

En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español

I. CONCEPTO DIFERENCIADOR CON LA SOCIEDAD MERCANTIL Y FORMAS QUE PUEDE ADOPTAR

La sociedad civil, o sociedad sin adjetivos, surge del llamado contrato de sociedad, regulado en los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil. Mediante este contrato, se instrumentan las voluntades de varias personas que se obligan a poner en común bienes o industria con ánimo de repartirse las ganancias. Esta finalidad de obtener un lucro a partir diferencia claramente este contrato, y el ente o la organización por él creado, del acuerdo creador de una asociación, sin finalidad económica, así como del que instaura una cooperativa, que, si bien tiene esta finalidad, no persigue el reparto de lucro.

La llamada sociedad mercantil, en cambio, responde —basta ver el artículo 116 del Código de Comercio— al mismo concepto que la sociedad civil y surge, también, de un contrato de compañía, según la terminología de este Código, sustancialmente igual al señalado de sociedad. Sin embargo, las sociedades civiles y las mercantiles se rigen por normas distintas —legislación civil o común y mercantil, respectivamente—, por lo que es necesario un criterio diferenciador. Y a este respecto parece claro que, en nuestro Derecho en general, es la finalidad u objeto social lo que determina el carácter mercantil o civil de la sociedad. —En tal sentido pueden verse el artículo 1.670 del Código Civil y los artículos 117, párrafo 2.º, 123 y 124 del Código de Comercio, y creo que es la

doctrina dominante—. Como particularidad importantísima, no rige este criterio del fin, sino el de la forma para las sociedades anónimas o limitadas que, cualquiera que sea su objeto, son mercantiles (art. 3.º de las respectivas Leyes especiales); también ocurre lo mismo respecto de las sociedades de garantía recíproca, que, según el artículo 3.º del Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, que las regula, son siempre mercantiles.

Siendo, pues, con la excepción dicha, las sociedades civiles o mercantiles por su fin u objeto, la cuestión que surge en seguida es la de determinar que fines u objetos sociales son de una u otra clase.

Lo primero que cabe decir, sobre esto, es que, dado que el Derecho mercantil es un Derecho especial respecto del civil, de forma que están en el ámbito de éste las relaciones jurídicas que no se regulan por la legislación mercantil, sociedades mercantiles serán las que realicen actos que caigan en el campo de acción de esta normativa y sociedades civiles todas las demás. Sin embargo, como el Derecho mercantil tiende, cada vez más, a disciplinar toda la actividad económica desarrollada con fin de lucro por una organización, empresa o sociedad, resulta que «se van cambiando las tornas» hasta el punto de que, pese a ser la sociedad civil, como queda dicho, la sociedad común, es la mercantil la que opera, generalmente, en lo económico, por lo que, más que delimitar lo que es fin u objeto mercantil, lo que se hace es lo contrario, es decir, establecer cuándo una sociedad, por razón de su finalidad, no es mercantil. Y es que, por otra parte, el legislador, desde 1889, no puede decirse que se haya ocupado de los problemas de la sociedad civil, en contraste claro con los de la mercantil, lo cual, originado sin duda por la escasa presencia de aquélla en la vida económica, ha producido, como veremos, deficiencias jurídicas graves.

¿Cuándo es, pues, una sociedad civil y no mercantil? Está claro, como se ha dicho, que si la sociedad ha adoptado la modalidad de anónima o limitada no es de garantía recíproca, no tenemos problema: es mercantil cualquiera que sea el objeto. Por tanto, la cuestión queda reducida a las que no sean una de éstas en que hay que acudir al criterio del fin u objeto. ¿Cuándo el fin de obtener un lucro a repartir no será mercantil? Podemos decir, desde el punto de vista de nuestro Código de Comercio, que sigue el sistema objetivo en la delimitación del ámbito de lo mercantil —artículo 2.º—, que cuando este lucro se trate de obtener realizando actos que no estén recogidos en este Código o en otras Leyes mercantiles ni sean análogos a los recogidos. Hay que resaltar aquí que el artículo 1.º, definidor del comerciante individual y del social, no exige, para este último, habitualidad en el ejercicio del comercio, sino

que se trate de una Compañía mercantil o industrial, o sea, que, entendemos, bastará con que, según el contrato constitutivo o los Estatutos, tenga la finalidad de realizar actos regulados por las normas mercantiles o análogos para que sea mercantil. Desde luego, es lógico y acertado no exigir habitualidad en las sociedades para ser comerciantes, ya que, de un lado, la sociedad surge para desarrollar el objeto o fin que se ha fijado, se crea para ese fin, para dedicarse a él y la idea de dedicación implica la habitualidad o, al menos, una vocación de habitualidad y, de otro lado, así se puede saber, *ab initio*, el carácter, civil o no, de una sociedad y no hay que esperar hasta que se produzca el hábito, de forma que al principio todas las sociedades fueran civiles y luego, sin poderse precisar cuándo —¿pues en qué momento se puede entender que existe la habitualidad?— se transformarán en mercantiles, con el consiguiente cambio de régimen jurídico.

Y ¿qué actividades se consideran fuera del campo mercantil? Del propio Código de Comercio —artículo 326, 2.º y 3.º— resulta la exclusión de las actividades agrícola, pecuaria y artesanal. O sea, que la sociedad que tenga una de estas finalidades será civil. ¿Solamente en este caso? Creo, de acuerdo a lo dicho antes, que no, pues, si se trata de actividad no recogida, ni análoga, en la legislación mercantil, la sociedad no será mercantil. Resulta difícil hacer una enumeración de en qué supuestos se da eso, pero sí es posible señalar algunos: tal la actividad propia de las profesiones liberales (1), como puede ser el caso de la sociedad constituida para prestar los servicios propios de las mismas, sean o no profesionales de la actividad los socios.

No deben excluirse, en cambio, las operaciones de tráfico inmobiliario, siempre que se den los demás elementos, salvo el del objeto sobre el que recaen, configuradores de su mercantilidad; es decir, que el solo hecho de que recaiga la actividad sobre inmuebles no debe excluirlas de la legislación comercial. Así se reconoce en la doctrina: en tal sentido, CÁMARA (2) y GARRIGUES (3), a propósito de la compraventa, el más importante de los contratos. Y resulta, además y sobre todo, del criterio de la analogía que establece el artículo 2.º del Código de Comercio, de la exposición de motivos del mismo que hace expresa referencia al carácter mercantil de la compraventa de inmuebles si se verifica con ánimo de lucro, y de que ya no se excluye, como en el Código de 1829, del ámbito mercantil a esta compraventa. Como caso típico de fin mer-

(1) En tal sentido, CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, 1977, vol. I. páginas 38 y 238.

(2) *Ob. cit.*, pág. 39, nota 35.

(3) *Curso de Derecho Mercantil*, 1962, tomo II, pág. 63.

cantil se puede estimar, respecto de inmuebles, las actividades de construcción y urbanización de terrenos para vender los pisos y parcelas resultantes.

La sociedad con fin no mercantil será, pues, civil, salvo que adopte la forma anónima o limitada, o sea, una sociedad de garantía recíproca en que será mercantil.

Fuera de este caso, la sociedad civil puede adoptar una forma de las reconocidas en el Código de Comercio, según el artículo 1.670 del Civil, con lo que nos encontramos con la sociedad civil con forma mercantil, llamada sociedad mixta. Y ¿qué forma podrá adoptar? Salvo las dichas, cualquiera mercantil. Y aquí cabe plantearse si sólo caben las formas colectiva o comanditaria, únicas, aparte de las tres citadas reguladas en la legislación mercantil o, si cabe que, cumpliendo los requisitos de los artículos 118 y 119 del Código de Comercio —o sea, escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil—, adopten alguna otra forma que, al no estar regulada, debe llamarse atípica. En principio, podemos decir que caben formas mercantiles atípicas, ya que el Código de Comercio sólo dice —artículo 122— que «por regla general, las Compañías mercantiles se constituirán adoptando alguna de las siguientes formas» y señala, a continuación, la regular colectiva, la comanditaria y la anónima, lo cual no constituye, dada su redacción —«por regla general»—, una lista cerrada de formas posibles y tampoco lo ha sido en la realidad, como lo prueba el que el Reglamento de Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, en su artículo 108, reconoció y admitió la inscripción de las sociedades limitadas, pese a no estar en la lista del artículo 122, y que en la actualidad se han reconocido, como otro tipo de sociedad mercantil, las de garantía recíproca.—Estas sociedades han sido objeto de regulación por el Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, en base a la autorización contenida en el artículo 41, párrafo 1.º, del Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero, de medidas fiscales, financieras y de inversión pública, y tienen, según el artículo 3.º del Real Decreto dicho, siempre carácter mercantil. Y la Resolución de la Dirección de 16 de marzo de 1982 ha determinado su inscripción en los libros de las sociedades mercantiles, bien en la Sección de anónimas, bien en una nueva Sección que puede abrir el Registrador y en la que se podrán inscribir igualmente las entidades comprendidas en el artículo 16, 5.º, del Código de Comercio—.

No obstante, la creación de una sociedad civil, por su objeto, en una forma que no sea colectiva o comanditaria, difícilmente podrá llegar a constituirse según el Código de Comercio —artículo 119—, o sea, mediante escritura pública e inscripción, porque para observar este segundo

requisito se tropezará con el obstáculo derivado del artículo 14, 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil, que sólo contempla la inscripción de las formas colectiva, comanditaria, anónima o limitada. La única posibilidad sería que estuviesen comprendidas en el número 5 del artículo 16 de este Código y que, por ello, se inscribieran en una nueva Sección creada por el Registrador, a cuya creación da base la Resolución citada de 16 de marzo de 1982.

En conclusión, diremos, aunque sea tal vez reiteración, que son sociedades civiles las que tienen un fin u objeto no mercantil, en los términos dichos, salvo que adopten la forma anónima, limitada o sean sociedades de garantía recíproca, en cuyos casos serán siempre mercantiles.

II. EL CONTRATO DE SOCIEDAD Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CIVIL.—EFECTOS, INTERNO Y EXTERNO, DEL CONTRATO. SOCIEDADES MIXTAS

El contrato de sociedad civil, tal como ha sido caracterizado antes, produce unas relaciones jurídicas entre los socios dirigidas al cumplimiento de lo pactado. Es lo que se llama *efectos internos del contrato*, los cuales se producen simplemente por la celebración válida de éste. Y para esta celebración válida no se exige, en principio —de acuerdo con el principio de libertad de forma que establece, en general para los contratos, el artículo 1.278 del Código Civil y que, específicamente respecto de la sociedad, proclama también el 1.667—, ninguna formalidad; o sea que, como ha dicho repetidamente la jurisprudencia, se trata de un contrato consensual que como tal se perfecciona por el simple consentimiento. Pero, a continuación, el artículo 1.667 dice que si se aportaren a la sociedad bienes inmuebles o derechos reales (debe entenderse que éstos son los de los que recaen sobre esta clase de bienes, ya que, si no, serían bienes muebles y, además, resulta del artículo 1.668 que sólo habla de bienes inmuebles), será necesaria la escritura pública y el 1.668 añade que «es nulo el contrato de sociedad siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura».

¿Cuál es el sentido de estas exigencias formales? Del texto de los artículos 1.667 y 1.668 resulta que son requisitos *ad substantiam* —«será necesaria la escritura pública», dice el 1.667 refiriéndose a la constitución de la sociedad, y el 1.668, más contundente, que «es nulo el contrato de sociedad»; resalto aquí que éste se refiere al contrato, no a la

sociedad, como el 1.667—, o sea, que, con una interpretación textual, sin ellos, no tendría eficacia la sociedad y, por tanto, no surgirían las obligaciones contenidas en el pacto cuando se aportaren bienes inmuebles que, por tanto, no pasarían ni a la sociedad como persona jurídica ni a una comunidad de bienes entre los socios. El Código de Comercio de 1885, anterior, por tanto, al Civil, distingue, en cambio, entre los efectos internos del contrato de sociedad, que él llama de Compañía, los cuales se producen —artículo 117, párrafo 1.º— por su celebración con los requisitos esenciales del Derecho, cualquiera que sea la forma en que se haya producido, de los efectos externos —aparición en la vida jurídica de un nuevo sujeto de Derecho, es decir, la atribución de la personalidad—, para los que, y sólo para ellos, se exigen los requisitos formales de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. Y no se ve el motivo por el que el Código Civil, tan sólo cuatro años después, adoptase un criterio diferente, cuando internamente existe una sustancial identidad entre el contrato de sociedad y el de compañía, o sea, que no hay razón para aceptar la sociedad irregular, con efectos obligatorios para los otorgantes del contrato, en el ámbito mercantil y no en el civil. Por ello no ha de interpretarse de forma literal el Código Civil en este punto, sino de manera semejante al Código de Comercio. Y es lo que se hace en la doctrina y en la jurisprudencia. Así, de acuerdo con lo manifestado reiteradamente por ésta —nos ahorramos, por creerlo innecesario, la referencia a las sentencias (4)—, las exigencias de los artículos 1.667 y 1.668 no suponen, en los efectos internos —fuerza obligatoria entre los contratantes—, una alteración para el contrato de sociedad, del contenido de los artículos 1.278 y 1.279, por lo que la no observancia de las formalidades de los 1.667 y 1.668 sólo darán lugar, como ocurre en general con los supuestos de exigencia de forma, a la posibilidad de exigírselas mutuamente los contratantes. Y esta posibilidad ha de reconocerse siempre que se aporten bienes inmuebles, aunque la sociedad, por no tener personalidad jurídica por aplicación del artículo 1.669, se rija por las normas de la comunidad de bienes.

Todo esto en cuanto a la fuerza obligatoria del contrato de sociedad, esfera interna. Otra cosa es el efecto jurídico de la aparición de un ente distinto de los socios —personalidad jurídica— y reconocido como tal en las relaciones con los terceros, que constituye la eficacia externa de

(4) No obstante, pueden verse sentencias en cualquier texto de Código con notas de jurisprudencia y, también, en autores como CASTÁN (*Derecho Civil Español, común y foral*, 1956, tomo IV, pág. 570), PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, II, 1.º, págs. 169 a 171), así como en las notas de Derecho español contenidas en el *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECERUS (tomo II-2, vol. 2.º, página 685).

este contrato, para lo cual, como la jurisprudencia ha dicho (5), sí debe observarse la forma de los artículos 1.667 y 1.668, cuando se aportan bienes inmuebles, al igual que ocurre en todo caso con el contrato mercantil de compañía, con la única diferencia de que en éste, además, ha de darse otro requisito de publicidad: la inscripción en el Registro Mercantil.

Si no se aportan bienes inmuebles no se exige ninguna formalidad, ya que en el caso de que se aporten es una especialidad respecto de la regla de libertad de forma, como se ha visto, aunque esto sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.669, que luego comentamos, y de lo que decimos a continuación.

¿Cómo se aplica aquí el párrafo último del artículo 1.280 del Código Civil, que expresa el deber de constancia escrita de los contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas? Lo primero es decir que es un precepto olvidado en la práctica, como lo prueba el que no se haya actualizado esta cifra desde 1889, año de promulgación del Código. Sin embargo, es una norma vigente, por lo que, según el artículo 1.279, cabe que cualquiera de los otorgantes del contrato de sociedad exija que éste conste por escrito. No obstante, no parece que esta forma escrita sea requisito para que se den los efectos externos indicados, salvo la aplicación del artículo 1.669, ya que, en la regulación específica de la sociedad civil no se establece, aparte el caso de aportación de inmuebles, requisito formal alguno, por lo que no cabe darle al párrafo último del artículo 1.280 más alcance que el derivado del 1.279.

Y ya con esto entramos en el aspecto fundamental de cuanto en nuestro Derecho tiene personalidad jurídica la sociedad civil —*efecto externo*—, lo que implica que ésta ostente la titularidad de derechos y obligaciones frente a terceros y frente a los socios también y, en consecuencia, la del patrimonio social, que se constituye con los bienes aportados por los socios en virtud del contrato y con los que se adquieran después por el ente societario.

Y para tratar este tema vamos a partir de la regulación que el Código Civil establece para las personas jurídicas en general.

La sociedad civil se encuadra dentro del artículo 35, número 2, como asociación de interés particular, que será, según este precepto, persona jurídica en cuanto la Ley le conceda personalidad propia, independiente

(5) Puede verse referenciada en los lugares indicados en la nota anterior, salvo en CASTÁN acaso, que sólo cita sentencias respecto de la eficacia interna del contrato.

de cada uno de los asociados, y el artículo 36 añade que estas asociaciones se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

Volvemos, pues, a las normas de los artículos 1.665 y siguientes del Código.

Y según éstas, para la personalidad jurídica es preciso, como queda dicho, de la celebración válida del contrato de sociedad y, aportándose bienes inmuebles, los requisitos formales de los artículos 1.667 y 1.668, que no esté incluida la sociedad en el campo de aplicación del artículo 1.669, es decir, un requisito negativo. Así, dice el artículo:

«No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.

»Esta clase de sociedades se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

Lo primero que hay que resaltar, tal como está redactado el artículo, es que en nuestro Derecho se parte de la regla de que la sociedad civil tiene personalidad jurídica y, por ello, en vez de decir cuáles son los requisitos para tenerla, se señala en qué casos no se ostenta; es decir, se tiene personalidad, salvo que se incurra en el supuesto de este artículo.

Y ¿cuál es el supuesto o supuestos de este artículo? Se trata en realidad de un solo requisito o supuesto y es la falta de externidad o publicidad de la sociedad, ya que una sociedad en la que los que contraten por ella lo hagan en su propio nombre es una sociedad que actúa ocultamente, pues los terceros con los que se contrata no pueden saber que es la sociedad la que está detrás. A la inversa, no podría decirse que, actuándose en nombre de ésta, no se revela la existencia de la misma al tercero. De todas formas, el artículo exige dos elementos en el requisito determinante de la no personalidad jurídica, pactos secretos y contratación en nombre propio de los socios, por lo que, en principio, basta con que no se dé uno solo de esos dos elementos para que la sociedad tenga personalidad jurídica; lo que ocurre, como se ha dicho, es que es contradictorio que se dé un elemento y no el otro, como sería, por ejemplo, el caso de que fueran públicos los pactos constitutivos y reguladores de la sociedad y ésta actuara ocultamente. Debe resaltarse sobre el sentido de esta actuación en nombre propio a que se refiere el artículo, siguiendo a los anotadores de ENNECERUS (6), que ha de tratarse del modo habitual de relación de la sociedad con los terceros, pues

(6) *Ob. cit.*, pág. 688.

el caso de actuación ocasional en esta forma está perfectamente contemplado en el artículo 1.698, párrafo 2.º.

Por tanto, para que tenga personalidad jurídica, la sociedad debe manifestarse externamente, ha de tener publicidad, en suma, a fin de que los terceros —los no socios— puedan saber la existencia del ente colectivo. Sin esta publicidad se atentaría contra la seguridad jurídica, garantizada por el artículo 9.º, 3, de la Constitución. Y podría ocurrir que los terceros contratasen con la sociedad creyendo que ésta no existía y que, por tanto, respondía del cumplimiento el que actuó por la sociedad.

¿Cuál ha de ser esta publicidad? No cabe duda de que la seguridad jurídica, a que nos hemos referido, exige un medio, como es el Registro Público, al que tengan acceso los terceros interesados y que proporcione de forma precisa noticia sobre la constitución y normas de funcionamiento de la sociedad. En este sentido, respecto de las asociaciones, el artículo 22, 3, de la Constitución —que no parece pensar en sociedades como la que estudiamos; así, JUAN A. SANTAMARÍA (7) dice que las sociedades civiles y mercantiles, por su carácter esencialmente lucrativo, caen fuera de este artículo constitucional— exige que se inscriban en un Registro, a los efectos de publicidad, o sea, que esta norma, sin entrar en el tema de si esta inscripción es requisito para la eficacia externa —y, por tanto, para la personalidad jurídica—, determina que la publicidad o exteriorización del ente se haga vía registral. Y así habría de ser también en la sociedad civil, como decimos. Pero ¿es posible, ahora, sostener la necesidad de una publicidad registral en interpretación del artículo 1.669? La generalidad de la doctrina y la jurisprudencia (8) entienden que, al no haber una regulación de esta exteriorización de la sociedad, se trata de una publicidad de hecho: el conocimiento por los terceros de la existencia de aquélla y de sus principales pactos. Existe una opinión partidaria de que esta publicidad ha de ser la inscripción en el Registro Mercantil, pero no ha prevalecido por falta de apoyo legal.

Yo pienso que la falta de una regulación que concrete cuándo la sociedad se exterioriza o hace patente no puede llevar a la aplicación de la normativa de las sociedades mercantiles, porque, si bien ha de entenderse que los requisitos formales, ya vistos, que se exigen para las sociedades civiles en que se aporten bienes inmuebles han de tener el mismo sentido que los exigidos para aquéllas, como ha quedado dicho, no ocurre lo mismo en cuanto a la determinación de estos requisitos, pues, si el Código Civil quisiera exigir inscripción, se vería en su articulado.

(7) *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pág. 282.

(8) Puede verse, al respecto, la exposición de F. CAPILLA RONCERO: *La sociedad civil*, 1984, Colegio de España, págs. 395 y ss.

expresa o tácitamente, cuando, por el contrario, lo que se ve, como también se ha señalado, es la regla de libertad de forma y atribución, en principio como regla de personalidad jurídica a la sociedad civil, por lo que los supuestos en que no se le reconoce no hay que interpretarlos ampliamente.

No cabe duda de que habría convenido, y conviene ahora, una publicidad registral, y el Registro Mercantil habría sido, y es, idóneo, a falta de uno específico para la sociedad civil, a base de crear una Sección al efecto, pero hasta ahora no es así. Lo único que cabe, tras la reforma de los artículos 16 y 17 del Código de Comercio efectuada por la Ley de 21 de julio de 1973, es que si la sociedad civil realiza actos o posee bienes sujetos a inscripción —parece que debe entenderse en el Registro Mercantil. Así lo presupone AURELIO MENÉNDEZ (9)—, según las leyes o reglamentos, se inscriba en el Registro Mercantil, con base en el número 5 del artículo 16, y esta inscripción, según la Resolución —examinada— de la Dirección General de 16 de marzo de 1982, deberá efectuarse en una Sección a abrir por el Registrador, ya que, lógicamente, no cabe inscribirlas como sociedades mercantiles. Se da la circunstancia de que el artículo 17 declara obligatoria la inscripción de las entidades comprendidas en el número 5 del artículo 16, cosa que parece excesiva y que no parece haberse cumplido en la práctica; más adecuado debe ser entender, con MENÉNDEZ (10), que el sentido de esta exigencia es que, si no se inscribe la entidad, no podrán registrarse los actos o los bienes sujetos a inscripción.

Respecto de esta inscripción en el Registro Mercantil de Sociedades Civiles, debe decirse:

1.º Que sólo es aplicable a una parte de las sociedades civiles y tampoco *ab initio*, o sea, en el momento de la constitución, sino sólo cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción en el Registro Mercantil.

2.º Que, aun tratándose de sociedades comprendidas en el número 5 del artículo 16, por muy obligatoria que sea la inscripción, según el artículo 17 —sobre el sentido de esta obligatoriedad hemos hablado—, ésta no es requisito para la personalidad jurídica, pues no hay base legal para condicionarla a la inscripción.

La publicidad de la que resulta la personalidad de la sociedad civil es, pues, de hecho, en el estado actual de nuestro Derecho positivo.

(9) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, IV, *Registro Mercantil*, páginas 130 y 132-133.

(10) Lugar citado en nota 9, págs. 132-133.

Convendría reformarlo por exigencia de la seguridad jurídica, que en realidad la demanda, y establecer una publicidad registral que, en este momento, podría hacerse a través del Registro Mercantil. Pero esta reforma no ha llegado.

De no existir un medio específico de publicidad y haber entonces de atender a la situación fáctica, resultan dos importantes consecuencias:

Primera.—Salvo el caso de que se aporten bienes inmuebles en que, como se ha reiterado, es preciso, para la personalidad jurídica, la escritura pública, no se requiere ninguna formalidad en la celebración del contrato de sociedad para que ésta sea reconocida como sujeto de Derecho siempre que se haga patente su existencia como ente distinto de los socios. Por ello, cabe una sociedad civil con personalidad jurídica constituida verbalmente, siempre que no esté comprendida en el párrafo 1.º del artículo 1.669, pues el 1.667 consagra la libertad de forma constitutiva, e incluso aunque no lleguen a escribirse luego los pactos, ya que basta con la actuación habitual de la sociedad como tal, según el 1.669, como se ha dicho, para que tenga personalidad. Esta libertad de forma en la creación de una persona jurídica no resiste a la crítica, pues el principio fundamental de la seguridad jurídica se resiente, ya que ¿cómo pueden saber, con un mínimo de seguridad, los terceros —e incluso los mismos socios—, los elementos de estructura, fines, patrimonio y otros aspectos que pueden afectarles del ente social cuya constitución y pactos ni siquiera figuran por escrito? Más concretamente, ¿cómo pueden conocer los terceros quién y en qué medida está legitimado para actuar en nombre de la sociedad? La seguridad jurídica exige que no puede oponerse a alguien lo que no conoce. Por otra parte, la constitución en escritura pública o con cualquier otra formalidad no es suficiente para la personalidad si, a tenor del artículo 1.669, se mantienen secretos los pactos —lo que no queda eliminado por el hecho de la escritura notarial, dado el secreto del protocolo— y cada socio contrata en su propio con los terceros.

Segunda.—Puesto que la personalidad jurídica de la sociedad depende de que sus pactos no se mantengan secretos entre los socios y de que la sociedad actúe habitualmente mostrándose como tal, según queda expuesto, resulta problemático saber si un contrato de sociedad, en el momento de suscribirse, da o no lugar a una personalidad jurídica, pues la atribución de ésta se refiere a un hecho posterior a la constitución, como es la forma en que, en su actuación, se manifieste la sociedad. ¿Cómo sabremos, al otorgarse el contrato constitutivo, si esta sociedad va a actuar públicamente o no? Estamos ante otra incertidumbre, otro incon-

veniente del sistema de nuestro Código en este punto. No obstante, creo que el problema puede resolverse, en principio, entendiendo que, salvo (11) que del contrato social resulte otra voluntad de los otorgantes, la sociedad tiene *ab initio* personalidad jurídica. Pero ¿qué ocurre si luego ésta entra, con su actuación oculta, en el campo de aplicación del párrafo 1.º del artículo 1.669? ¿Se transformará, entonces, en una comunidad de bienes? ¿Y desde cuándo? Aquí la imprecisión es tremenda.

Como resumen de todo lo expuesto, puede decirse que, para tener personalidad jurídica una sociedad civil, basta, en nuestro Derecho, salvo el caso de aportación de bienes inmuebles en que deben observarse, además, los requisitos formales de los artículos 1.667 y 1.668, con no incidir en el campo de aplicación del artículo 1.669 en su primer párrafo.

Si se trata de *sociedades mixtas*, o sea, sociedades civiles que han adoptado, como permite el artículo 1.670, una forma reconocida por el Código de Comercio —que sólo podrá ser, según lo dicho, colectiva o comanditaria—, ¿qué ocurre? ¿Cómo adquieren la personalidad jurídica? Según el artículo 1.670, se les aplica el Código Mercantil en lo que no se oponga al Civil. ¿Se opone el sistema de adquisición de la personalidad jurídica —escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil— de aquel Código al de éste? Pienso que no, porque el artículo 1.669 ordena una publicidad, lo mismo que el Código de Comercio, sólo que éste utiliza un mecanismo registral, y esta diferencia en la forma de exteriorizar la existencia de la sociedad parece evidente que no puede verse como oposición. Por tanto, estas sociedades mixtas precisan, para la personalidad jurídica, la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. En tal sentido, puede citarse la Sentencia de 21 de diciembre de 1955. Y esta doble exigencia debe aplicarse a todas estas sociedades, con o sin aportación de bienes inmuebles, como es natural, pues el Código de Comercio no distingue.

III. SOCIEDADES CIVILES SIN PERSONALIDAD

El artículo 1.669, párrafo 2.º, dice que las sociedades que no tengan personalidad jurídica se registrarán «por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes». Y esto hay que entenderlo aplicable, como es lógico y natural, a todas las sociedades que no gocen de la cualidad de sujetos de Derecho, bien por estar comprendidas en el campo del párrafo 1.º

(11) Esto cabe apoyarlo, positivamente, en el artículo 1.679, del que debe resaltarse que habla del comienzo de la sociedad, no del contrato que la crea.

de este artículo o bien, además, tratándose de aquellas a las que se aporten bienes inmuebles, por imperativo de los artículos 1.667 y 1.668.

Al no existir un sujeto de Derecho distinto de los socios, el patrimonio adquirido como consecuencia del contrato de sociedad, bien en el momento en que éste despliegue eficacia interna, bien después pero en aplicación de lo acordado en el pacto constitutivo, no puede atribuirse a la sociedad, que no existe, sino que debe serlo a los socios de acuerdo con lo pactado siempre que el contrato haya alcanzado eficacia interna, o sea, entre los socios. Y esta situación de pertenencia de bienes a varias personas constituye una comunidad; por ello, es inevitable el párrafo 2.º del 1.669.

¿A qué comunidad de bienes se refiere el precepto? No puede ser otra que la contemplada en el Título III del Libro II del Código, ya que en realidad establece una regulación general —pues, dentro del concepto del párrafo 1.º del artículo 392, cabe cualquier forma de comunidad— y supletoria —pues la normativa que contiene es sólo «a falta de contratos o de disposiciones especiales».

Por tanto, la sociedad sin personalidad —para la cual basta la existencia de un contrato de sociedad válido, que no requiere, como se ha visto, una forma de exteriorización determinada— despliega plena eficacia entre los socios —efecto interno—, pues de una titularidad individual de los bienes aportados se pasa a una atribución en comunidad a los socios como consecuencia y en los términos del contrato constitutivo de la sociedad. Y, según lo pactado, a tenor del párrafo 2.º del artículo 392, se tratará de una u otra comunidad y se regirá por unas reglas u otras. Y la regulación que los artículos 1.665 y siguientes establecen hay que entenderla aplicable también, salvo en lo que presuponga una sociedad con eficacia externa, o sea, con personalidad, pues las normas correspondientes pueden considerarse como las disposiciones especiales que, según lo señalado, son de aplicación preferente a las normas comunes de la comunidad de bienes. Así, por ejemplo, las reglas —artículos 1.689 a 1.691— sobre reparto de pérdidas y ganancias deben de considerarse de aplicación a las sociedades sin personalidad, en defecto de pacto —e incluso con preferencia a éste en lo que sean imperativas, como el párrafo 1.º del 1.691—, antes que los artículos 393 y siguientes.

Es decir, que la sociedad sin personalidad entendemos se rige por las siguientes normas:

1.ª Las contenidas en el contrato de sociedad y otros pactos que no infrinjan preceptos imperativos.

2.ª Por los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil en cuanto sea posible aplicarlos a una sociedad sin personalidad.

3.ª Por los artículos 393 y siguientes del mismo Código.

IV. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La relación con este Registro se produce cuando se pretende inscribir a favor de la sociedad la adquisición del dominio o de otro derecho real que recaigan sobre bienes inmuebles.

Naturalmente, para atribuirle registralmente una titularidad es preciso que tenga personalidad jurídica, pues sólo los entes que la ostentan pueden ser titulares de derechos. Y el problema específico de calificación de estas adquisiciones, para inscribirlas o no, es el de determinar si tiene o no personalidad jurídica la sociedad. Y para ello hay que determinar primero si es o no una sociedad civil, salvo que haya adoptado forma anónima o limitada, o sea, una sociedad de garantía recíproca —en que será siempre mercantil—, ya que, como hemos visto, los requisitos para ostentar la personalidad están en función de ello. Con este fin habrá de exigirse lógicamente que los fines de la sociedad figuren en el contrato social que, por aplicación del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria y de la fehaciencia que deben tener los documentos base de la inscripción, deberá constar en escritura pública.

Determinado el carácter civil de la sociedad es cuando surge el problema de ver si tiene o no personalidad y al respecto deben distinguirse dos supuestos fundamentales:

1.º *Inscripción de las aportaciones efectuadas en el contrato constitutivo.*—Presupuesto éste que figura, como debe exigirse, en escritura pública, queda cumplida la exigencia resultante del artículo 1.667 y, en cuanto a la del 1.668, habrá de verificarse simplemente si se relacionan, como dice este precepto, los inmuebles aportados.

El problema mayor es ver si está o no la sociedad comprendida en el párrafo 1.º del artículo 1.669 al no haber un medio específico de patentización de la existencia de la sociedad. Sin embargo, dado el 1.679 y la regla favorable a la personalidad, que se desprende, como se ha dicho, de la regulación del Código, debe considerarse que la tiene, salvo que del contrato constitutivo resulte que no existe voluntad de dársela.

2.º *Inscripción de otras adquisiciones.*—Deberán presentarse en este caso el contrato —en escritura pública— constitutivo y el documento —que habrá de ser público, por mandato del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria— en que conste la adquisición. El primer documento habrá de calificarse para ver si se constituyó una sociedad civil con personalidad jurídica; la única particularidad aquí es que, si al constituirse no se aportaron bienes inmuebles, no hace falta que se cumpla el artículo 1.668 —tampoco el 1.667—, pero la escritura pública viene

aquí exigida por el Derecho Registral. Habrá que suponer que la sociedad tiene personalidad, pues, si del contrato constitutivo no resulta lo contrario, debe considerarse que nació con ella, según se ha dicho, y si ahora adquiere un bien a través de la representación que tenga establecida, es que la sigue manteniendo. En cuanto al segundo documento, ya no ofrecerá problema especial, salvo acaso que habrá de calificarse la legitimación del que represente a la sociedad en base al contrato constitutivo y, en su caso, a los pactos posteriores, así como a la suposición de que los documentos correspondientes no fueron modificados por otros no presentados.

V. CONCLUSIÓN

Como resulta de lo expuesto, la regulación española sobre la adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades civiles está en desacuerdo con las exigencias de la seguridad jurídica, que la Constitución —artículo 9.º, 3— garantiza expresamente.

La aparición de un sujeto de Derecho afecta a los terceros —ajenos al acto creador del ente— que, en cuanto entren en relación con él, van a ser titulares de derechos y obligaciones frente al nuevo sujeto, por lo que ha de existir un mecanismo para el conocimiento cierto, por estos terceros, de la constitución y pactos que puedan atañerles. Esto exige una publicidad cierta, precisa y accesible a todos los interesados, que sólo un sistema de Registro puede proporcionar. Como dice JUAN A. SANTAMARÍA, «en un marco de seguridad jurídica, difícilmente puede reconocerse personalidad a los entes morales sin la publicidad registral, porque, siendo la personalidad jurídica una mera creación del Derecho para organizar las relaciones de un colectivo con terceros, su existencia ante terceros sólo puede acreditarse fehacientemente mediante la publicidad que otorga un Registro Público» (12).

Es preciso, pues, que la constitución de la sociedad civil se someta a una publicidad registral, de modo semejante a las sociedades mercantiles, para el reconocimiento de su personalidad. Pienso que ha sido la poca frecuencia de estas sociedades la causa de que no se haya legislado para modificar el vetusto sistema del Código Civil, pero en 1986 no cabe seguir con el sistema que resulta del artículo 1.669, redactado en 1889.

Un Registro específico para la sociedad civil no parece, sin embargo, aconsejable que se cree en la realidad actual, pues puede utilizarse el

(12) *Ob. cit.* en nota 7, págs. 288-289.

Mercantil en una Sección dedicada a estas entidades. Por supuesto, es insuficiente el precepto del artículo 16, 5.º, del Código de Comercio, en la redacción que le dio en 1973, ya que sólo es referible a una parte de las sociedades civiles y no desde el momento del acto constitutivo, sino sólo «*cuando* realicen actos o posean bienes...».

ANGEL BADÍA SALILLAS
Registrador de la Propiedad