jurídica estará sujeta a novedosas discusiones doctrinales y a una implantación más apropiada de la jurisprudencia. Se trata de una figura política jurídica que pone en juego, con diversidad de matices, la misma protección a los terceros. En defensa de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, se ha podido afirmar lo siguiente: “no hay razón para negar a los acreedores de una compañía mercantil irregular la preferencia que se otorga a quienes lo sean de una sociedad civil “(art.53 CC).

El art. 1699 CC coincide con la misma idea: Los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social. En la problemática entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, unos y otros terceros respecto de la sociedad, se establece un punto a favor de los acreedores de las sociedades irregulares, constituida con la adquisición de la personalidad jurídica y una autonomía destinada a esos acreedores sociales.

Aquí surge un conflicto entre los acreedores del socio y la sociedad, en el momento en el que el tercero (acreedor del socio) solicita el embargo de un bien, estableciéndose en contra de una tercería de dominio fundada en el establecimiento de un bien a una sociedad Anónima no inscrita.

Ahora trataremos el tema de la personificación, ya que si la sociedad irregular se establece como una sociedad externa y contrata con terceros como identidad propia, tiene que ser conocida como tal, con las siguientes obligaciones y derechos reconocidos, así como la efectividad de la autonomía patrimonial. Algunos autores, para la declaración de la personalidad jurídica se han apoyado en la interpretación del art.22 de la Constitución Española (CE), “defendiendo que el

derecho fundamental de asociación exige reconocer personalidad jurídica a toda entidad constituida como sociedad externa”.

En paralelo, así lo manifiesta el art.1 de dicha ley: “La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”. Si retrocedemos al concepto de personalidad jurídica que hemos mencionado anteriormente, se ve reflejada claramente que cualquier objeto que se establezca en el tráfico mercantil diferente a sus elementos gozaría de tal personalidad. Esta definición se va a ver beneficiada por lo dispuesto en el mismo art.1 en el que acepta el concurso de la herencia:” El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente”, también con la expresión establecida en el art.25. 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), en el que permite que las deudas retrasadas por un sujeto sin personalidad jurídica sean lícitas. No obstante, es de especial importancia mencionar que la legislación también dispone que no todo sujeto que proceda en el tráfico mercantil como emancipado/a alcance la personalidad jurídica.

Aquí es donde nos encontramos con un punto de contradicción de acuerdo a lo dispuesto en la legislación, puesto que admite personalidad jurídica a cualquier deudor habitual, y de la misma manera que nos podemos encontrar con sujetos con y sin personalidad.

Por lo contrario, lo que se ve muy reflejado claramente y no llega a ninguna situación de discusión es que se requiera la personalidad jurídica para actuar como sujeto pasivo del concurso en el caso de las sociedades irregulares, y por ello, gozarían de tal personalidad.

Todas las sociedades que mantienen relaciones externas en su entorno precisan de una indiscutible subjetivación, por ello, la naturaleza de la personalidad jurídica es atribuida a todas las organizaciones que ejerzan funciones en el tráfico mercantil.

Vicent (1991) plantea lo siguiente:

La sociedad externa, por tanto, goza siempre de personalidad jurídica; o lo que es lo mismo, dispone tanto de capacidad jurídica como de capacidad de obrar, en relación a la posible limitación de la capacidad a lo dispuesto en la ley y en los estatutos (p. 319).

La dificultad es saber cuándo cualquier sociedad gozará de personalidad jurídica. La mayoría de la doctrina y legislación ha aceptado la actuación de las sociedades internas en el tráfico mercantil, certificando la validez y eficacia del contrato, aunque la sociedad no éste inscrita en el Registro Mercantil.

El art. 117 C.Com además manifiesta:

"El contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan".

Por lo contrario, el art. 119 C.Com no establece requisito de forma, acaso de su regularidad:

Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos, y condiciones, en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que de cualquier manera modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía.

Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social.

En efecto, existe una armonía doctrinal y de legislación en lo referente a las condiciones del contrato de la sociedad irregular tanto en el ambiente interno como externo.

Capítulo 2

Lo claro es que la sociedad irregular podrá traficar en el ámbito interno una vez otorgada de escritura pública, sin embargo mientras no conste inscrita, conforme a lo establecido en el art. 119 C.Com, priva de personalidad jurídica, porque no logrará constituirse de acuerdo a las manifestaciones dispuestas en el art. 116 C.Com. Nos encontramos con dos consecuencias jurídicas:

1. Incapacidad y incompetencia de aquellos contratos celebrados con terceros
2. “*La responsabilidad solidaria de los socios gestores de la sociedad con quienes se hubiese contratado en nombre de la entidad colectiva*” (art. 120 C.Com).

Todo esto se deriva de la ficción de la sociedad, porque los contratos estipulados son inválidos, pero seguirá permaneciendo el tercero que contrata de buena fe.

Aquí cabe mencionar el concepto de *lege data* (ley vigente), refiriéndose a todo lo que queda establecido, hace alusión a efectos totalmente inaceptables. Así, la carencia de la personalidad jurídica reconocida a la sociedad irregular supone consecuencias no deseables por el legislador, ya que, si negamos la personalidad jurídica, hay una inexistencia de un patrimonio de responsabilidad diferente al común de los socios, siendo una de las garantías establecidas en el Código de Comercio a favor de los acreedores sociales.

Del mismo modo, la incapacidad e incompetencia de los contratos establecidos con terceros, siempre que tal consecuencia presume confirmar su inexistencia de cara a la sociedad, incitará la degradación de la responsabilidad de dicha sociedad, así como, la de sus propios socios.

En consecuencia, Paz-Ares (2003)

La tesis tradicional no conduce sino a beneficiar, exonerando de responsabilidad, a quienes se pretendía sancionar por omitir la inscripción -los socios- y a perjudicar a quienes se trataba de tutelar -terceros que contrataron con la sociedad no inscrita- (p. 1340).

La opinión de la mayoría de la doctrina establece la conexión de la personalidad jurídica al contrato institucional de la sociedad, pero no a la inscripción en el Registro Mercantil, por lo que, la sociedad irregular, a pesar de que no conste su inscripción, siempre gozará de personalidad jurídica.

Sin embargo, TAPIA (1996)

Para quien la sociedad irregular goza tan solo de una personalidad imperfecta, lo que la impide ser titular de un patrimonio separado del de sus socios. Sin embargo, no podemos compartir esta opinión puesto que, al contrario de lo que sucede en Italia con las sociedades de personas, en Derecho español la sociedad personalista goza de tal atributo (p.2565).

Por lo que si la sociedad irregular adquiere dicha personalidad jurídica después de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, en ese momento no nacería de nuevo la personalidad jurídica sino que continuaría con la ya adquirida con el correspondiente grado de subjetividad y autonomía patrimonial.

En conclusión, la personalidad jurídica de la sociedad irregular de estar fuera de toda duda. A continuación detallamos los motivos: En primer lugar, los socios han pactado constituirse como sociedad externa y han contratado con terceros en nombre de la sociedad, y ciertamente los terceros han validado esa relación con la entidad. En segundo lugar, en el momento actual tanto la legislación como la doctrina mayoritaria conduce a atribuir personalidad jurídica a toda sociedad que se manifieste como externa en el tráfico mercantil. Hay ciertas doctrinas tradicionales que se refieren a la personalidad jurídica como si fuera un privilegio, premio o un reconocimiento a unos méritos especiales, esto no es así, se trata de una figura conceptual que explica cómo atribuir ciertos derechos a un sujeto distinto a sus socios. Finalmente, y en tercer lugar, se apoyan los intereses del tercer contratante, ya que dispone de un patrimonio contra el que accionar, y de una responsabilidad subsidiaria de todos los socios. Por todo lo anteriormente

expuesto, tras haber recorrido los criterios legales, doctrinales y prácticos, la atención de la personalidad jurídica de la sociedad irregular trasciende como la más fundamentada.

2.2 Tesis sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad irregular

En el caso de que a la sociedad irregular se le reconozca personalidad jurídica tendrá los siguientes efectos:

- ❖ El acreedor del socio verá alzado el embargo del bien.
- ❖ Y tal bien pasará a formar parte del patrimonio social

Este supuesto lo podemos reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1984 (STS 24 de marzo de 1984), referida a una Sociedad Anónima que permanecía sin inscripción cuatro años después de la escritura fundacional.

Por el contrario, en el supuesto en que la sociedad irregular no adquiriese personalidad jurídica y autonomía patrimonial:

- ❖ El acreedor del socio podrá conseguir la correspondiente protección.
- ❖ El bien aportado seguirá siendo propiedad del socio.

Ejemplo de este caso lo podemos ver detallado en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1980 y de 13 de febrero de 1985, a cuyo tenor, se refieren a las sociedades anónimas constituidas en escritura pública no inscrita.

Si nos basamos en la interpretación fundamentada en el caso que la sociedad irregular goce de personalidad jurídica, sería conveniente la supervisión de la jurisprudencia, y la única vertiente que permanecerá abierta a quienes estimen que debe ser la propia sociedad, como responsable de la irregularidad por la falta de la inscripción, será el de solicitar, respecto del contenido del pacto social, los efectos de publicidad negativa del Registro en reacción con los terceros de buena fe.

El ámbito tributario también incide en este punto. La consideración de la sociedad irregular como una entidad con o sin personalidad jurídica además genera consecuencias tributarias, clasificadas en tres temas principales (régimen de responsabilidad, régimen de representación y régimen sancionador):

1) Régimen de responsabilidad: es el más trascendental en cuanto a la representación de la sociedad irregular, según lo dispuesto en el art. 26.4 RGIT “Los copartícipes podrán designar de forma fehaciente un representante, salvo que con arreglo a Derecho haya ya una persona que ostente la representación de la entidad”, no es lo mismo hablar de las personas jurídicas o de las entidades sin personalidad jurídica. Estos dos supuestos se van a regular de acuerdo a la legislación de la sociedad colectiva. Lo más relevante es, si nos hallamos ante una sociedad irregular en el momento que no hayas realizado el acto de inscripción de los pactos sociales que contienen quienes van a representar a la sociedad frente al exterior no tienen eficacia en el tráfico, por lo que va a ser imprescindible atender a la legislación aplicable que tenga la calificación como representantes válidos a todos los socios.

2) Régimen de responsabilidad: los miembros de la sociedad irregular van a responder de una determinada manera de acuerdo al régimen general aplicable. Se van a distinguir tanto las personas jurídicas por un lado, como miembros de la sociedad colectiva, y por otro lado, como miembros de la sociedad civil. Cuando nos encontramos ante una sociedad colectiva, van a responder en segunda instancia y por el importe total de la deuda, conforme a lo dispuesto en la normativa tributaria. Si nos encontramos ante una sociedad civil, los miembros de dicha sociedad responderían con carácter accesorio y asociadamente.

Capítulo 2

3) Régimen sancionador: en relación con este ámbito, la consideración de la sociedad irregular como persona jurídica tiene menos influencia, aún así cabe dar importancia a los artículos 38 y 40 de la LGT, el primero es aplicable siempre y cuando las obligaciones tributarias cubran el importe de las sanciones para que la Hacienda tributaria vea el cumplimiento de aquellas, y el segundo, calificando a la sociedad irregular como persona jurídica, requiere exclusivamente la falta de vigilancia de los administradores que comprenderán todos los miembros de la sociedad colectiva y la sociedad civil.

CAPITULO III

**RELACIÓN DE LA SOCIEDAD IRREGULAR CON LA
SOCIEDAD EN FORMACIÓN**

3.1 Diferencia en el proceso de constitución

El art. 15 LSA distingue los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes del otorgamiento de la escritura y los realizados entre la escritura y la inscripción: “Por los actos y contratos celebrados en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la Sociedad”. Se trata de eludir que aquellos actos y contratos se estimen nulos por haberlos celebrado en nombre de un sujeto imaginario, asunto que tenía preocupado a algunos autores llegando a certificar que en caso de haberse celebrado el contrato en nombre de una sociedad aún no inscrita, el contrato era revocado y sólo cabía exigir la responsabilidad del que lo hubiera celebrado en nombre de la sociedad por haber dado lugar a un contrato nulo.

La jurisprudencia no coincidía con esta perspectiva, la sentencia de 28 de enero de 1969 del Tribunal Supremo consideró procedente la reclamación de honorarios formulada por un arquitecto contrata el consejeros de una sociedad anónima, como consecuencia del encargo de un proyecto de construcción de viviendas hecha por el consejero cuando la sociedad aún no se había inscrito (STS 28 de enero de 1969). Esta sentencia dio a entender que la dicha invalidez de convertía en un caso de imposibilidad a la sociedad del contrato, a no ser que la sociedad efectúe su correspondiente inscripción en el Registro y aceptara el contrato.

La legislación en vigor no hace alusión al término de invalidez pero si exige que para los contratos celebrados en nombre de la sociedad vinculen a ésta, la misma se inscriba y los admita dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En realidad la aceptación de la sociedad equivale a una ratificación. Nos encontramos ante una situación muy parecida que manifiesta el art. 1259 CC con la notable diferencia de que en éste no queda vinculado por los actos que realizó sin poder en nombre de otro salvo en el caso dispuesto en el art. 1725 del presente Código: “El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”.

Hay dos consecuencias de validez. La sociedad queda vinculada y la persona pierde ese papel que contrató en nombre de la sociedad.

La única razón que existe para que se impida aceptar el contrato después de no cumplir el plazo límite de tres meses es que la atribución del requisito debe indagarse desde la otra parte. Debemos decir que después del transcurso de los tres meses la parte en contra puede no dar por buena la aceptación para entenderse exclusivamente con la persona con quien contrató.

No se logra amparar continuamente a ese tercero en la inseguridad acerca de la personalidad de aquel quien podrá exigir el cumplimiento del contrato. Además nos parece que el tercero puede hacer uso de la facultad que le reconoce el art. 1259 CC y anular el contrato: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

Esta regla general posee una importante excepción en el art. 15.2 LSA: “Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la Sociedad, por los realizados por los Administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la Sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar”. Aquellos actos enlazan concluyentemente a la sociedad una vez inscrita sin necesidad que los admita.

De esto debemos entender que durante esta fase intermediaria los administradores no pueden realizar operaciones sociales a no ser que se les haya facultado para ello. Sin embargo, en la duda existencial de si en un supuesto de que la escritura señale que las operaciones sociales darán comienzo el día de la constitución de la sociedad se entiende por tal fecha la de la escritura pública. No sería lógico que después de que hubieran pactado todos los socios que la sociedad empezara a funcionar a partir del momento anterior a la inscripción, se requiera también una declaración evidente en el hecho de que los administradores puedan realizar solamente determinados actos. En conclusión, lo conveniente será que se otorgue siempre a los administradores.

Rodríguez (1991), en contraposición de la tesis de Vicent Chuliá,

Para quien el contrato de sociedad aún no inscrito, aún no válidamente estipulado, no es título suficiente para constituir un fondo común integrado por las aportaciones de los socios, de donde deduce que el objeto de las aportaciones sigue siendo propiedad de los aportantes con todas las consecuencias que se derivan de ello, de suerte que los acreedores particulares del socio pueden embargar y ejecutar las aportaciones (p.66).

Ciertamente no se requiere a los que dan las aportaciones ningún tipo de ratificación tras no ser inscrita la sociedad, siendo las aportaciones definitivas, que es indiferente la posterior incapacidad de quién exija la aportación y que si en el período éste muere, no se encuentran en su herencia los bienes aportados ni una cuota de ellos sino exclusivamente su participación en la sociedad en formación que además es contra lo que declara Vicent “lo que los acreedores del socio pueden embargar, hasta el punto de que si la sociedad se degrada en sociedad irregular sólo puede el socio pura y simplemente exigir la restitución de sus aportaciones” (Chuliá, p.906)

Las aportaciones restituidas “previa liquidación del patrimonio social”, a cuyo tenor se recoge en el art. 16.2 LSA, del que se desprende que en la fase intermediaria hay un patrimonio común primordialmente afectivo al cumplimiento de determinadas obligaciones.

Hay que distinguir cuando la escritura tenga como efecto la vinculación de los socios y otra que sea vinculación sea definitiva. El art. 16.1 LSA establece que verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y transcurrido el año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y solicitar, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. Lo que quiere significarse que la restitución pasa por la previa liquidación, por lo que hay que para las obligaciones que se hubieran conferido de acuerdo a lo dispuesto en el art. 15.2 LSA.

El art. 16. 2 LSA cuando establece si la sociedad ha iniciado o continua sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva, o, en su caso las de la sociedad civil, en cualquiera de los dos casos, se produce su conversión en sociedad colectiva o sociedad civil. Esto significa que se destruye la facultad de pedir la disolución de la sociedad de acuerdo a lo recogido en el art. 16.1 y seguidamente la sociedad sólo podrá disolverse cuando frecuente una causa de disolución de la sociedad colectiva o de la sociedad civil.

La remisión a la normativa de las sociedades civiles o de las sociedades colectivas no deriva de problemas en cuanto a las relaciones entre los socios, queda al margen si dicha sociedad actúa externamente en la sociedad o de si tiene o no personalidad jurídica. La doctrina mayoritaria opina que si la sociedad se ha convertido en sociedad civil tiene más fácil solución. Por lo contrario, la problemática de la sociedad colectiva ha venido a traer varias discusiones doctrinales.

La LSA ha venido a solventar tácitamente la problemática. La voluntad deliberada de no inscribir la sociedad o de haber transcurrido el año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado la inscripción conlleva estos efectos:

- La conversión de la sociedad colectiva, como tipo general en Derecho mercantil y al que hay que reconducir todas las sociedades especiales no inscritas.

Capítulo 3

- La aplicabilidad del art. 237 C.Com en lo referente a que los acreedores tienen la obligación de dirigirse contra la sociedad para exigirle el pago de sus créditos y deben realizarlo con preferencia antes de dirigir su reclamación contra los socios.
- En consecuencia a lo referido con anterioridad, sólo será aplicable si la sociedad se reputa persona jurídica dotada con un patrimonio propio independiente de sus socios aunque este patrimonio venga conseguido además por una responsabilidad secundaria.

Los artículos 15 y 16 de la LSA contemplan el proceso de constitución aplicable a la sociedad en formación y a la sociedad irregular. Tras varias discusiones doctrinales y alguna perplejidad jurisprudencial se abandona la tendencia contraria al tratamiento de las sociedades anónimas no inscritas y se incorporan estos dos artículos relativos a la disciplina aplicable a aquellas dos situaciones en que puede encontrarse la sociedad no inscrita.

En dos artículos de esta Ley, concretamente en los arts. 13 y 14, se hace alusión a la fundación simultánea, para dar un mayor desarrollo y detallar con más profundidad las técnicas de regulación de la sociedad en formación, al igual que para modificar de modo esencial la regulación aplicable a la sociedad irregular.

El punto de partida de nuestra reflexión ha de situarse entonces en la distinción entre la sociedad en formación y la sociedad irregular. Es necesario apreciar, donde está la frontera que separa el proceso de constitución o formación de la sociedad anónima, de aquella otra situación de irregularidad en que faltas ya la voluntad de inscribir la sociedad. La Ley de 1951 dio lugar a una sucesión de debates, por el hecho de que el art. 7 debía agotar toda la disciplina relativa a la sociedad anónima no inscrita, sin hacer ninguna estimación específica de la distinción entre sociedad en formación y sociedad irregular. Por lo que relató con un reconocimiento doctrinal tendente a una mayor defensa de los intereses del tercero contratante en caso de irregularidad.

Estamos ante el objetivo que persigue todo el esfuerzo doctrinal a favor de una introducción de esa distinción, para aplicar el art. 7 LSA a la sociedad en formación y consignar al régimen de la sociedad irregular todos aquellos casos en que se contemplara “la voluntad deliberada de los socios de funcionar en el tráfico como tal sociedad sin cumplir con las formalidades constitutivas previstas por la ley” (Uría, 1972, p. 195). Hay que descubrir el criterio seguro para que realmente sepamos cuándo nos hallábamos ante una sociedad en formación y cuándo ante una sociedad irregular. La doctrina esencial coincide en que el criterio diferenciador no es más que otro que el de atender a la voluntad social: si la sociedad está en trámite de constitución y los socios tienen clara la finalidad de inscribirla nos encontramos ante una sociedad en formación; mientras si, el objetivo de los socios es el de dar a la sociedad por constituida sin tener en cuenta el requisito legal de la inscripción en el registro Mercantil, nos encontramos ante una sociedad irregular.

Las visiones doctrinales son más bien inseguras, mientras unos opinan en que esa voluntad de pasar una a una situación de sociedad irregular se contemplaría en el inicio de las operaciones sociales antes de la inscripción, otros tienen la perspectiva de que ese propósito de eludir el requisito de la inscripción en el Registro, cabría de concluirse, por un lado de la actitud pasiva de los socios en orden a la solicitud de inscripción y el cumplimiento de los trámites que lo hacen posible, por otro lado del puro hecho de actuar en el tráfico como si el periodo constituyente hubiere concluido. Las dudas que ocasionan estas vanidades razonan las propuestas de algunos autores a favor de la fijación de un plazo límite desde el otorgamiento de la escritura hasta la inscripción, llegado al máximo, así la sociedad en constitución pasaría automáticamente a permanecer sometida al proceso de formación de la sociedad irregular.

Esta idea fue desglosada en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, en su artículo 9, apoyada por la figuras de Uría y De la Cámara. Este artículo recogía la distinción sobre estas bases expresando lo siguiente: “cuando la escritura de constitución no se inscribiere en el Registro Mercantil dentro del año de su otorgamiento, los bienes aportados a la sociedad y sus frutos quedarán afectados al cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de las personas a que se refiere el artículo anterior”.

La intención es indagar en la razón de ser de la diferenciación en esa voluntad social y, recogiendo aquella propuesta que venía configurando una parte de la doctrina, se fija el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura pública sin que se haya efectuado su inscripción como un criterio provisional y indudable para perfilar la frontera entre la sociedad en formación y la sociedad irregular.

La invocación de no realizar la inscripción por voluntad propia lleva consigo consecuencias trascendentales. La más importante se basa en que a partir de este momento el criterio del transcurso del año desde el otorgamiento de la escritura jugará, no como una regla única, sino como una regla secundaria, aunque sea con un alcance fundamental, para todos aquellos supuestos en que no se ha logrado la verificación de la voluntad de no inscribir la sociedad. Se viene a desvanecer algo la importancia de la escritura pública a estos efectos. El precepto se ampliaría ahora a las situaciones de sociedades irregulares que puedan darse con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública, a aquellos supuestos en que hay una voluntad deliberada de seguir en sociedad sin someterse a las formalidades constitutivas de escritura e inscripción. En el caso de que esto ocurra se agrandaría la noción de irregularidad para incluir en ella todos aquellos casos en que la entidad está funcionando en el tráfico como tal sociedad, con una publicidad de hecho, sin que exista por parte de los socios la intención de elevar el contrato social a escritura pública e inscripción de aquella escritura en el Registro Mercantil. La formulación del precepto pretende estimar que, aún otorgada la escritura, si se puede verificar la voluntad de no inscribir la sociedad nos hallaremos ante una sociedad irregular, aunque no haya transcurrido el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura; pasará esto cuando los socios hayan tenido la intención de inscribir la sociedad y no ha tenido éxito, pero los mismos socios acuerden seguir realizando operaciones en el tráfico.

Es conveniente añadir que la verificación de la voluntad de no inscribir la sociedad puede ser difícil, teniendo que acudir a las circunstancias que concurren en cada caso, y considerablemente a su apreciación por vía judicial. En todo caso, y siempre que se haya otorgado la escritura pública, los supuestos dudosos o ambiguos acerca de la voluntad de los socios de no inscribir la sociedad se solucionarán empezando a entrar en juego el criterio objetivo del año transcurrido desde el otorgamiento de la escritura aunque no se haya requerido su inscripción. Además, el art. 16 ha aclarado que el plazo del año desde el otorgamiento de la escritura concluirá, no en el momento de la inscripción, sino en el momento en que ésta se haya requerido. Durante el transcurso de ese plazo de un año se dará lugar a la situación de brevedad propia del periodo constitutivo de la sociedad.

3.2 Cómo responden los socios en cada tipo de sociedad

La Ley ha establecido un régimen de responsabilidad, semejante al creado para las sociedades irregulares, por la similitud de las situaciones y para facilitar la aplicación de las normas. No olvidemos que, según ya se expresó, una sociedad en formación puede pasar de un día a otro a una situación de irregularidad. En toda sociedad en formación existe el germen de una sociedad irregular.

En efecto, iniciado el proceso de constitución de una sociedad, si éste no se culmina en la forma y plazos legalmente establecidos, la sociedad que fue contemplada como una sociedad en formación se convierte de un día para otro en una sociedad irregular.

Capítulo 3

Por ello, se adoptó una solución armónica, creando un régimen semejante en cuanto a la responsabilidad de los socios y administradores, para evitar períodos nebulosos de transición. Si los regímenes fueran distintos, siempre habría dificultades para determinar cuál es el aplicable en casos concretos que se planteen. Por otra parte no parece lógico crear regímenes diferenciados para situaciones semejantes.

La principal diferencia que reside entre estos dos tipos societarios reside fundamentalmente en la forma de extinción de la responsabilidad.

Cuadro comparativo entre el régimen de la sociedad irregular y la sociedad en formación (régimen de responsabilidad)

Régimen de responsabilidad

Sociedad en formación	Sociedad Irregular
Por los actos de ejecución del objeto social, cesa cuando la sociedad se inscriba y sus negocios sean ratificados.	Los socios no quedan librados por tal regularización ni se crea técnica de liberación por vía de la ratificación posterior.
Responsabilidad indiscriminada de administradores y representantes	Responsabilidad por los administradores únicamente por las operaciones en que hubiera intervenido.
Responsabilidad de fundadores y promotores	Responsabilidad de socios y administradores

CONCLUSIONES

Conclusiones

Por lo general, las sociedades mercantiles, se constituyen como organizaciones de intercambio lucrativo España, están reguladas conforme a su ley específica donde se encuentran establecidos los requisitos exigibles que deberán ser cumplidos por cada una de ellas y, en efecto, poder realizar sus funciones correspondientes.

La noción de irregularidad implica el incumplimiento de los requisitos estipulados por ley y así adquirir los rasgos peculiares de este tipo de sociedad. Su objetivo es romper con el tipo de sociedad regular, básicamente constituida para pequeñas y medianas empresas (PYMES) y lanzar un nuevo tipo de sociedad innovador no tan frecuente en el tráfico mercantil.

El Tribunal Supremo se ha ocupado de la peculiaridad relativa a la sociedad irregular, entendiendo este concepto como aquella sociedad de carácter mercantil que, si bien se exterioriza y funciona en el tráfico como tal, priva, sin embargo, de inscripción en el Registro Mercantil. De modo más preciso, debe señalarse que lo realmente ilustre para encerrar a la sociedad irregular es la desaparición de la inscripción en el Registro.

La doctrina que haya tratado con profundidad esta realidad considera a las irregulares como una forma de actuación muy frecuente en el tráfico de negociación en nuestro país, llegándose a conocer una forma societaria común, sabiendo que algo permanece de “irregular” en tal actuación, sin embargo en muchos casos la consideran con normalidad.

Cuando los sujetos quieren desarrollar una actividad lucrativa mediante la constitución de sociedad hay varios motivos por los que fundan una irregular. Concurren razones de régimen fiscal. Actualmente, las ganancias que proceden de las sociedades irregulares se atribuyen a cada socio y tributa por ellas ligado al Impuesto de Rentas sobre personas físicas, sin embargo, el socio que actúe como sociedad regular va a estar sujeto al impuesto de Sociedades, y así parte de las ganancias irán propuestas a pagar dicho impuesto. No obstante, esto llevado a la práctica, en muchos casos, no resulta tan ventajoso, ya que el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) prohíbe la ejecución de una serie de amortizaciones o deducciones. Queda pendiente que se empleara este impuesto a las sociedades irregulares, y en aquel momento tomará estimar hasta qué punto las razones fiscales son transcendentales.

Desde el punto de vista de la fiscalidad, la administración tributaria ha impulsado a nuestra disposición, la difusión de sociedades irregulares y igualmente su manifestación como una representación corriente en el tráfico mercantil. Cualquier sociedad irregular dispondrá de un Código de Identificación Fiscal (CIF) en el momento de la presentación de un documento privado en el que figura una sucesión de nombres establecidos por la propia administración tributaria. Así, en el momento que se adquiere del CIF la sociedad irregular tendrá la posibilidad de operar como tal en el tráfico mercantil, al igual que realizar los correspondientes trámites administrativos: consulta de expedientes, intercambio de facturar, apertura de cuentas bancarias, etc. Quizás por esta motivación puramente fiscal se refleje la sociedad irregular como una situación de normalidad en nuestro país, fundamentalmente en las pequeñas y medianas sociedades que prevén fragmentar su forma de actuar en el negocio de acuerdo a la sociedad irregular.

También existen motivos de índole económica para que una sociedad actúe como irregular. Toda sociedad anónima e ilimitada requiere para su proceso de constitución la preparación y depósito de las cuentas anuales, seguidamente que éstas sean inspeccionadas por Hacienda, para que así sepa de sus cambios económicos. En algunos casos, hay ciertos datos de dominación social o económica que es preciso mantenerlos en secreto para la buena marcha del negocio, por ello, no corresponde su publicación.

Lo que sí es realmente importante es que nace en el ahorro de los gastos de constitución de cualquier sociedad: denominación social, publicidad, inscripción en el Registro Mercantil y

Conclusiones

publicación en el Boletín Oficial del Estado, otorgamiento de la escritura pública, impuestos, etc. Los grandes empresarios asumen bien estos gastos y actúan en una situación de normalidad frente a ellos, sin embargo, la mayoría de los pequeños empresarios se niegan a conocer las ventajas de las sociedades regulares y no lo reflejan como una situación de normalidad y propicia.

Asimismo nos encontramos con razones transitorias a la hora de actuar como sociedad que disuade la fundación de una sociedad regular. Inevitablemente, a la hora de la constitución de una sociedad, como anónima o limitada, cuando el proceso se fortalece, todo el proceso de normalidad crea que los fundadores releguen su primera intención de constituir e inscribir la sociedad. No existe ningún caso en los que se hable de constituciones fracasadas de sociedades anónimas o limitadas, como tuve ocasión de mencionar alguna doctrina. En conclusión, todas las personas que desean fundar una sociedad de capital no dejan de lado este requisito fundamental.

A mi juicio, para afirmar la existencia de la sociedad irregular se requiere atravesar su estudio a través de tratamientos sobre la realidad. Hay autores que parten de la idea de que la sociedad irregular es una imagen infame para la sociedad, que debe ser luchada, con esto se refieren al entorno no deseable de que dicha sociedad actué en el tráfico mercantil sin inscripción, también que el atributo de la irregularidad le imposibilita la actuación con capacidad plena, como si fuera un incompetente. Incluso, algunas opiniones de autores clásicos calificaban a la sociedad irregular como una realidad inexistente, una especie de fracaso jurídico que debía ser luchado como algo ilícito.

La realidad es que la sociedad irregular existe y actúa en el tráfico jurídico. Ahora lo que se deberá realizar, por parte de la doctrina, es investigar cómo aquella realización sin inscripción no alcanza poseer ciertas ventajas o beneficios. Resulta negativo y cuya actuación sea sancionadora. Con ello se acaba favoreciendo en no pocos casos a los socios. Muchas controversias ni siquiera han llegado al periodo de prueba ya que se quedaron en la primera fase en la que ni el propio Juez sepa si hay que demandar a la irregularidad o a los socios. La inseguridad que plasman muchos autores ha conducido a no apoyar a los que poseen ánimo fraudulento.

Lo grave es considerar a la irregular como una entidad carente de personalidad. En mi opinión, esta interpretación debe de ser apoyada desde interpretaciones técnico-jurídicas ya que la personalidad es un concepto de perfiles realmente indefinidos. Apoya malamente a los terceros y exclusivamente facilita al socio evitar su propia responsabilidad. Me parece devastador que después de que se les reconozca a los sujetos la capacidad jurídica plena, todavía algunos autores, y en concreto, el Tribunal Supremo piense que los entes sin personalidad no tienen capacidad para demandar y ser demandados. A mi juicio, no se puede quitar la existencia de la sociedad irregular solamente por las opiniones del mundo jurídico, siendo una realidad en el mundo negocial.

Como reflexión final, se debe afrontar la realidad de que existen grupos de sujetos que actúan en el tráfico realizando una actividad comercial sin la inscripción en el Registro Mercantil. Esta evidencia debe tratarse sin ningún beneficio pero también sin sanción (solo en el caso de que la irregularidad busque algún tipo de fraude será sancionada según lo dispuesto en normativa). Especialmente cuando su aspecto de normalidad en la situación negocial es clara y cuando su presencia es fortalecida por la propia administración.

Referencias bibliográficas

Alabau Martí, L & Iriarte Ibarгүйen, A. (2008). *Sociedad de Capital*. Enciclopedia Jurídica.

Blasco Gascó, F & Iriarte Ibarгүйen, A. (2008). *Sociedad mercantil irregular*. Enciclopedia Jurídica.

Entre leyes y jurisprudencia (2013). La regulación de la sociedad irregular. Recuperado de: <http://aplanapaluzie.blogspot.com.es/2013/03/regulacion-de-la-sociedad-irregular.html>

Fernández del Pozo, L. (1993) .La suspensión de pagos de las sociedades irregulares en el art. 286 del Reglamento del Registro Mercantil.

Garrigues Díaz, J. (1976). Teoría general de las sociedades mercantiles. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 142. Madrid

Girón Tena, J. (1976). *Derecho de Sociedades: Sociedades colectivas y comanditarias*, tomo I. Madrid.

Juan Bolas, A. (1993). *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*. Editorial Civitas.

Juan Bolas, A. (1992). La Sociedad de Responsabilidad Limitada. *Comentarios a la Ley, tras la reforma de 25-VII-89 y el Reglamento del Registro Mercantil de 29-XII-89*. 1ª Edición.

López Gallardo, J.R. (2009). Las sociedades irregulares. Recuperado de: <http://www.iuriscivilis.com/2009/02/las-sociedades-irregulares.html>

Martínez Sanz, F. (1992). Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 9 de marzo de 1992. *Consideraciones en torno a la sociedad irregular*, tomo 4, p.182 Castellón: La Ley

Menéndez Menéndez, A. (1991) "*Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil*", volumen I, Madrid.

Pau Pedrón, A. (1991). *La publicidad registral de la Sociedad Anónima, en Anales de la Academia Matritense del Notariado*, volumen II.

Paz-Ares, C. & Sáez, M. La irregularidad de las sociedades mercantiles y la sociedad en formación (I).

Recuperado de:

<http://www.derechomercantiles.es/2014/05/la-irregularidad-de-las-sociedades.html>

Paz-Ares, C. (2003). Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, vol. 2-B. *Los negocios sobre las propias acciones* (artículos 74 a 89 de la Ley de Sociedades Anónimas). Madrid: Civitas

Paz-Ares, C. (1995). Sociedad irregular. *Enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas

Reglamento sobre la elaboración y evaluación del Trabajo de Fin de Grado (2012), Resolución de 3 de febrero de 2012, del Rector de la Universidad de Valladolid, por la que se acuerda la publicación del Reglamento sobre la elaboración y evaluación del Trabajo de Fin de Grado. Recuperado de:

http://www.uva.es/export/sites/default/contenidos/serviciosAdministrativos/academicos/alumno/s/_documentos/Reglamento-Trabajo-Fin-de-Grado.pdf

Referencias Bibliográficas

Rodríguez Adrados, A. (1991). *Constitución y nulidad de la sociedad anónima*, volumen I. Madrid.

Sánchez, F. & Sánchez, J. (2013). *Instituciones de derecho mercantil (39ª edición)*, vol. I. Madrid: Aranzadi.

Tapia Hermida, A. (1996). Irregularidad de la sociedad anónima versus sociedad anónima irregular, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor AURELIO MENÉNDEZ*, pp. 2565-2587.

Valpuesta Gastaminza, E. M (2005). *Una primera aproximación al concepto de sociedad irregular*, edición nº1. Madrid: La Ley. Recuperado de:

Valpuesta Gastaminza, E.M. (2005) *La sociedad irregular del art. 16 LSA (edición nº 1)*, Madrid: La Ley.

Valpuesta Gastaminza, E. M. (2005). *Régimen jurídico de la sociedad irregular: la irregular como sociedad colectiva no inscrita*, edición nº 1, Madrid: La Ley.

Vicent Chuliá, F. (1991) "*Compendio crítico de Derecho mercantil*", vol. I, Barcelona.

Legislación

Constitución Española de 27 de diciembre 1978

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, Sentencia de 28 de enero de 1969.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 22 de febrero de 1980.

Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Social, Sentencia de 24 de marzo de 1984.

Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Social, Sentencia de 13 de febrero de 1985.