

El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los derechos español, francés e italiano

ISAAC TENA PIAZUELO

Doctor en Derecho. Prof. de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Nociones comunes sobre la personalidad jurídica.*—III. *Las sociedades de hecho.*—IV. *Derecho francés:* A) El concepto de sociedad. B) Caracteres, elementos y requisitos de la sociedad. C) La personalidad jurídica de la sociedad. D) Clases de sociedades. E) *Société de fait, société créé de fait, société en formation, société en participation*, y las sociedades «irregulares».—V. *Derecho italiano:* A) El concepto de sociedad. B) Caracteres, elementos y requisitos de la sociedad. C) La personalidad jurídica de la sociedad. D) Clases de sociedades. E) *La società semplice.* F) *Società occulta e interna, società apparente, società di fatto*, y las sociedades «irregulares».—VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En el régimen que nuestro Código Civil dedica al contrato de sociedad aparece un precepto singularmente oscuro, el artículo 1669. Aunque la mayoría de la doctrina científica, civil y mercantil, discute incluso la propia designación del fenómeno societario a que se refiere dicho artículo, lo cierto es que una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo español radica en él la denominada *sociedad civil irregular*. Este término, sin juzgar ahora¹ ni su corrección ni las consecuencias de régimen que comporta, creo que puede ser válido en solución de compromiso para designar una *clase de sociedad carente de personalidad jurídica, cuyos pactos se mantienen secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrata en su propio nombre con los terceros, y cuyo régimen se ajusta a las disposiciones relativas a la comunidad de bienes* (cfr. art. 1669 del CC).

¹ Pues a su estudio he dedicado una monografía, *El concepto de sociedad civil irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997.

Con el presente trabajo, sin perder de vista nuestro Derecho, veremos cómo se ha resuelto el tema de la irregularidad societaria civil en otros países que forman parte de la misma cultura histórico-jurídica. Considero de importancia consignar de antemano que cuando me ocupo (respectivamente en cada Derecho) del concepto, requisitos, clases, etc., de las sociedades, persigo como primera finalidad evaluar en qué medida tiene el contrato de sociedad un sentido parecido; y, a resultados de lo anterior, comprobar —en su caso— la existencia de fenómenos que sean similares.

Junto a la gran virtualidad práctica que adquieren hoy en día los fenómenos asociativos, es igualmente cierto que los viejos cauces normativos se han ido demostrando insuficientes para contener una realidad que discurre al vertiginoso ritmo de las cambiantes necesidades del tráfico: ello ha provocado diferentes medidas legislativas, en los distintos países, diversificadas por el ámbito de lo civil y lo mercantil. Y aunque la utilidad práctica del método comparativo, del que pretendo valerme ahora, no reside en proponer modificaciones *de lege ferenda* de las normas propias, tampoco debe dejarse caer en el vacío la constatación de en qué estadio normativo y de eficacia se encuentra el derecho propio frente al foráneo².

Obviamente los resultados de una comparativa resultan justificables cuando parten de presupuestos similares³. En este argumento —principalmente— debe encontrarse la razón del hecho de que sea oportuno examinar en cada caso el concepto, caracteres y requisitos de la sociedad; entrar a comparar, directamente, cómo se aborda la problemática de la irregularidad societaria podría falsear las conclusiones, es preciso que se relativicen en función de un determinado contexto. Lo que obliga en primer término a seleccionar los Ordenamientos que van a compararse, averiguando cuál es el régimen y características de la sociedad, para ver luego cómo quepa el concepto de sociedad irregular. Me fijaré en los Ordenamientos de España, Francia e Italia. La elección, y consecuente exclusión de otros países, resulta justificada por su pertenencia al grupo latino de las legislaciones codificadas⁴. Y además debido a que, por su coincidencia de fuen-

² V. gr., resulta llamativo que en punto a las sociedades irregulares capitalistas dispongamos hoy de un régimen bastante más clarificado que en otros países.

³ Respecto de la utilidad relativa o el limitado recurso que cabe al Derecho comparado, cfr. LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil*, tomo I, Barcelona, 1950, p. 423. En relación a la irregularidad de las sociedades (en particular las de naturaleza mercantil, y del CdC), «apenas cabe recurrir en España, para suplir las deficiencias de nuestro Derecho [se refiere al *de Comercio*], a las luces del Derecho comparado o a las opiniones de los juristas extraños, porque el planteamiento y las soluciones varían en los distintos países y los escritores concentran su mirada, casi exclusivamente, en sus respectivos ordenamientos legales. Ante un cúmulo de disciplinas heterogéneas, resulta imposible trazar un plan rigurosamente lógico y elaborar una teoría general científica: hay que reducirse al Derecho positivo».

⁴ Por tanto quedan fuera de mi interés inmediato las legislaciones codificadas de los países pertenecientes al grupo germánico, e igualmente la legislación de los países anglosajones como Inglaterra. En este último, sí es característica general el no haber realizado la codificación, sin embargo en materia de «*partnership*» se ha progresado por la vía de codificaciones generales o especiales.

En los países pertenecientes al sistema continental en los que no se ha producido una unificación entre el Derecho civil y el mercantil, todavía puede distinguirse la

tes históricas, pueden encontrarse entre ellos conceptos comparables en su evolución posterior, y en el estudio de la sociedad civil (aunque con matices que la peculiarizan) puede seguirse una misma línea estructural, un esquema idéntico.

El punto más inmediato de coincidencia es el terminológico: los sistemas a estudiar –la coincidencia no es gratuita– emplean para designar una misma realidad la expresión equivalente a la *societas* romana: «sociedad» en España, «*société*» en Francia, «*società*» en Italia. En todos ellos, también, tiene una gran importancia y frecuencia práctica el contrato de sociedad. Sin embargo habría que matizar tal afirmación si se pretende referir en exclusiva a la sociedad civil, pues junto a ella se ha producido un enorme desarrollo (y una correlativa «invasión» en la esfera de los contratos sometidos al Derecho civil) de las sociedades mercantiles y del asociacionismo privado en general, y la propia sociedad civil (al menos según los textos legales) ha perdido ámbito de aplicación en mayor medida que en España. Conviene advertir por otro lado que la comparación en paralelo de las concretas disposiciones que dedican al contrato de sociedad, sólo es practicable con cierta facilidad entre los Códigos de España y Francia pues en Italia el concepto de sociedad civil –«*società semplice*»– se halla difuminado notablemente, ha perdido cierta identidad con respecto a las sociedades mercantiles personalistas y una correlativa importancia práctica.

Sin embargo, pese a la familiaridad que mantiene el concepto de sociedad en los países de tradición romanista, justo es reconocer la considerable dificultad para establecer paralelismos con nuestro artículo 1669 del Código Civil, en que se residencia el concepto de sociedad civil irregular que es lo que realmente estoy indagando. Sucede que no existe un precepto correlativo en los Códigos civiles francés e italiano, lo que sí se dan son situaciones más o menos próximas en que podría intentar reconocerse una doctrina más o menos común con la irregularidad societaria civil (haciendo abstracción de la dificultad concreta para determinar las causas por las que se origina, sin ir más lejos, en nuestro propio Código)⁵.

sociedad civil de la mercantil, mientras que el intento es baldío en los ordenamientos unificados.

Para una perspectiva general –aunque no reciente– de las sociedades civiles y mercantiles en los Derechos francés, alemán, inglés, suizo e italiano, puede consultarse, v. gr., GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Comparado», *RDM*, noviembre-diciembre 1946, vol. II, núm. 6, pp. 345 ss. *cfr.* AZURZA Y OSOZ, P. J. DE, «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, pp. 132 ss., en lo referido específicamente a la distinción entre sociedades civiles y comerciales.

También GARRIGUES ofrece una visión general, examinando el tratamiento de la irregularidad, a resultados de los formalismos y requisitos de publicidad de las sociedades, en países como Francia, Italia, Argentina y Alemania. *Cfr.* «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, pp. 227-228.

Para un estudio conciso del contrato de sociedad en el Derecho alemán, *vid.*, v. gr., MEDICUS, D., «Tratado de las relaciones obligacionales» (trad. por A. Martínez Sarrión), 1.ª ed., Barcelona, 1995, pp. 594 ss.

⁵ Sería demasiado artificioso y arriesgado dar por supuesto que la opción por la que me inclino, situando la causa de la irregularidad *ex* artículo 1669 del CC en los defectos

Todo ello obliga a considerar de nuevo la necesidad de que se vea primero —con la oportuna brevedad— en qué consiste el contrato de sociedad en Francia e Italia, sin adentrarme más allá de lo que es el mero Derecho civil ya que la irregularidad societaria mercantil sólo me interesa mediata o instrumentalmente. Conviene apuntar además que en cuanto al Derecho mercantil debería ser más factible elaborar un fundamento común de la irregularidad en los diferentes países del marco comunitario europeo, en que ya es apreciable una cierta tendencia uniformizadora, sobre todo en las sociedades mercantiles de base capitalista, aunque la legislación comunitaria no ha conducido todavía a resultados idénticos en todos los Estados⁶.

Cuando se habla de irregularidad sin especificar su ámbito resulta muy difícil encontrar términos homogéneos de comparación. Aun partiendo de una noción amplia de irregularidad basada en el cumplimiento defectuoso de ciertas formalidades previstas por la ley, debe reconocerse desde ahora mismo que no es posible encontrar exactamente en otros Derechos, estableciendo categorías correlativas, los mismos significados que se le dan en el nuestro. La razón, creo que convincente, la da la diversidad de tipos sociales y requisitos constitutivos, que no tienen porqué coincidir (y de hecho son específicos) en todos los Ordenamientos de una misma área de influencia jurídica (en los casos en que me fijo, España, Francia e Italia). Así lo aclara Simonart cuando trata de las «personas jurídicas irregulares», buscando coincidencias entre diversos países (Alemania, Inglaterra, Bélgica, EEUU, Francia, Italia, Países Bajos, y Suiza): «*Ici également, la question a reçu des réponses différentes dans tous les*

publicitarios y formales del contrato de sociedad, tiene correlatos exactos en los Derechos francés e italiano: en ellos también el tema de la irregularidad societaria tiene su propia dificultad. Tampoco se ha prescindido sin embargo, en otros Derechos distintos al nuestro, de la conexión entre forma y personalidad jurídica: *vid.* SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, 1995, pp. 325 ss. La forma requerida para las sociedades remite a la sociedad de hecho, cuando aquélla se incumple, que a su vez es seguramente la conexión más inmediata con la fenomenología de la irregularidad examinada a propósito del Derecho español.

⁶ *Vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.^a, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pp. 29 ss., 45 ss. y 57 ss., a propósito de la sociedad irregular mercantil en Derecho comparado. Concluye este autor, *ibidem*, pp. 62-63, que en cuanto a las sociedades mercantiles personalistas e irregulares las soluciones a que llega el Derecho positivo de cada país son bastante diversas; aunque puede generalizarse la idea de que se reconoce la validez de los contratos celebrados por la sociedad no inscrita, y la consiguiente responsabilidad. En concreto, el Derecho francés considera a esas sociedades como nulas, pero la sanción de ineficacia no tiene efectos retroactivos, de modo que responde de los contratos celebrados antes de la anulación, y el Derecho italiano las somete a las prescripciones de la *societas simple*. En cuanto a la irregularidad de las sociedades anónimas, la conclusión más ajustada al conjunto de los países europeos es que su Derecho positivo no contempla en realidad el supuesto de sociedad anónima irregular, sino el de sociedad en formación, lo que hace que la disciplina de irregularidad propiamente dicha tenga que ser objeto de una elaboración doctrinal.

En el Derecho de la Comunidad Europea, en relación a la materia examinada, debe tenerse en cuenta la 1.^a Directiva del Consejo de la CEE, en materia de sociedades, de 9 de marzo de 1968. *Vid.* su contenido y su aplicación en los Estados, en VALPUESTA, *op. cit.*, pp. 51 ss.

pays examinés, en fonction d'une part du type de groupement (société ou autre groupement) et d'autre part du système de reconnaissance (formalisme ou libre constitution)»⁷.

II. NOCIONES COMUNES SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

En el Derecho español la materia de la irregularidad societaria plantea, entre otras muchas dificultades, una preliminar: existe una cierta confusión terminológica que podría resumirse muy en síntesis en la contraposición entre sociedades irregulares, de hecho, en formación, ocultas, aparentes e internas, etc. Este problema no es extraño en otros Ordenamientos que pertenecen a la misma corriente de inspiración, y buena parte de esos términos se repiten⁸. Además sobre las anteriores trabas pesa también la necesidad de separar el régimen de la irregularidad según se produzca en sociedades civiles o mercantiles, y dependiendo en cuanto a las últimas de si afecta a sociedades de base capitalista o a aquellas otras en que prepondera el componente personal. Sólo este conjunto de alternativas variables justificaría por sí solo la dificultad de la materia.

Si en nuestro propio Derecho no puede elaborarse una doctrina incuestionable sobre las sociedades irregulares, no podía esperarse que sucediera otra cosa en los Ordenamientos extranjeros, donde las dificultades comienzan ya por el empleo terminológico de los calificativos. Aún cabría una complejidad adicional cuando se cayese en la cuenta de que, igual que en nuestro país, los conceptos y las soluciones que incorporan deben ser coherentes con cada sistema jurídico (el del Derecho de sociedades, en cada nación) en su conjunto, lo que obligaría –siendo rigurosos– a exponer el régimen de las diferentes clases de sociedades y el alcance que tengan las respectivas modalidades en los países que se toman como modelos, estableciendo una comparación puntual con lo que sucede en el nuestro.

Al propio tiempo, para comprender los resultados de lo anterior, sería preciso explicar principios como el de fuentes y jerarquía normativa, órdenes jurisdiccionales, recursos, y valor de las decisiones judiciales, junto a la reglas –v. gr. de carga probatoria– de cada instancia, evolución y reforma legislativa, corrientes doctrinales, clases de formas y eficacia de las documentales, etc. La extensión necesaria apenas vendría justifica-

⁷ SIMONART, V., *op. cit.*, p. 342.

⁸ Y seguramente lo poco que puede aclararse en medio de tanta variedad terminológica es que se trata de fenómenos que de alguna manera tienen que ver con las sociedades (aún se podría decir que se relacionan con las *deficiencias* de las sociedades: defectos formales, falta de exteriorización del vínculo, formulación no expresa del consentimiento contractual, incumplimiento de los requisitos legales...); más allá, resulta muy costoso distinguirlos entre sí, y determinar cuándo y por qué se origina una situación y no otra.

da por la utilidad del método comparatista. De ahí que tengan que utilizarse criterios delimitadores en la investigación del Derecho extranjero, y entre ellos tal vez sea fundamental el de fijar cómo se obtiene por las sociedades la personalidad jurídica o *personalidad moral* (término que goza de cierto predicamento, más en otros países que en el nuestro)⁹. Puesto que (aunque ni siquiera existe acuerdo en la doctrina española sobre este extremo) no parece desacertado desde una perspectiva muy genérica pensar en la sociedad irregular (al menos en cuanto a la sociedad civil) como sociedad que no alcanza la personificación que en otros casos atribuye el Derecho. Esta podría ser la hipótesis de trabajo (aunque sólo sea provisionalmente en tanto se compruebe en los Derechos francés e italiano), averiguar si de modo parecido al Derecho español caben sociedades civiles que se vean privadas de personalidad jurídica, siendo equivalentes a lo que entre nosotros puede denominarse sociedad civil irregular.

Si efectivamente el dato relevante, para entender cómo se soluciona en el entorno europeo la fenomenología de la irregularidad societaria, es la averiguación de cómo se obtiene en cada caso (sociedades civiles, sociedades mercantiles, otros contratos asociativos...) personalidad jurídica, puede partirse de la existencia de tres sistemas fundamentales (en el Derecho privado, por supuesto, sin comprender lo que suceda con las asociaciones de Derecho público). Respectivamente se trataría del sistema de concesión, del sistema formalista, y del sistema de libre constitución¹⁰. El primero de los sistemas apuntados, el de la concesión, se basa en un acto particular de la *autoridad* competente, y es el propio de algunos casos de sociedades en países como Bélgica, Alemania e Inglaterra. El sistema formalista puede considerarse como intermedio entre el de concesión y el sistema libre, consiste en que se supedita la obtención de personalidad al cumplimiento de ciertas condiciones de fondo y de ciertas formalidades establecidas por la ley (que consisten por lo general en la publicación de su constitución de forma oficial, o en la inmatriculación de la sociedad¹¹); este sistema precisamente es el seguido en Francia para las sociedades civiles (*cf.* art. 1842 del CC), para las asociaciones sin finalidad lucrativa

⁹ Además, resulta correcto pensar que la atribución de personalidad que se hace en nuestro Derecho en favor de todas las sociedades que cumplan ciertos requisitos, es al tiempo un dato diferenciador con otros. *Cfr.* BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, p. 162.

¹⁰ *Cfr.* SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, 1995, pp. 72 ss., en quien me apoyaré para desarrollar las características generales comparativas en materia de personalidad, de Francia e Italia. Aquella tipología debe tomarse sin perjuicio de que pudiera añadirse una cuarta posibilidad, exclusiva del Derecho francés, con base en lo que podría denominarse «teoría de la espontaneidad de las personas morales», que, con fundamento en autores como MICHOUY y WALINE, exigiría para el reconocimiento de personalidad jurídica en ciertas agrupaciones tres requisitos: la existencia de intereses dignos de protección social, una determinada vinculación entre ellos, y una cierta organización que permita la expresión de dichos intereses. *Cfr.* SIMONART, V., *op. cit.*, pp. 89 ss.

¹¹ Con lo que se persigue la comprobación de que se han respetado los requisitos legales, y la información para los terceros. *Cfr.* SIMONART, V., *op. cit.*, p. 75.

y las agrupaciones de interés económico; y también se aplica, para diversos tipos de sociedades, en otros países como Alemania, Bélgica, y en Italia para sociedades distintas de la *semplice*. El tercer sistema de obtención de personalidad jurídica es el de libre constitución, por el que aquella se adquiere nada más se cumplan una serie de condiciones de fondo establecidas en la ley; es el sistema seguido, por ejemplo, para las sociedades mercantiles y las agrupaciones de interés económico en Bélgica.

III. LAS SOCIEDADES DE HECHO

Como podrá verse, si hay un concepto que esté de algún modo relacionado con la irregularidad y se repita de manera más o menos coincidente, ése es el de sociedad de hecho; aunque no siempre resulte fácil elaborar una especie de tabla de equivalencias entre los diversos países, lo cierto es que en la búsqueda de cómo se caracterizan en cada Ordenamiento las situaciones de irregularidad societaria, aquella expresión siempre acaba por aparecer. Ello, me atrevo a aventurar, no se debe en realidad a una coincidencia de propósito para dar cabida a un fenómeno societario, sino a una coincidencia en los problemas que pueden plantearse en la constitución de los contratos en general, a propósito de las relaciones de hecho ¹².

Aunque pueden ser diversos los conceptos que ha admitido la noción de sociedad de hecho en la legislación de otros países, parece preferible escoger como significado más idóneo en el nuestro el que explica esa situación por los defectos en el consentimiento, *animus contrahendae societatis*, en concreto los que atañen a su explicitación ¹³. No obstante es evidente que no puede darse un concepto de sociedad de hecho que sea válido en todo caso, para cualquier país, entre otras razones porque tal vez son variables las causas que determinan esa calificación; en cambio sí puede afirmarse que, al menos en los países de tradición romano-germánica, aquella noción se relaciona con los defectos formales de las sociedades: alude a las sociedades que tratan de constituirse al margen de los requisitos formales establecidos por el legislador ¹⁴.

¹² Vid. SACCO, R. y NOVA, G. DE, *Il contratto*, tomo primo, Torino, 1993, pp. 125 ss.

¹³ No interesa entender por sociedad de hecho ni la que carece de contrato originador, ni exclusivamente la que padece deficiencias formales. Pues en cuanto a lo primero, sin contrato no hay sociedad (*cfr.* los términos literales del art. 1665 del CC español); y respecto de la envoltura formal de las sociedades, debe pensarse más bien (al menos en vista de la jurisprudencia del TS) que es determinante la mayor parte de las veces de un tratamiento de irregularidad, conforme al artículo 1669 del Código Civil.

¹⁴ *Cfr.* SIMONART, *op. cit.*, p. 327. Dentro del bloque de influencia romano-germánico, el Derecho francés no es el único que conoce con igual designación terminológica la categoría de *société de fait*, al margen de lo procedente en los Derechos español e italiano, también puede encontrarse en el belga (este caso concreto puede verse documentado en VAN OMMESLAGHE, P., «Les sociétés de fait en Droit belge», en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tomo XI, 1957, Dalloz, 1960, pp. 158 ss.). En cambio, parece que la noción de sociedad de hecho es extraña, no se conoce, en los países anglosajones.

Al margen de lo que cabe en la anterior generalización, debe precisarse que tampoco la expresión «sociedad de hecho» tiene un significado unívoco, o mejor dicho, puede confundirse con otros muy parecidos que designan situaciones próximas. Tal es el caso particular (pues no sucede así en otros países¹⁵) del Derecho francés, donde se emplean de modo distinto los términos «*société de fait*» y «*société créée de fait*». En los demás países que utilizan la referencia a sociedad de hecho, se tiende a contrastarla con la expresión «sociedad irregular» o «sociedad defectuosa» (que alude a aquellas sociedades que tratan ajustarse a los tipos societarios previstos por la ley, pero que adolecen de algún defecto que puede originar su ineficacia). Junto a esos conceptos todavía puede advertirse que se distingue también «la sociedad en formación», es decir aquella que todavía no ha completado las formalidades que la ley precisa para un determinado tipo societario. En este punto, referente a la distinción entre sociedades irregulares y sociedades en formación, el Derecho español parece aventajar al francés y al italiano en grado de desarrollo legislativo, pues la legislación de las sociedades mercantiles capitalistas contempla de manera separada y singular ambos fenómenos¹⁶.

IV. DERECHO FRANCÉS

A) EL CONCEPTO DE SOCIEDAD

El Código francés de 1804 regula la sociedad en el libro III, dedicado a «los diferentes modos por los que se adquiere la propiedad», título IX, artículos 1832 a 1870. Este título ha sufrido diversas reformas con el devenir de los años. Los preceptos del Código Civil francés contienen principios comunes a las sociedades civiles y las comerciales, similarmente al *Codice* italiano y a diferencia del nuestro que contiene las disposiciones aplicables al contrato de sociedad civil¹⁷. Consta el título IX de tres capítulos, el primero dedicado a las disposiciones generales a las sociedades, el segundo —que contiene siete secciones— se dedica especialmente a la sociedad civil, y el tercero a la sociedad en participación. Sistemáticamente el Código francés regula la sociedad después del arrendamiento y antes del contrato de promoción inmobiliaria¹⁸.

¹⁵ Cfr. SIMONART, *op. cit.*, p. 328.

Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.ª, «Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en derecho español» (STS 8 julio 1993), en *RDS*, núm. 3, 1994, p. 278, en donde aclaran el origen del término «sociedad de hecho», y su vigencia.

¹⁶ Cfr. artículos 15 y 16 LSA.

¹⁷ Con todo, téngase en cuenta el papel que puede jugar la sociedad civil como modelo o tipo general de las sociedades, al menos en cuanto al Derecho español.

¹⁸ Advierte la doctrina francesa que las reglas contenidas en el título IX del libro III fueron tomadas por sus redactores de los antiguos juriconsultos franceses, que las habían

El concepto legal de la sociedad lo contiene el artículo 1832 del Código¹⁹:

«La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes».

En definitiva para el Código Civil francés, la sociedad se instituye por dos o más personas que convienen por un contrato afectar a una empresa común unos bienes o su industria para repartir el beneficio o aprovechar el ahorro que de ella puede resultar. Puede instituirse, en los casos previstos por la ley, por la voluntad de una sola persona. Los asociados se obligan a contribuir a las pérdidas.

Abundantes son las diferencias que resultan de la comparación de este concepto legal de sociedad con el contenido en el artículo 1665 de nuestro Código²⁰. Para empezar el Código francés no dice inmediatamente que la sociedad sea un contrato —expresión que literalmente sí contenía la redacción anterior del precepto—, sino más bien parece referirse a la consecuencia o resultado de un acuerdo de voluntades, de un contrato. Con ello se reciben las críticas que a la conceptualización contractual había hecho la doctrina. Así autores como Bonnecase criticaban al texto antiguo que «debería haber calificado a la sociedad como “un organismo derivado de un contrato”»²¹. En cambio nuestro precepto comienza señalando —precisa-

recibido a su vez de los textos romanos. COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2.ª edición francesa, 3.ª ed. española, tomo IV, Madrid, 1981, pp. 613-614, imputaban a tal régimen un carácter más teórico que práctico que lo hacía inadecuado para el buen funcionamiento de una sociedad.

¹⁹ Redacción dada por la Ley núm. 85-697, de 11 de julio de 1985.

²⁰ Comparando nuestro artículo 1665 del Código Civil, que contiene una definición legal del contrato de sociedad, con la antigua dicción del artículo 1832 del del Código Civil francés, se destaca que sólo hablaba éste de poner en común las cosas, omitiendo la industria o el trabajo de los socios; pero en el artículo siguiente, de una manera terminante y expresa, reconocía las mismas clases de aportaciones que el nuestro, e igualmente estimaba como causa de la sociedad la intención de partir los beneficios que puedan resultar. Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, tomo XI, 6.ª ed., Madrid, 1972, p. 366.

Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M.ª «Los criterios del derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y civiles y sus consecuencias prácticas», *RDM*, 1956, núm. 59, p. 54 ss., respecto a la caracterización de la sociedad en Francia, Italia, Alemania, y Suiza.

²¹ BONNECASE, J., *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, traducción mexicana, Puebla (México), 1945, p. 515.

En la crítica de la noción contractualista que contenía antes la definición del artículo 1832, puede verse también, v. gr., GUYON, Y., *Droit des affaires*, París, 1980, p. 85, quien entendía que la sociedad tiene más de institución que de contrato.

Vid. RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, pp. 550-553, para comprender los diferentes recursos, y su crítica, que venía empleando la doctrina francesa para construir la naturaleza contractual de la sociedad.

mente— que la sociedad es un contrato. Tal naturaleza contractual resultó reforzada cuando se adicionó a nuestro Código un cuarto libro, respecto a su modelo francés, y se incluyó la sociedad en el libro IV de Obligaciones y Contratos.

Por otra parte la expresión «*affecter*», «afectar», o destinar a un uso, es más omnicompresiva que la española «poner en común» (*cf.* art. 1665 del CC), pues como sabemos hay modalidades y objetos de aportación que resisten a la idea de comunidad sobre las cosas en sí mismas, pudiendo tratarse solamente de una participación en el uso. Añade el Código francés que el objeto del acuerdo es afectar unas aportaciones a una empresa común²² (*d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie*); con ello de un lado es más preciso que nuestro Código que sólo concreta por el ánimo o intención de reparto de ganancias el para qué varias personas se obligan a poner en común algo, y por otro resulta significativo que se introduzca el término empresa como concepto y realidad del tráfico jurídico, pues no podemos ignorar que el enlace sociedad-empresa constituye una de las directrices comunitarias, apareciendo abundantemente dicho término en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea²³.

Es igualmente más satisfactorio el Código francés al referirse al fin perseguido por la sociedad: «... *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*». En nuestro Código el fin de lucro ha podido adquirir el rango de elemento esencial del contrato de sociedad (sin perjuicio de que se discuta su necesidad en casos concretos) incluso suele ser frecuente precisar que la finalidad societaria tiene que ser una ganancia, un aumento patrimonial²⁴. En cambio el Código francés no se compromete al fijar el fin social, lo mismo puede ser repartir el beneficio como aprovechar el ahorro, la economía que de ella puede resultar. Préstese atención a que expresamente se incluye en el concepto legal, permitiendo en consecuencia aparecer en una sociedad, la posibilidad de que se persiga no un aumento patrimonial (como

Esos autores afirman (*cf. ibidem*, p. 552) que, como medio para reunir capitales, la sociedad ha sido como una especie de *mecanismo jurídico* que el legislador pone a disposición de los hombres.

²² De lo cual podría deducirse que la finalidad de la sociedad es el participar en una empresa común, a la que quedarían afectados los bienes o la actividad de los asociados. *Cfr.* GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.ª ed., París, 1989, p. 5. Estos autores estiman que esa referencia a una empresa común autoriza para hablar de una nueva rama del Derecho: el Derecho de la empresa. *Cfr. ibidem*, p. 8.

²³ Hay que advertir que en las normas comunitarias no se habla de empresa con un mismo significado y extensión, pero a tenor de la jurisprudencia pueden distinguirse algunos elementos que se consideran esenciales (*cf.* DORAL, J. A., y MARTÍN, D., «La persona jurídica hoy», *RGLJ*, marzo 1984, núm. 3, p. 281, aunque no se refieren especialmente al Derecho francés): 1. Elemento material: la persecución de una actividad económica. 2. Elemento temporal: esa actividad ha de desplegarse según las notas de permanencia y habitualidad. 3. Elemento formal: una mínima organización.

²⁴ De tal modo que tal concepto excluye materialmente del ámbito del artículo 1665 ciertas agrupaciones, como las mutuas de seguros, figuras de cooperativismo, etc., en las que el fin de lucro no aparece claramente definido.

pretende nuestro Código), sino economizar gastos, permitir un ahorro a los miembros de la sociedad. Y si, al menos en nuestro contrato de sociedad civil, el fin lucrativo ha de ser un índice de la amplitud de supuestos posibles de sociedad, necesariamente el concepto francés de sociedad es mucho más amplio que el español en cuanto abraza entidades que aunque busquen un beneficio éste no tiene porqué consistir en un aumento patrimonial²⁵.

Otra novedad del Código francés y que no tiene siquiera referencia en el nuestro, es la posibilidad admitida *a priori* y a reserva de lo que establezcan otras leyes, de que haya sociedades constituidas por una sola persona. No es que parta de una simple falta de prohibición (como podría haber hecho negando aquella posibilidad en general, para luego establecer como excepción lo contrario), sino que más bien se propone claramente un criterio admisible de la posibilidad de que existan sociedades constituidas por un sola persona. Y con él se zanja lo que en nuestro país y sobre todo en Italia ha dado lugar a una abundante literatura jurídica a propósito de si caben las sociedades de un solo socio, unipersonales. A la vista está que al menos la letra de nuestro Código Civil se sitúa en una posición contraria, en cuanto exige la existencia de «... *dos o más personas...*», sin perjuicio de que se admita en el ámbito de las sociedades capitalistas.

El último inciso del concepto legal francés hace referencia a la obligación de los socios de contribuir a las pérdidas, alusión que el nuestro no contiene explícitamente en el concepto de sociedad pero que cabe suponer en vista del artículo 1691, dentro del capítulo II que se ocupa de las relaciones de los socios entre sí.

B) CARACTERES, ELEMENTOS Y REQUISITOS DE LA SOCIEDAD

Es preciso hacer una advertencia importante, que deberá tenerse en cuenta al estudiar los presupuestos o requisitos que debe reunir la sociedad en Derecho francés. Debido al sistema seguido por éste y a los requisitos precisos para determinar la personificación de la sociedad, ha de distinguirse (además de otros estadios en la vida de la sociedad, de los que luego me iré ocupando) entre el pacto social, acuerdo de voluntad sobre los elementos fundamentales de la sociedad, y los estatutos de la sociedad, conjunto de reglas aplicables a la persona jurídica que tienen por objeto determinar la naturaleza de la personalidad que se quiere conseguir. De ahí que lo que son condiciones de validez del pacto social, y la existencia de los elementos constitutivos del contrato de sociedad, deben

²⁵ Para una visión de conjunto de cómo ha influido la finalidad lucrativa en los Códigos europeos (aun con la lógica reserva de la antigüedad del trabajo), *vid.* ROTONDI, M., «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», *RDP*, septiembre de 1958, p. 725.

apreciarse y concurrir en el momento de la firma de los estatutos, y no al tiempo del acuerdo para constituir la sociedad²⁶.

Del concepto legal anteriormente examinado resulta que en la sociedad concurren al menos los siguientes elementos objetivos: la puesta en común de aportaciones, la finalidad de obtener beneficios o economías, y obligación de repartir las pérdidas²⁷.

Las aportaciones constituyen el patrimonio inicial de la sociedad, y es precisamente como contrapartida de las mismas que los socios tienen una participación social. El término aportación es tan ambiguo como en nuestro Derecho, en cuanto designa tanto al acto de aportar como a lo aportado. Los objetos de la aportación son realmente amplios, bienes o industria, es decir que pueden aportarse toda clase de cosas ya sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, e incluso el esfuerzo personal del asociado, es decir sus aptitudes comerciales o industriales, conocimientos, experiencia, su crédito, su nombre, etc. En definitiva, todo lo que represente una utilidad para los asociados es susceptible de ser aportado a la sociedad, con la sola condición de que esa cosa no tenga un carácter ilícito²⁸. No hay que perder de vista que ciertas aportaciones, como las inmobiliarias, (igualmente a como sucede con la sociedad civil del CC español, *cfr.* arts. 1667 y 1668), deben documentarse especialmente, han de constar en escritura pública²⁹.

En cuanto al segundo elemento característico de la sociedad francesa, la finalidad de obtener beneficios o economías (como corolario de la obligación de contribuir a las pérdidas producidas en caso de que la explotación sea deficitaria), hasta la Ley de 4 de enero de 1978 (que modificó, además de otros, también el art. 1832 del CC francés³⁰) la sociedad se contrataba solamente para obtener beneficios y repartirlos entre los asociados. Sin embargo en la nueva redacción del precepto se asigna a la sociedad una finalidad suplementaria alternativa como es la obtención de

²⁶ *Cfr.* MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales*, 1991, París, 1990, pp. 106-109, núms. 305-306.

²⁷ Por último, al margen de los tres elementos caracterizadores citados (y en contraste con la devaluación que ha sufrido el requisito de la *affectio* en el Derecho español), debe constatar que todavía existe en la doctrina francesa la opinión de que los dos primeros elementos no permiten caracterizar la sociedad distinguiéndola de otros contratos (como el préstamo con participación en beneficios, o el contrato de trabajo con participación por resultados). Por ello se recupera la vieja polémica en torno a la *affectio societatis*, destacando como diferenciador de la sociedad este elemento intencional.

²⁸ *Cfr.*, aún refiriéndose a la anterior dicción del Código francés, COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2.ª edición francesa, 3.ª ed. española, tomo IV, Madrid, 1981 pp. 614 ss.

²⁹ Por exigencias de la publicidad inmobiliaria o hipotecaria; esa forma especial supone la intervención de un notario para su otorgamiento, el cual se encarga de una serie de formalidades de cara a la inmatriculación. *Cfr.* GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.ª ed., París, 1989, p. 69.

Cfr. los Decretos de 4 de enero de 1955, y 14 de octubre de 1955.

³⁰ Según parece dicha ley, en general, acusa una marcada influencia mercantil: «... *a été calquée sur celle du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales...*». *Cfr.* GALIMARD-GALIMARD, *op. cit.* p. 17.

una economía, de un ahorro. Estos dos aspectos son aleatorios, pues si la explotación es deficitaria, no habrá beneficio ni ahorro, sino unas pérdidas que los socios tendrán que soportar. La doctrina francesa destaca en este elemento la dificultad de precisar qué se entiende por beneficio. Igualmente imprecisa es la otra finalidad alternativa de búsqueda de una economía. El Código no aclara qué es lo que se puede pretender economizar, lo que dificulta determinar las inclusiones posibles dentro del concepto de sociedad³¹. Este mismo elemento resulta peligroso, pues puede convertir en sociedades a las asociaciones (que llegan a ser una variada mayoría³²) que persigan de alguna manera una economía, desde asociaciones deportivas, turísticas, etc., pues basta que se entienda que pretenden realizar una actividad en condiciones menos onerosas que las ofrecidas por empresas comerciales. Para evitar este resultado excesivo habría que exigir al menos, para que de sociedades propiamente dichas se trate, que las personas jurídicas tengan por *objeto principal* la realización de una economía.

En definitiva, la misma inclusión de esas dos finalidades en un mismo concepto de sociedad no escapa a la crítica, en cuanto según el fin puede darse nacimiento a realidades distintas, siendo siempre asociaciones, que en realidad tienen bien poco en común³³.

De otro lado debe tenerse en cuenta que en el Derecho privado francés se distinguen tres grandes categorías de personas morales: las sociedades, las asociaciones, y los grupos de interés económico³⁴. Tal vez ahora se ha atenuado la diferencia, tan clara en los primeros años del siglo XX, entre sociedad y asociación. En efecto, los tribunales franceses venían reconociendo que la finalidad de obtener beneficios era precisamente el carácter esencial de la sociedad, el que la distingue de la asociación. Y el artículo 1.º de la Ley de 1 de julio de 1901, relativa al contrato de asociación, lo definía así: «Asociación es aquella convención por la cual dos o

³¹ GUYON, Y., *Droit des affaires*, París, 1980, pág. 104, se pregunta: «*Mais des groupements ont aussi pour objet des économies d'énergie, une diminution de la pollution, c'est-à-dire une "économie" des éléments qui composent l'environnement, etc. Faut-il les considérer comme des sociétés, en application de l'art. 1832 nouveau? Une réponse affirmative semble difficile...*».

³² En cuanto a la distinción en Derecho francés entre sociedad y asociación, vid. RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, pp. 553 ss.

³³ Así la realización de beneficios tiene un carácter colectivo, que no pasa a nivel individual más que con ocasión de su reparto; mientras que la búsqueda de una economía tiene siempre un carácter individual, la voluntad de cooperar de los asociados está menos afirmada. Igualmente distinto es el funcionamiento financiero. Cfr. GUYON, *ibidem*, p. 105.

³⁴ Denominados «GIE», que tienen por objeto el desarrollo de la actividad económica de sus miembros, cada uno de los cuales conserva su independencia jurídica. No se persigue directamente la obtención de beneficios, ahora bien si los hay se adquieren inmediatamente por los miembros. Sobre las características de estos grupos, vid. v. gr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales, 1991*, París, 1990, pp. 1195 ss., núm. 3970 ss.

Tampoco la doctrina francesa parece estar demasiado satisfecha con la forma de solucionar la diversidad de personas jurídicas, pues se echa de menos una clarificación y distinción entre sociedades, asociaciones y GIE.

más personas ponen en común, de una manera permanente, sus conocimientos o su actividad con un fin distinto del de repartirse los beneficios». (No obstante, la claridad del criterio diferenciador fracasaba respecto a las asociaciones con finalidad no desinteresada, que ejerciendo actividades económicas y obteniendo beneficios, sin embargo, eran consideradas como asociaciones en cuanto no distribuían dividendos). Existen asociaciones que no proponiéndose claramente la finalidad de obtener beneficios, sin embargo persiguen un cierto interés pecuniario de sus asociados; así sucede con las sociedades cooperativas de consumo y las sociedades de socorros mutuos. De tal modo que el legislador ha venido asimilando a la sociedad tales agrupaciones³⁵. Ya la ley de 10 de septiembre de 1947 incorporó las cooperativas a la categoría de las sociedades. Lo mismo se ha hecho posteriormente con las sociedades de seguros mutuos, las sociedades para la construcción y las sociedades civiles «profesionales de medios»³⁶.

Junto a la anterior finalidad positiva de la sociedad que impone el Código Civil francés, hay que considerar el último inciso del artículo 1832 que se refiere a la obligación de repartir las pérdidas. La participación en los beneficios y en las pérdidas es esencial en el contrato de sociedad. En realidad esta obligación tiene significado distinto según se trate de una sociedad que persiga netamente la obtención de beneficios o de aquéllas otras que busquen una economía, pues en las primeras la participación en las pérdidas tiene un carácter excepcional, no así en cambio en las otras en que la puesta en común de medios entraña ya de por sí unos gastos, que deben ser cubiertos por las distintas modalidades de cotización de los socios.

El artículo 1844-1 dispone que salvo estipulación contraria en los estatutos, cada socio deberá contribuir a las pérdidas proporcionalmente a la parte del capital que ostente. Se tiene por no escrito el pacto por el que se atribuya a un socio la totalidad del beneficio social o se le exonere en las pérdidas, y aquéllos otros en que se excluya a un socio de la participación en las ganancias o se le haga cargar con la totalidad de las deudas. Se trata de un precepto similar, en sus consecuencias, al que establece nuestro Código en el artículo 1689, y además resulta del mismo una prohibición del pacto leonino tal como hace el Código español en el artículo 1691 (y veremos igualmente con el italiano).

Además de los requisitos que resultan del concepto legal de sociedad, sobre la posibilidad de constituirla pesa un límite impuesto por el artículo 1833, que es concordante con lo dispuesto por nuestro Código en el artículo 1666. Dice el precepto francés que «*Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés*». Lo que dicho precepto no previene (a diferencia del nuestro y en parte del corres-

³⁵ Cfr. COLIN-CAPITANT, *op. cit.*, pp. 615-616. Cfr. GUYON, *op. cit.*, p. 101.

³⁶ *Vid.* pp. 189 ss. de mi trabajo «Las sociedades de profesionales en Derecho comparado», comunicación (al Congreso del mismo título) publicada en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 155 a 208.

pondiente italiano), es la sanción por ilicitud del objeto y el destino, en caso de que sea la disolución, de los bienes de la sociedad.

Por objeto de la sociedad no hay que entender el objeto de la obligación asumida por los asociados, sino la causa de tal obligación, es decir, el fin que los promotores de la sociedad se han propuesto. Los tribunales tienen la posibilidad de investigar si lo enunciado en los estatutos concuerda con el fin real de la sociedad que sólo debe tomarse en consideración desde el punto de vista de la licitud.

El artículo 1835 del Código Civil francés constituye otra disposición imperativa, que necesariamente debe ser observada en la constitución de la sociedad. Se refiere a que los estatutos de la sociedad deben constar por escrito, y deben contener o enunciar las aportaciones de cada asociado, la forma de la sociedad, su objeto, la denominación o razón social, el capital, duración de la sociedad y modalidades de funcionamiento (a diferencia de nuestro contrato de sociedad, que sólo precisa de forma escrita con carácter excepcional, y sin que su omisión afecte a la validez misma del contrato).

Un nuevo límite es el relativo a la duración temporal de las sociedades, ya que todavía el artículo 1838 francés (en el capítulo dedicado a las disposiciones generales) les da una vida máxima de noventa y nueve años: *«La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans»*. Confróntese con nuestro artículo 1680 del Código Civil que establece varios criterios sobre la duración de la sociedad, y como subsidiario se refiere a la vida de los asociados.

Entre las características enunciadas de la sociedad en el Código francés, hay algunas de importancia tan señalada que su incumplimiento es capaz de originar la nulidad de la sociedad. El artículo 1844-10 del Código Civil francés dispone con criterio restrictivo que la nulidad de una sociedad solamente puede resultar ya de las causas que provocan la nulidad de cualquier contrato, ya de la violación de lo dispuesto en los artículos 1832 (que, según hemos visto, recoge el concepto mismo de sociedad), en el primer párrafo del artículo 1832-1 (respecto a las sociedades entre esposos), y en el artículo 1833 (licitud del objeto y comunidad del mismo para todos los socios); de tal modo que las cláusulas estatutarias que sean contrarias a alguna disposición imperativa del título IX (que es precisamente el dedicado a la sociedad) y que no estén sancionadas con la nulidad de la sociedad, simplemente se considerarán como no escritas.

C) LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

A partir del Código Civil la doctrina y la jurisprudencia francesas (con base en los arts. 529 del Código Civil francés y 69-6.º del Código de procedimiento civil) admitieron que las sociedades mercantiles son personas jurídicas, es decir que constituyen sujetos de derecho distintos de los seres humanos que los componen. Pero por el contrario, tratándose de sociedades de naturaleza civil, se concluía que no habían sido consideradas por el

legislador como tales personas jurídicas, constituyendo, por consiguiente, simples casos de indivisión. Sin embargo, la Sala de revisiones del Tribunal de Casación abandonó esta postura a partir de 1891³⁷.

En la actualidad y a diferencia de lo que sucede con otros países del entorno (como Italia, Alemania o Bélgica, en que puede indentificarse la modalidad societaria), la sociedad civil sí goza en Derecho francés de personalidad jurídica (coincidiendo por tanto con nuestro CC), y así lo reconocieron tanto la doctrina como la jurisprudencia de acuerdo a lo establecido por el Código en los artículos 1832 y siguientes³⁸. De cualquier modo la Ley 78-9, de 4 de enero de 1978 que reformó el Código Civil, puso fin a la controversia durante mucho tiempo mantenida a propósito de la personalidad de la sociedad civil, siguiendo el sistema de la inmatriculación para que puedan gozar de ella las sociedades (y precisamente a partir de ese momento): con lo que aplica a todas las sociedades lo que antes era una previsión para las sociedades mercantiles nada más³⁹. Con la inmatriculación en el registro de comercio, el contrato de sociedad deja de ser un simple acto jurídico y adquiere existencia como persona, individualizada, goza de capacidad jurídica y por lo tanto se distingue de la persona de los asociados⁴⁰.

El actual artículo 1842 del Código Civil francés señala que las sociedades distintas a las sociedades en participación gozan de la personalidad moral a partir de su inmatriculación, y hasta ese momento las relaciones

³⁷ Cfr. COLIN-CAPITANT, *op. cit.*, pp. 630-633. Cfr. RIPERT, G. y ROBLLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.º ed., París, 1993, pp. 560 ss. Cfr. GUYON, Y., «Droit des affaires», París, 1980, pp. 118 ss.

³⁸ Cfr. SIMONART, V., *op. cit.*, pp. 103-104.

No solamente existe en cuanto a la personalidad jurídica una coincidencia de nuestro Código con el francés, sino más aún una marcada influencia de éste en aquel otro. Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, pp. 379-380. En el Derecho francés «... se trasporta al modesto ámbito de la sociedad civil toda la problemática de la personalidad jurídica, intentando explicar toda su normativa desde la óptica de que la sociedad es un ente distinto de los socios, y llegando afirmaciones que están en absoluta contradicción con el espíritu de las normas concretas reguladoras del contrato de sociedad civil». // «Y si en el vecino país la construcción de la personalidad de la sociedad civil es obra de la doctrina y jurisprudencia que abusan de la inversión dogmática, en España, a consecuencia de lo tardío de nuestra definitiva codificación civil, se reciben las consecuencias de la elaboración francesa, dándole acogida, no sólo en las obras de los teóricos, sino en el propio texto normativo del Código. Y así, se proclama en el artículo 1669, la personalidad de la sociedad civil, pero sin que, a la vez y salvo alguna excepción en buena medida inútil —como ocurre con el primer inciso del art. 1669—, se proceda a alterar de manera sustancial el articulado regulador de la sociedad civil, dando legislativamente acogida clara a todas esas pretendidas consecuencias de la personificación. Se mantiene una normativa fundada sobre la tradición romanista heredada a través de, fundamentalmente, de la obra de Pothier, y se le añade la personalidad».

³⁹ Cfr. GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.º ed., París, 1989, p. 11.

⁴⁰ Cfr. MERCADAL, M. B. JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales*, 1991, París, 1990, p. 103, núm. 300. En cuanto a los aspectos implicados en la adquisición de personalidad, existencia como persona jurídica, individualización de la sociedad y capacidad jurídica, *cfr. ibidem*, núms. 301 a 306, 370 a 404 y 410 a 458, respectivamente.

entre los asociados son regidas por el contrato de sociedad y por los principios generales del derecho aplicable a los contratos y las obligaciones.

En Francia puede establecerse el estatuto de cualquier sociedad mediante escritura auténtica o por escritura privada, siempre que no resulten de aplicación las reglas que hagan exigible lo primero (lo que sucede cuando se trata de aportaciones inmobiliarias). Un extracto del acto constitutivo se publica en un periódico habilitado para recibir anuncios legales, y se insertará un aviso en el *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* anexo al *Journal officiel*. Cuando se han cumplido las demás formalidades, la sociedad solicita su inmatriculación en el Registro de comercio y de sociedades, la que le conferirá personalidad jurídica. El secretario del Tribunal de comercio («*greffier du tribunal de commerce*») correspondiente al domicilio social, tiene la responsabilidad de asegurarse de que se cumplen las condiciones de regularidad en la constitución de la sociedad, lo que supone que se le encomienda el control de legalidad⁴¹.

Puede verse pues que dicho artículo 1842 ofrece diferencias evidentes con nuestro artículo 1669 del Código Civil: para empezar el primero condiciona la aparición de la personalidad a un acto formal, mientras que la sociedad civil del Derecho español no precisa reunir en todo caso exigencias de publicidad legal para quedar personificada; ni tan siquiera es uno de sus requisitos el acceso a Registro alguno, de tal modo que muchas veces basta la simple publicidad de hecho para que una sociedad civil quede investida de personalidad jurídica.

Ahora bien, lo que es claramente distinto en el Derecho francés y el español es el procedimiento para la obtención de la personalidad jurídica, pero tal vez no tanto las consecuencias de no tenerla. Aunque creo que el criterio que puede descubrirse en la jurisprudencia a propósito del ámbito de aplicación del artículo 1669-2 del Código Civil, es que las relaciones internas se rigen por las reglas de la comunidad de bienes, tampoco puedo dejar de advertir que ha sido bastante frecuente que la doctrina española considere que las sociedades irregulares, pese a esta calificación, siguen existiendo como tales sociedades y ello debería propiciar que *ad intra societatis* se les aplicasen las normas previstas por el Código Civil para

⁴¹ Cfr. SIMONART, V., *op. cit.*, p. 79.

Puede verse un práctico esquema de la cronología para la constitución de sociedades, en GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.ª ed., París, 1989, pp. 123 ss.

Cfr. «*Formation du contrat de sociétés*», para las sociedades personalistas, en RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, especialmente pp. 613 ss.

Quando se trate de sociedades civiles debe tenerse en cuenta, respecto las condiciones de forma, que el consentimiento de los asociados se manifiesta por la firma de los estatutos. Los fundadores y los representantes legales deben cumplir las formalidades de publicidad, que se culminan por la inmatriculación en el Registro de comercio (llevado por el *greffier du tribunal de commerce*). La sociedad no goza de personalidad sino a partir de aquélla. Cfr. GUYON, Y., «*Droit des affaires*», París, 1980, p. 207.

Vid. la conexión entre técnica de exigencia de publicidad y el concepto de irregularidad, para el Derecho francés y en general en Derecho comparado, en GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, pp. 232-237.

las sociedades, además de aquellas por las que los socios hubiesen acordado gobernarse.

D) CLASES DE SOCIEDADES

Tradicionalmente se distinguía en Derecho francés entre sociedades civiles y sociedades mercantiles de un lado, y dentro de las civiles aún podía calificarse (como en el nuestro se hace) entre sociedades universales y particulares (antiguamente denominadas *sociétés taisesibles*, «sociedades *silenciosas*»). De todos modos, ya la doctrina venía poniendo de manifiesto la inutilidad, o infrecuencia al menos, de las universales, y advertía que «*les sociétés sont presque toujours, en fait, des sociétés particulières*»⁴². La redacción actual del Código ni siquiera recoge esta distinción entre sociedades universales y particulares.

Se consideraban sociedades civiles todas aquéllas cuyo fin no era el comercio, pues el artículo 1 CdC calificaba de mercantil una sociedad «... *cuando ha sido creada para llevar a cabo operaciones mercantiles*»⁴³. Sin embargo la distinción se atenuaba en la práctica, pues también las sociedades civiles podían acogerse a algunos beneficios previstos para las mercantiles por la Ley de 24 de julio de 1867.

En cuanto a las sociedades civiles con forma mercantil estaban sometidas, como reconocía la jurisprudencia, a la normas del Código Civil. Sin embargo una Ley de 1 de agosto de 1893 dispuso en su artículo 68 que «*sea cual sea su objeto, las sociedades comanditarias o anónimas que se constituyan bajo las formas del Código de Comercio o de la presente ley, serán comerciales y estarán sometidas a las leyes y usos del Comercio*».

Ahora las diferencias entre una y otra clase de sociedades han perdido importancia, pues tras la reforma de 1978 el artículo 1834 declara aplicables a toda clase de sociedades las normas del título IX del Código (que hasta ahora he venido refiriendo), si la ley no dispone otra cosa en razón de su forma o de su objeto. Dicha Ley de 4 de enero de 1978 (incorporada a los artículos 1845 a 1870-1 del Código) produjo una aproximación del estatuto de las sociedades civiles al propio de las sociedades comerciales⁴⁴, y en general una modernización de las sociedades civiles, cuyo estatuto databa de 1804 y permaneció durante mucho tiempo anticuado y regulado por disposiciones fragmentarias. En la actualidad, las diferen-

⁴² Así PLANIOL-RIPERT, *cfr. Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome XI, deuxième partie, 2.^e ed., París, 1954, p. 245. En el mismo sentido se pronuncian COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, p. 628. Con arreglo al artículo 1841 del Código de Napoleón, la sociedad particular era aquella que no se aplica más que a cosas determinadas, o su uso, o a los frutos a percibir.

⁴³ *Cfr. COLIN-CAPITANT, op. cit.* pp. 623 ss.

De las sociedades civiles solamente se puede dar una definición negativa: son civiles aquellas sociedades a las que la ley no atribuye otro carácter en virtud de su forma, de su naturaleza o de su objeto. *Cfr. GUYON, op. cit.* p. 205.

⁴⁴ *Cfr. GUYON, op. cit.* pp. 205 ss.

cias entre sociedades civiles y mercantiles pueden cifrarse en que estas últimas son las únicas a las que se aplican ciertas reglas propias de los comerciantes, como las que determinan la competencia de los tribunales de comercio, el régimen de prueba, obligaciones contables, el régimen impositivo, etc., igualmente es diferente la prescripción, y el régimen de responsabilidad de las obligaciones⁴⁵.

En la aproximación experimentada por las sociedades civiles y las mercantiles debe tenerse en cuenta el artículo 1845, contenido en la Sección de disposiciones generales del capítulo segundo (relativo a la sociedad civil), del título IX. Tal precepto dispone que:

«Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés civiles, à moins qu'il n'y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d'entre elles sont assujetties.

Ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet.»

El último párrafo da una definición negativa de las sociedades civiles, siendo aquellas a las que la ley no atribuya un carácter distinto al civil en razón bien de su forma, o de su naturaleza o de su objeto. Y en cuanto a la primera parte del artículo, hay que considerar que en el Derecho francés puede distinguirse un régimen de derecho común, y junto a él existen numerosos estatutos derogatorios de frecuente aplicación. Como los relativos a ciertas profesiones reglamentadas (las de notarios, funcionarios —«*huissiers*»—, etc.); también tienen un estatuto derogatorio, contenido en leyes especiales, las actividades inmobiliarias de construcción o de inversión inmobiliaria, las actividades agrícolas y el ejercicio en común de profesiones liberales (como médicos, abogados, etc.).

En definitiva las sociedades civiles tienen en el Derecho francés un significado distinto que en el español, donde conservan todavía una cierta independencia formal y autonomía aunque sea mediante su «comercialización» (también se asemejan a lo que sucede en nuestro país, pues igualmente han perdido mucho terreno en beneficio de las sociedades comerciales). Por lo mismo, debería parecer que el fenómeno de las sociedades civiles irregulares está llamado a desempeñar un papel distinto; no es la menor de las causas que lo que condiciona el disfrute de la personalidad es la inmatriculación, y no la simple publicidad de hecho (en los términos del art. 1669 del CC español, cuando no se exijan manifestaciones de publicidad de derecho), lo que a su vez determina que haya en el país vecino menos posibilidades que en el nuestro de que la sociedad civil irregular se emplee —como muchas veces ha sucedido— como cajón de sastre

⁴⁵ Cfr. RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, pp. 580-581. En cuanto a las clases de sociedades mercantiles, puede verse un cuadro clasificatorio *ibidem*, pp. 583-585.

de la irregularidad societaria, y en cambio ese papel está llamado a corresponderles a las «*sociétés de fait*».

E) SOCIÉTÉ DE FAIT, SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT, SOCIÉTÉS EN FORMATION, SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION, Y LAS SOCIEDADES «IRREGULARES»

En atención a los conceptos que se vienen examinando, puede plantearse la existencia de sociedades civiles irregulares semejantes a las nuestras respecto de varios tipos de fenómenos: las *sociétés de fait* («*sociétés créées de fait*» y «*sociétés de fait*»), las sociedades no inmatriculadas, o las sociedades en formación, y las sociedades en participación. Y, aún estando pendiente la ultimación de concordancias específicas, debo anticipar que la noción de irregularidad aparece de la misma manera en los Derechos francés y español, al menos en su función de designar las alteraciones experimentadas sobre los modelos típicos de sociedad, caracterizados además en el caso francés porque la necesaria inmatriculación forma parte de los requisitos de regularidad⁴⁶.

La noción de sociedad irregular, en sentido amplio, también se parece bastante a lo que se puede obtener en vista del Derecho y de la jurisprudencia española, por otra razón: que la irregularidad (entendida como equivalente a defectos formales) puede redundar en que la sociedad a que afecte no obtenga su personificación. Más precisamente al ser el sistema francés perteneciente al tipo formalista, las sociedades dependen de la inmatriculación para obtener personalidad jurídica: si no reúnen las circunstancias objetivas exigidas por la ley no se permitirá su inscripción en el Registro correspondiente, y sin ella no se conseguirá la personalidad (a diferencia de lo que sucede con las sociedades en países que siguen el sistema de libre constitución, en que al margen de las sanciones que la irregularidad pueda comportar, esa circunstancia no afecta propiamente a la personalidad jurídica)⁴⁷. Aquel parecido a que me refería, consiste en que también en nuestro país las sociedades irregulares por no cumplir las formalidades prevenidas por la ley para el tipo societario de que se trate (civil o mercantil) se ven privadas de personalidad (pese a las discusión que sobre este extremo se mantiene en la doctrina).

Insisto en los extremos anteriores, utilizando el término «sociedad irregular» en su acepción más amplia posible, en el sentido de sociedad que no se somete exactamente a una regla general, y también con el alcance de designar concretamente a las sociedades que padecen ciertas deficiencias formales, puede concluirse en vista del Derecho francés que efectivamente existe esta modalidad aunque no exactamente de la misma

⁴⁶ Así puede verse cuando doctrina estudia dentro de la irregularidad los supuestos de nulidad de las sociedades. *Cfr. v. gr., RIPERT-ROBLOT, op. cit.*, pp. 618 ss.

⁴⁷ *Cfr. SIMONART, op. cit.*, pp. 342-345.

manera que en el español. En el extremo contrario cabría decir que la mayor diferencia entre uno y otro derecho (en cuanto a la sociedad civil irregular) radica en que no contiene el francés un precepto que sea *exactamente* equiparable a nuestro artículo 1669 del Código Civil⁴⁸, en cuanto a la causa determinativa de la irregularidad: ya que el sistema de uno y otro es sustancialmente distinto, y el Código francés exige una inmatriculación que no se corresponde con exigencia alguna del Código Civil español de que las sociedades civiles deban inscribirse en un Registro. La diferencia es de enfoque o perspectiva en cuanto a la propia personalidad jurídica de las sociedades civiles, por más que la sociedad civil francesa (distintamente de lo que sucede en Derecho italiano) se asemeje a la nuestra en que ambas pueden gozar de personalidad jurídica. Aquella diferencia limita en mucho la utilidad de los parámetros comparativos que podrían establecerse, pues la igualdad de resultados no se corresponde con una homogeneidad de presupuestos.

Con todo, vamos a detenernos brevemente en ver cómo se articula la personalidad con el contrato de sociedad preexistente antes de esa operación formal que es la inmatriculación de la *société*.

Lo que indica el artículo 1842 del Código Civil francés es que:

«Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur inmatriculation.

Jusqu'à l'inmatriculation les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations».

Si en efecto este fuera el correlato más próximo de lo que dispone nuestro artículo 1669 del Código Civil, pueden obtenerse entre uno y otro, junto a su semejanza, algunas diferencias adicionales sobre lo ya apuntado. La situación a que se refiere el párrafo segundo de dicho artículo 1842 es realmente coincidente con el supuesto de hecho de aquel otro artículo 1669: ambos se refieren a sociedades que carecen de personalidad jurídica, en el caso español por falta de publicidad del pacto y de la relación societaria, en el francés por la falta del requisito previo para obtener personalidad moral, la inmatriculación. Sin esos requisitos de regularidad las sociedades no existen como sujetos de derecho, no gozan de una personalidad que interponer a la de sus miembros. Hasta aquí su temática es la misma, pero aparentemente al menos no hay absoluta coincidencia en el modo de reglamentarla. El legislador español somete la sociedad civil

⁴⁸ Tampoco habría de parecer demasiado riguroso que se exija una acusada similitud entre los correspondientes preceptos de los Códigos Civiles francés y español, si se tiene en cuenta la deuda de influencia que mantiene en general el nuestro sobre aquél. Aunque en realidad nuestro artículo 1669 del Código Civil tuvo un génesis muy particular. Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, vol. 1, Madrid, 1986, pp. 41 y 42, en donde explica el estado legislativo y de elaboración del nuevo Código que pudieron llevar a GAMAZO, a introducir tanto el artículo 1669 como el 1670.

irregular (aunque –según creo– solamente en las relaciones internas), a las normas de las comunidades de bienes (cfr. párrafo segundo, art. 1669 del CC), aunque la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que ello no convierte en una comunidad de bienes lo que sigue siendo una sociedad aunque irregular; aquello supone a su vez que, como resulta del segundo párrafo del artículo 392 del Código Civil, se dé preferencia al propio pacto entre los socios. En cambio el francés, aunque también remite la regulación de las relaciones entre los *asociados* a lo que hayan pactado por el contrato de sociedad, parece considerar la situación como contractual pues además de lo anterior declara aplicables los principios generales del derecho sobre obligaciones y contratos. Por lo demás la doctrina francesa no parece ser demasiado unánime a la hora de explicar qué suponen esas remisiones en cuanto a las relaciones internas de las sociedades no inmatriculadas, se discute si son sin más situaciones de indivisión o de sociedad de hecho⁴⁹.

El artículo 1843 del Código Civil francés dispone que «*Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation, avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci.*»

Se trata de un precepto que, en cuanto establece la responsabilidad de quienes hayan contratado en nombre de una sociedad antes de inmatricularse, de forma solidaria si la sociedad es comercial, recuerda mucho a lo dispuesto en el artículo 120 CdC español en cuanto a la responsabilidad de los gestores de una sociedad mercantil irregular. También puede relacionarse el artículo 1843 del Código Civil francés –en el ámbito de nuestro CC– con lo establecido en los arts. 1697 y 1698 respecto de cuándo resultan obligados la sociedad o los socios por los contratos celebrados con terceros⁵⁰.

Por otra parte, ya queda sugerido que cabe distinguir en la vida inicial de la sociedad varios momentos o estadios (que, curiosamente, todos ellos pueden ser designados con el término *société*): la sociedad como contrato, la sociedad que se está formando, y por fin la sociedad como persona moral (tras la inmatriculación). La «*société en formation*» se corresponde únicamente con la que va a ser sociedad-persona moral: «*Le législateur n'a pris en considération que la création d'une société personifiée: l'article 1843 du Code civil vise, en effet, expressément "la société en formation avant l'immatriculation". De même, la*

⁴⁹ Cfr. GALIMARD-GALIMARD, *op. cit.* pp. 23 ss. En cualquier caso el régimen de la indivisión y el de la sociedad resultan muy parecidos, e incluso cabe preguntarse si no puede resultar aquel más ventajoso que este otro (cfr. *ibidem*, p. 61).

Cfr. BEZARD, M. P., *Les sociétés civiles*, París, 1979, p. 119.

⁵⁰ Sobre las consecuencias y ámbito de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1843 del CCf, vid. RIPERT, G. y ROBLLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, pp. 610-613.

*différence de rédaction entre les deux alinéas de l'article 1842 (emploi du terme "société" dans le premier et des termes "contrat de société" dans le second) montre que, par «société» il faut entendre la personne morale, non le contrat»*⁵¹. En la calificación de la sociedad en formación juega por tanto un papel importante la voluntad de los socios, aunque la sociedad sólo se forme definitivamente cuando adquiere personalidad el día de la inmatriculación. Lo que no impide que la sociedad como contrato (en el sentido en que se emplea la expresión *contrat de société*) se constituya desde la firma de sus estatutos⁵². Desde ese momento, estando pendiente la inmatriculación, el contrato tampoco deja de producir efectos de cara a sus otorgantes, y los socios quedan vinculados por su promesa de verificar las aportaciones a que se comprometieron, a cuidarse de la conservación de tales bienes, y a dar cuenta a la sociedad de los frutos que produzcan a partir de la conclusión del contrato. Sin embargo el transferimiento a la sociedad de las aportaciones, así como los riesgos que puedan afectarles, solamente llega a producirse desde la inmatriculación⁵³.

Las «*sociétés en participation*» son fenómenos societarios, cuya distinción con las sociedades de hecho (exactamente con la *société créé de fait*) puede ser muy costosa, no en vano el artículo 1873 del Código Civil francés declara aplicables a estas últimas las disposiciones del capítulo dedicado a aquellas otras⁵⁴. Para entender por qué digo que en Derecho francés puede encontrarse aquí una similitud (entre otras que también estoy tratando) con los fenómenos de irregularidad societaria (en sentido amplio) que aparecen en nuestro país, basta con observar que el artículo 1871 del Código Civil francés (primero de los dedicados a la *société en participation*) define una situación en que se ha acordado la no inmatriculación de una sociedad (es decir, se ha prescindido de la correspondiente personalidad jurídica⁵⁵):

«Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors «société en participation». Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous les moyens.

⁵¹ Cfr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales, 1991*, París, 1990, pp. 103-104, núm. 302.

⁵² Cfr. MERCADAL-JANIN, *ibidem*.

⁵³ Cfr. RIPERT-ROBLLOT, *op. cit.*, p. 609; y en general sobre la *société en formation*, cfr. *ibidem*, pp. 607 ss.

⁵⁴ Para TEMPLE, *op. cit.*, pp. 159-160, su diferenciación podía establecerse atendiendo al distinto carácter de una y otra: la sociedad de hecho tiene un carácter público u ostensible, mientras la sociedad en participación ha sido considerada tradicionalmente como una sociedad oculta. La conclusión de su diferencia es que «*Il n'y a donc lieu de soutenir que des sociétés en participation peuvent être créées de fait*».

⁵⁵ Y se ha prescindido igualmente del medio de publicidad legal para lograrla, la inmatriculación; lo que aproxima esta sociedad a nuestra sociedad civil que tampoco precisa de inscripción registral.

Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 (2. al. etc.), 1841, 1844 (1. al. etc.) et 1844-1 (2. al. etc.).»

El artículo siguiente, el 1871-1, en cuanto al régimen de la sociedad en participación, remite a las normas de la sociedad civil cuando tenga este carácter, o a las de la sociedad en nombre colectivo cuando tenga naturaleza comercial, y siempre que no se haya previsto una organización diferente para las relaciones entre los socios.

Los artículos 1872 y 1872-1, desarrollando las consecuencias de la sociedad en participación, se ocupan del régimen de titularidad de los bienes y de la responsabilidad contractual frente a terceros. Puntualiza el primero de ellos que en cuanto a terceras personas cada socio sigue siendo propietario de los bienes que haya puesto a disposición de la sociedad (a salvo los supuestos en que se entienda que existe una situación de indivisión entre los asociados). La contratación de los socios con terceros se realiza en su propio nombre, siendo los únicos que quedan vinculados, salvo que los asociados hayan actuado ante los terceros en su calidad de tales, en cuyo caso serán responsables en forma solidaria o bien en forma conjunta (según la naturaleza civil o mercantil de la sociedad en participación)⁵⁶. Estos términos en sus líneas generales no dejan de resultar familiares para la manera en que pueden explicarse las consecuencias fundamentales de la sociedad civil irregular: responsabilidad personal de los socios, y con sus propios bienes, cuando contratan en su propio nombre con los terceros (cfr. arts. 1669-1, y 1697 a 1699); más difícil resultaría, al menos en vista de la jurisprudencia española, explicar cómo en las relaciones externas los terceros pueden entender que ciertos bienes forman parte de una comunidad de bienes a la que pertenecen los socios de una irregular.

Otro intento de emparejar la noción de sociedad civil irregular con la que pueda ser su equivalente en Derecho francés, se refiere a lo que en este último se denominan sociedades de hecho. En realidad a propósito de esta última categoría lo que sucede es que, tal como ya se dijo, el Derecho francés conoce las modalidades (teóricamente distintas entre sí) de

⁵⁶ Dice el artículo 1872-1: «*Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers.*

Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas.

Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit.

Dans tous les cas, en ce qui concerne les biens réputés indivis en application de l'article 1872 (al. 2 et 3), sont applicables dans les rapports avec les tiers, soit les dispositions du chapitre VI du titre I du livre III du présent code, soit, si les formalités prévues à l'article 1873-2 ont été accomplies, celles du titre IX bis du présent livre, tous les associés étant alors, sauf convention contraire, réputés gérants de l'indivision.»

«*société créé de fait*» y «*société de fait*»⁵⁷. Chocan esas expresiones con el término equivalente en Derecho español, en primer lugar, por tratarse de una dualidad para la que no se ve correspondencia inmediata y exacta con lo que entendemos por «sociedad de hecho»; ya que la jurisprudencia ha adoptado la referencia única a sociedad de hecho para designar un amplio conjunto de situaciones societarias caracterizadas por una deficiente explicitación del vínculo contractual.

Y tal vez la principal novedad, con lo que entre nosotros se ha entendido por sociedad de hecho, es que en Francia puede constituir una forma específica de sociedad; aunque no sea demasiado exacto, podría decirse que lo que el Tribunal Supremo español entiende por sociedad de hecho es desde luego una manifestación societaria, pero que se produce al margen de la previsión del legislador en materia de sociedades; en cambio la *société de fait* está expresamente prevista en el Código francés como una posibilidad más a que pueden acogerse quienes deseen constituir un vínculo societario. Puede hablarse así, en la medida en que el artículo 1873 del Código Civil francés dispone que son aplicables a la *société créé de fait* las normas que el Código dedica a la *société en participation*⁵⁸.

Por otra parte, y pese a lo anterior, lo cierto es que el *Code* no da una definición de *société créé de fait*. «*La société crée de fait résulte du com-*

⁵⁷ No son demasiado abundantes las obras monográficas dedicadas a las sociedades de hecho en Derecho francés. Lo cual tampoco plantea en la tarea que ahora abordo una excesiva dificultad, habida cuenta de que se trata de buscar posibles correlaciones, algo parecido a lo que representa el artículo 1669 del Código Civil, en otros derechos, sin que pueda decirse –al menos por lo visto hasta ahora del Derecho francés– que el paralelismo en cuestión exista de forma particularmente acusada. De ahí que me preocupe mejor el exponer la gama de los fenómenos societarios más o menos irregulares, sin proponerme desarrollar en profundidad ninguno de ellos, ya que como digo, no responden simétricamente a la noción de irregularidad civil existente en Derecho español.

Entre los trabajos que se irán citando, merece destacarse por su extensión el de TEMPLE, H., *Les sociétés de fait*, París, 1975. Precisamente este mismo autor pone de manifiesto un detalle que permite valorar la precisión del significado del término *société de fait*. Parte de la premisa de que toda sociedad de hecho, aunque parezca una tautología, presupone la existencia de un hecho material sin el cual aquella noción carecería de sentido; al mismo tiempo este dato permite distinguir las sociedades de hecho de ciertas situaciones patológicas que no pueden recibir su mismo tratamiento y que son meramente ficticias. Una observación atenta de las sociedades de hecho permite constatar su gran diversidad, de tal manera que la doctrina ha planteado si existe una sola noción de *société de fait*. Cfr. op. cit. p. 69.

⁵⁸ Cfr. SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, 1995, pp. 337-338. Señala igualmente la dificultad que puede plantearse para distinguir una de otra modalidad societaria. Pues ninguna de las dos requiere forma escrita en su constitución, ni está sujeta a inscripción en el Registro del comercio y de sociedades, aunque sin embargo ambas tengan que ajustarse a los requisitos que para las sociedades previene el artículo 1832 del Código Civil francés. La «*société en participation*» es una forma de sociedad voluntaria, carente de denominación, sede y patrimonio sociales, a la que los partícipes prefieren no dotar de personalidad jurídica. La otra, se caracteriza por no tener los socios la intención de ejercer su actividad, de ajustarse, dentro del marco de una sociedad.

Sobre las relaciones y diferencias entre sociedades en participación y sociedades de hecho, vid. GUYENOT, J., *Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du Code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait*, Dalloz, 1979. chron. 155.

*portement de personnes qui, sans avoir pleinement conscience, se traitent entre elles et agissent à l'égard des tiers comme de véritables associés»*⁵⁹. O también puede decirse que aquella expresión designa la situación en que «...*deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société»*⁶⁰. Son sociedades tácitas, creadas de hecho, y pueden entenderse como sociedades irregulares, ya que ni precisan de forma escrita ni se publican⁶¹. De la admisibilidad de esta figura resulta en definitiva que, a pesar de lo que dispone el artículo 1835 del Código Civil francés, la forma escrita no es absolutamente necesaria para la existencia de una sociedad⁶².

Cuando se habla de *sociétés de hecho* ha de reconocerse que el propio término puede inducir a la consideración engañosa de que son sociedades que no se ajustan a ninguna regla. Y no es así en Derecho francés, pues no se olvide que son una categoría positivada de sociedad, donde también deben reunir como cualquiera otra lo que son características definitorias de las sociedades en general, y en particular tres de ellas⁶³: *affectio societatis*⁶⁴, aportaciones⁶⁵, reparto de resultados⁶⁶ (tanto de beneficios o economías, como también de las pérdidas). Especialmente debe tenerse presente que, por la remisión que hace el artículo 1873 del Código Civil francés, resulta aplicable a las *sociétés créées de fait* lo que dispone el artículo 1871, segundo párrafo, por el cual se indica que deben respetarse una serie de disposiciones imperativas entre las que se encuentra el propio concepto de sociedad que da el artículo 1832 del Código Civil francés⁶⁷.

⁵⁹ Cfr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales*, 1991, París, 1990, p. 1191, núm. 3963.

Otros parecen abrir la posibilidad de que de alguna manera tengan las sociedades de hecho origen más consensuado, cuando se dice que pueden originarse estas sociedades ya a partir de un acuerdo verbal, ya por una forma de colaboración. cfr. GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.ª ed., París, 1989, p. 13, nt. 8, y la doctrina allí citada.

⁶⁰ Cfr. RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, p. 593.

⁶¹ Cfr. GALIMARD-GALIMARD, *ibidem*.

⁶² Cfr. GUYON, Y., *Droit des affaires*, París, 1980, pp. 131-133. «*Il arrive que des personnes ne se préoccupent pas de définir leurs relations, mais se comportent en fait comme des associés*». Los tribunales —añade— admiten entonces que hay una sociedad creada de hecho, a pesar de la ausencia de pacto social escrito o incluso verbal. Una de sus aplicaciones se ha producido a propósito de los convivientes de hecho (*concubins*), cuando además de la comunidad de lecho existe la explotación de un fondo común.

⁶³ Cfr. TEMPLE, H., *Les sociétés de fait*, París, 1975, p. 104. Respecto a las circunstancias referentes a la prueba de que efectivamente concurren esos tres elementos, *vid. ibidem*, pp. 143 ss.

Cfr. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Illusions et dangers du statut des sociétés créés de fait*, Dalloz, 1982, chron. 83.

⁶⁴ Cfr. TEMPLE, H., *op. cit.* pp. 123 ss.

⁶⁵ Cfr. *idem*, *op. cit.* pp. 104 ss.

⁶⁶ Cfr. *idem*, *op. cit.* pp. 114 ss.

⁶⁷ Lo que tampoco supone que los terceros, que de buena fe hayan creído en la existencia de una relación societaria, tengan que demostrar la concurrencia de los referidos tres elementos; pues los tribunales franceses han establecido que *la apariencia de una sociedad de hecho se aprecia globalmente, independientemente de la existencia aparente de cada uno de esos elementos*. cfr. MERCADAL-JANIN, *loc. cit.*, pp. 1191-1192, núm. 3964.

También interesa apuntar (pues considero que en Derecho español las sociedades de hecho deben incluirse dentro de la irregularidad societaria civil) que cuando se trata de *sociétés de fait* no se las circunscribe al ámbito de las relaciones comerciales: «*Un erreur assez répandue –indica Temple– consiste à cantonner les sociétés de fait au seul domaine commercial. Or, cela accroît encore la diversité du fait matériel, on rencontre assez souvent dans les décisions judiciaires des sociétés de fait dont l'objet est civil*»⁶⁸.

La otra noción, la de *société de fait*, cuando se emplea en sentido estricto por contraposición a la de *société crée de fait* designa la situación en que una sociedad, querida por quienes en ella participan, aunque nula según el Derecho, ha entrado en funcionamiento (pudiendo incluso haber adquirido personalidad jurídica) antes de que sea anulada⁶⁹. Aunque se ha discutido si toda sociedad irregular permite la subsistencia de una sociedad de hecho, debe tenerse presente el actual régimen de inmatriculación de las sociedades por el cual una sociedad que haya entrado en funcionamiento sin estar inmatriculada en el registro correspondiente, jamás ha podido gozar de personalidad jurídica⁷⁰.

Merece aclararse una afirmación anterior, sobre que *société crée de fait* y *société de fait* son nociones distintas. Lo que sucede es que antes de la reforma de 1978 los tribunales empleaban la expresión *société de fait*, mientras que la de *société crée de fait* era infrecuente. Y aunque es esta última la que ha pasado a tener consideración legal (cfr. art. 1873 del CCf), lo cierto es que los tribunales no han alterado la terminología utilizada, y siguen refiriéndose a la *société de fait*. De todas maneras tampoco parece significar esa opción que se atribuya un significado distinto a las expresiones, más bien no tiene consecuencias prácticas, pues las dos comprenden actualmente la misma realidad, con lo que en consecuencia la distancia que separa esos conceptos de nuestra sociedad de hecho no sería tanta⁷¹.

⁶⁸ Cfr. TEMPLE, H., *Les sociétés de fait*, París, 1975, p. 97.

⁶⁹ Cfr. RIPERT-ROBLOT, *op. cit.*, p. 592. Es decir que el término específico de *société de fait* resulta equivalente de nulidad, o si se quiere de irregularidad societaria, y precisamente en este sentido *vid. ibidem*, pp. 618 ss.

GUYON, *cfr. Droit des affaires*, París, 1980, p. 132, designa a la *société de fait* también como *sociedad putativa*. La define como una sociedad querida como tal, que dio lugar a una escritura de sociedad, pero que fue anulada por *irregularidad* en su constitución.

⁷⁰ Cfr. RIPERT-ROBLOT, *op. cit.*, pp. 592-593.

⁷¹ Cfr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales*, 1991, París, 1990, p. 1191, núm. 3963.

Cfr. VIDAL, D., *Droit des sociétés*, París, 1993, p. 302: La *société de fait* es la técnica que permite tomar en cuenta la existencia o la actividad de una sociedad dotada de personalidad jurídica, disuelta o anulada; sin embargo es ya un tanto inútil, teniendo en cuenta el sistema legal de nulidad-disolución y la continuación de la personalidad jurídica a efectos de la liquidación de la sociedad. «*La jurisprudence utilise parfois la dénomination "société de fait" pour une situation qui représente une société crée de fait*».

En parecido sentido, de atenuar la importancia de distinguir entre *société crée de fait* y *société de fait*, se manifestaba GUYON, *cfr. Droit des affaires*, París, 1980, pp. 132-133.

Es importante distinguir las sociedades de hecho de las sociedades en formación: basta comprobar que —de acuerdo al artículo 1843 del CCf— quienes han actuado en nombre de una sociedad en formación antes de ser inmatriculada, son personalmente responsables de las obligaciones originadas (sin perjuicio de la posibilidad, contemplada en el mismo artículo, de que una vez inmatriculada la sociedad asuma aquellas obligaciones); los socios no actuantes tampoco resultan vinculados. En cambio, cuando se trata de una *société de fait* (siempre que su existencia como tal pueda determinarse), según se vio anteriormente a propósito del artículo 1872-1, los compromisos asumidos por ciertos asociados y por cuenta de la sociedad obligan a los demás (en forma solidaria, o conjunta, según la naturaleza mercantil o civil de la sociedad) ⁷².

En los términos en que antes he tratado de las *sociétés en formation*, su diferencia característica consiste en que son fenómenos que sólo adquieren relevancia en vista de la adquisición de personalidad mediante la inmatriculación. Mientras que la sociedad de hecho se justifica en sí misma, ya que no pretenden sus componentes ni la inmatriculación, ni consecuentemente la personificación social, existe sin más desde el otorgamiento del contrato correspondiente ⁷³.

Otra categoría societaria, ciertamente irregular, que resulta deudora de los conceptos anteriores es la de las sociedades que no se han inscrito y no van a hacerlo: «*las sociedades no inmatriculadas*». No se trata por tanto de supuestos de sociedad en formación, sino de sociedades que entran en funcionamiento sin proceder a su inmatriculación. Planteando esta hipótesis afirmaba Temple que estas situaciones (que el autor prefiere calificar como de «*sociétés simples*», término aplicable tanto a las sociedades civiles como mercantiles) no pueden ser catalogadas entre los supuestos de *sociétés de fait stricto sensu*, con lo que se preguntaba si debía erigirse una categoría nueva y distinta entre las *sociétés de fait* y las *sociétés créées de fait* ⁷⁴, lo que desde luego no consideraba conveniente. Siendo preferible advertir en primer lugar que aquella nueva especie, contrariamente a lo que el legislador ha querido, debería ser considerada

⁷² Cfr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales*, 1991, París, 1990, p. 104, núm. 303.

⁷³ Cfr. MERCADAL-JANIN, *ibidem*. La diferencia entre la *société de fait* y la *société en formation* no es en realidad fácil, a veces solamente se puede establecer en vista de las circunstancias. Para lograrla se suele recurrir a un elemento característico de la existencia de una sociedad de hecho: el comienzo de la actividad social. Pues, por el contrario, los actos realizados por cuenta de una sociedad en formación deben ser simplemente ocasionales, con la única finalidad de preparar el comienzo de la explotación, o conservar las aportaciones hechas a la sociedad. Resulta además curioso, no el que las situaciones *en formation* y *de fait* puedan sucederse, sino el que ocurra que en un mismo colectivo es posible considerar (aunque ha de determinarse caso a caso) que alguno de sus miembros han actuado en nombre de una sociedad en formación, y otros en cambio sean considerados por su conducta como asociados de hecho. No obstante una sociedad no puede ser al mismo tiempo *de fait* y *en formation*.

⁷⁴ No se deje de tener en cuenta además que las causas de nulidad de las sociedades son taxativas, y el defecto de inmatriculación no es una de ellas.

como una sociedad de derecho (por contraposición a las sociedades meramente de hecho). En segundo lugar si efectivamente tales sociedades fueran distintas de las *sociétés de fait stricto sensu*, estarían más próximas a las *sociétés créées fait* cuyo régimen —y es importante resaltarlo— opina que deberían seguir⁷⁵.

Un último apunte. De igual manera que en los otros Derechos a comparar, en el francés también se ha planteado la irregularidad de una manera propia en el dominio de las sociedades de capitales. Aunque ese ámbito y su régimen escapa a mi interés (ya que parto del estudio de cómo se plantea la irregularidad societaria civil, y a lo sumo de las sociedades de base personal), no está de más señalar con algún autor que, en general, la irregularidad societaria mercantil no deja de tener cierta complicación. Si la irregularidad se refiere a sociedades de corte personalista, se les aplica el régimen de la *société de fait*. En cambio las sociedades capitalistas, que por carecer de inscripción no gocen de personalidad jurídica, habrá de distinguirse lo que es la sociedad en formación, de lo que son propiamente dichas sociedades irregulares a las que se les aplicará el régimen de las *sociétés créées de fait*⁷⁶.

V. DERECHO ITALIANO

El Código Civil italiano de 16 de marzo de 1942, reunió en un mismo texto el Derecho civil y el mercantil, derogando el Código de comercio;

⁷⁵ Cfr. TEMPLE, *op. cit.* pp. 188-190, y nt. 535. Resulta particularmente interesante cuando expone la solución que en otros Derechos se ha dado a las sociedades constituidas sin ser inscritas. En particular, en el Derecho alemán pueden apreciarse al respecto tres corrientes distintas: la de quienes creen que la sociedad en vías de constitución es una sociedad civil, los que recurren a la idea de la asociación de derecho civil sin personalidad, y los que opinan que la sociedad será precisamente del tipo elegido por quienes la constituyen.

Cuando se justifica la elección del término de «sociedad simple», explica que tal sociedad será en efecto *simple* por varias razones. En primer lugar por la carencia de personalidad jurídica, y, consecuentemente, por la responsabilidad personal de sus miembros. En segundo lugar también se puede hablar de sociedad simple porque puede permitir la reunificación de las sociedades civiles y de las mercantiles personalistas que han permanecido largo tiempo (y añade aquel autor que de modo artificial) separadas. En este punto me permito llamar la atención sobre que el Tribunal Supremo español con mucha frecuencia ha empleado la noción de sociedad civil irregular en un sentido tan amplio que permitiera dar acogida a fenómenos diversos de alteraciones de la regularidad societaria, independientemente de su naturaleza específicamente civil o mercantil, que se han sometido a una misma solución por el cauce del artículo 1669 del Código Civil. De ahí que, aunque el concepto de «sociedad simple» no tenga mayor relevancia positiva (y sería escasamente peculiar, si fuera cierto que su régimen debe ser el mismo que el de la *sociétés créées fait*), también puede buscarse su equiparación con la noción de sociedad irregular para las sociedades personalistas: responden a la misma idea de ser contratos perfeccionados pero que por circunstancias externas y sobrevenidas (la inscripción registral en algunos casos —sociedades mercantiles en Derecho español, y todas ellas en el francés—, y en cualquier caso por la falta de publicidad), no se han personificado.

⁷⁶ Cfr. VALPUESTA GASTAMINZA, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pp. 39-40.

regula (con algunas modificaciones desde aquel momento) la sociedad en el libro V, «*Del lavoro*» de los seis de que consta. Dentro del libro V, se dedica el título quinto a la «*società*», artículos 2247 a 2510, estando precedido por las disposiciones dedicadas al «*Lavoro subordinato in particolari rapporti*» (tít. cuarto) y seguido «*Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*» (tít. sexto).

El nuevo Código, que sustituyó al de 1865, al unificar las obligaciones civiles y comerciales, ha reemplazado a la sociedad civil romanista por un nuevo concepto que denomina «*società semplice*» que, además de sustituir a la antigua sociedad civil, se aproxima mucho a las sociedades comerciales de personas⁷⁷. La distinción entre sociedad civil y mercantil sólo puede plantearse en relación con la actividad que constituye el objeto de la sociedad⁷⁸. Lo que de suyo ya constituye una peculiaridad a tener en cuenta frente a nuestro Derecho, donde todavía existen reguladas autónomamente las sociedades civiles de las mercantiles (arts. 1665 ss. del CC *versus* arts. 116 ss. del CdC).

Efectivamente es una característica propia del Derecho italiano, que la clásica distinción entre sociedades civiles y mercantiles ha sido superada. El *Codice Civile* de 1942, aparentemente, unifica la materia de sociedades, aunque en realidad la vieja dicotomía no ha desaparecido del todo, pues aún pueden separarse con base en la distinción entre sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad comercial y las que tienen por objeto alguna actividad diversa; estas últimas se rigen por las normas de la *società semplice*, que sustituye a la antigua sociedad civil⁷⁹. Se prevén varios tipos de sociedades, pero la *società semplice* se reserva para las que tienen por objeto una actividad no comercial. No obstante también las actividades extracomerciales pueden cumplirse a través de otras formas sociales, aunque no puede constituirse una sociedad simple cuyo objeto consista en actividades mercantiles (*cf.* art. 2249).

Por último si el concepto de sociedad característico (el general del artículo 2247 del CCi) recoge los elementos que deben concurrir en cada uno de los tipos de sociedad, otro precepto, el artículo 2249, opera el «cierre del sistema»⁸⁰. Dicho artículo remite a los tipos mercantiles las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de una actividad comercial. Se plantea así en el Derecho italiano la cuestión de si existe

⁷⁷ Respecto al sentido que, hasta el nuevo Código de 1942, había tenido la tradicional distinción entre sociedades civiles y mercantiles, *cf.* FERRARA, F., jr., y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, 9.ª ed., Milano, 1994, pp. 191-203.

⁷⁸ *Cfr.* ROTONDI, M., «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», *RDP*, septiembre de 1958, pp. 723 ss «En el sistema actual italiano, que ha abolido un ordenamiento legislativo especial del comercio, el CC regula unos tipos de sociedad (simple, colectiva, en comandita, por acciones, de responsabilidad limitada) que pueden tener cualquier objeto».

⁷⁹ *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo IV, 15.ª ed., Madrid, 1993, p. 595. *Cfr.* CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA, *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1977, p. 229.

⁸⁰ *Cfr.* GALGANO, F., *Diritto Privato*, 6.ª ed., Padova, 1990, p. 645.

en materia de sociedades una tipología cogente, si son únicos los tipos de sociedad admitidos o por el contrario si la autonomía privada permite concluir válidamente contratos de sociedad distintos a los que aparecen en el elenco del artículo 2249 del Código Civil italiano. Una parte de la doctrina ha mantenido esto último (ya en relación a las sociedades ocasionales, ya respecto a las ocultas) pero parece mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la opinión contraria⁸¹. En esta línea se sitúa Galgano, cuando afirma que la sociedad se presenta como un sistema cerrado en cuanto los particulares pueden elegir entre los diversos tipos de sociedad previstos en el *Codice*, pero en cambio no pueden alterar la tipicidad creando tipos distintos; ello supone desde luego una importante limitación al principio de autonomía de la voluntad⁸². Bien se deja ver que tal limitación no es desorbitada, al menos porque nos resulta familiar en nuestro propio Derecho y en el francés. Una cosa es deformar de diversas maneras los tipos societarios previstos por la ley, irregularizándolos, y otra bien distinta crear nuevos tipos; si bien es justo reconocer que no resulta fácil establecer la frontera entre lo uno y lo otro.

A) EL CONCEPTO DE SOCIEDAD

Se contiene el concepto legal de la sociedad en el artículo 2247, insertado en el capítulo I que se dedica a las disposiciones generales:

«Contratto di società.— Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili».

Es decir que mediante el contrato de sociedad, dos o más personas aportan bienes o servicios para ejercer en común una actividad económica con el fin de repartirse los beneficios.

El referido artículo enuncia un concepto general de sociedad, de manera un tanto distinta a como lo hace nuestro artículo 1665 del Código

⁸¹ Cfr. COSTI, R. y CHIO, G. DI, «Società in generale – Società di persone. Associazione in partecipazione», 3.ª ed., *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1991, pp. 20-22. La opinión de que juega en cuanto al número de sociedades el principio de tipicidad, se justifica «... sulla base della considerazione che l'autonomia privata può esplicarsi liberamente solo per quanto concerne i rapporti che riguardano le sfere giuriche dei soggetti contraenti, non quando si tratti di negozi che possano incidere nelle sfere giuridiche di soggetti diversi dalle parti contraenti, come avviene per il contratto di società, cui si ricollega la nascita di un organismo destinato ad operare nei rapporti con i terzi. La lettera dell'art. 2249, che elenca i tipi di società, offirebbe la riprova della correttezza di questo principio». Los autores citados añaden que esta solución se corresponde con las exigencias de orden público, en relación a la protección de la fe pública y de los acreedores sociales, y por razones de interés público en la notoriedad y fácil identificabilidad de los tipos sociales con que se quiere intervenir en el tráfico. Puede verse en el lugar indicado una amplia relación de doctrina y de jurisprudencia.

⁸² Cfr. GALGANO, *Diritto Privato*, 6.ª ed., Padova, 1990, p. 645.

Civil⁸³, recogiendo los elementos que deben concurrir en cualquiera de los tipos de sociedad. Es apreciable entre otras cosas que el legislador italiano califica expresamente a la sociedad como contrato (coincidiendo con nuestro Código, y separándose de este modo de lo que literalmente dice el francés). Así lo habían propuesto buena parte de la doctrina y la jurisprudencia italianas, sin perjuicio de que en el Derecho italiano se crea y regula la categoría de los contratos plurilaterales, caracterizados por la existencia de más de dos partes y en los que las prestaciones de cada una se dirigen a un fin común. Si la sociedad debe ser un contrato, se podrá caracterizar como bilateral cuando los socios sean dos, o plurilateral cuando son más de dos. No obstante ha habido autores que consideran la sociedad, más que como contrato, como un acto colectivo. De estos dos distintos planteamientos resultan consecuencias prácticas diferentes. Pues si efectivamente la sociedad es un contrato serán aplicables al negocio jurídico de sociedad, además de las normas específicas de las sociedades, las normas generales de los contratos del libro IV (las contenidas en los arts. 1321 ss.), mientras que entendiéndola que es un acto colectivo no sería posible tal aplicación⁸⁴.

En cuanto a la nota del ejercicio en común de la actividad económica, ya que el artículo 2247 se refiere a todas las sociedades en general, de su concreción dependerá cuál será la participación de los socios. Además, como advierten Zatti y Colusi, podría verse una correlación entre el poder de gestión de los socios y la responsabilidad por las obligaciones sociales: «...*nella società semplice rispondono salvo patto contrario tutti i soci, nella s.a.s. (sociedad comanditaria simple) i soli accomanditari, nella*

⁸³ Las diferencias principales se refieren a que el italiano prescinde de aludir a la obligación de aportar, en cambio da por hecho que las aportaciones tienen que producirse, es más exacto al enunciar el objeto de dichas aportaciones, y añade una referencia a la actividad a desarrollar en sociedad que el nuestro no tiene (*vid.* lo dicho en el epígrafe IV, A) y B) a propósito de la presencia en la definición legal de sociedad que da el Código francés del concepto de empresa, y la mayor amplitud que en este tiene el fin de la sociedad); hay por lo demás una identidad en destacar el elemento lucrativo como fin de la sociedad, sin hacer referencia a otras posibilidades, y en la postulación de una naturaleza contractual (sin perjuicio, en ambos países, del rechazo que haya podido encontrar en la doctrina científica). También para la sociedad italiana, en lo que es conforme con nuestro artículo 1665 del Código Civil y diverso del artículo 1832 del Código francés, se exige expresamente la concurrencia de dos o más personas para constituir sociedad.

Cfr. GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», en *RDP*, 1954, pp. 371 ss., donde se daba una visión amplia del concepto de sociedad en diversos Ordenamientos.

⁸⁴ Entre esos autores destaca MESSINEO, F., *cfr.* «La struttura delle società e il c.d. contratto plurilaterale», *Rivista di Diritto civile*, 1942, pp. 65 ss.; *cfr. idem*, «Il contratto in genere», I (*Trattato di Diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, vol. XXI, t. I), Milano, 1968, pp. 589 ss.; *cfr. idem*, voz «Contratto plurilaterale e contratto associativo», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Varese, 1962, pp. 139 ss. Y, por supuesto, ASCARELLI, T., «Il contratto plurilaterale», en *Saggi giuridici*, Milano, 1949, pp. 259 ss.; *idem*, «Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale», en *Riv. dir. comm.*, 1950, I, pp. 265 ss.

En opinión de BRUNETTI, A., precisamente la sociedad es un contrato plurilateral. *cfr. Tratado del Derecho de las sociedades*, tomo I (trad. por F. de Solá Cañizares), Buenos Aires, 1960, p. 11, así como la bibliografía allí citada.

*società di capitali la responsabilità individuale del socio è esclusa...»*⁸⁵. Dicha actividad económica puede ser de cualquier género, siempre que no sea una actividad profesional, ni organizada que persiga directamente la producción de bienes o servicios (pues debe tenerse en cuenta que el artículo 2082 califica de empresario *–imprenditore–* a quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o intercambio de bienes o servicios).

Por otra parte el artículo 2247 destaca como objeto de la sociedad el ejercicio en común de una actividad económica, lo que debe ponerse en relación con el artículo 2248 que excluye del régimen de la sociedad las formas de disfrute colectivo de los bienes, fenómenos que remite a los preceptos que el *Codice* dedica a la comunidad⁸⁶. Con lo que resulta de nuevo que el fin lucrativo, no solamente establece una diferencia entre la sociedad y las asociaciones, permite separarla de las formas de comunidad.

Del concepto genérico de sociedad resulta que cualquiera que sea la clase de esta debe perseguirse una actividad económica, lo que conlleva que se excluyan del concepto de sociedad otras agrupaciones que (pudiendo tener una finalidad económica) no persigan el reparto de beneficios que resulten de su actividad. Igual a como parece que sucede en el Derecho español (y frente a la diferencia que, para el Derecho francés, marca la posible finalidad de buscar ahorros o economías), los colectivos que pudieran tener fines distintos a los de obtener una ganancia, como los de evitar gastos, o exclusivamente culturales, benéficos, científicos, etc., quedarían configurados como asociaciones y no como realidades nacidas de un contrato de sociedad. La sociedad del Derecho italiano requiere un fin lucrativo, de tal modo que no hay sociedad cuando el fin perseguido no sea el reparto de un beneficio sino producir un ahorro⁸⁷. Distingue precisamente el Código italiano la sociedad de aquellas asociaciones de personas que no se proponen fin lucrativo y no han sido reconocidas (*«associazioni non riconosciute»*), respecto de las que señala el artículo 36 que se regirán en su régimen interno y administración por los acuerdos de los asociados⁸⁸.

⁸⁵ Cfr. ZATTI, P. y COLUSSI, V., *Lineamenti di Diritto Privato*, 5.ª ed., Padova, 1995, pp. 716 ss.

⁸⁶ COSTI, R. y CHIO, G. di, «Società in generale – Società di persone. Associazione in partecipazione», 3.ª ed., *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1991, p. 14. En las hipótesis en que no existe ejercicio en común de una actividad económica, «... saremo in presenza, non di una società, bensì di una comunione...».

Incluso puede caracterizarse la sociedad (tal como se define legalmente) respecto de la noción de empresa, atendiendo a la necesidad de que se persiga con aquélla una ganancia en todo caso. Cfr. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994, p. 260.

Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, p. 53, en cuanto a tal distinción de sociedad y comunidad atendiendo el criterio del fin respectivo.

⁸⁷ Cfr. BRUNETTI, A., *Tratado del Derecho de las sociedades*, tomo I (trad. por F. de Solá Cañizares), Buenos Aires 1960, pp. 12-14.

⁸⁸ En cuanto a las personas jurídicas privadas, como las asociaciones y fundaciones, dispone el artículo 12 del Código Civil italiano que adquieren la personalidad jurídica mediante su reconocimiento concedido por decreto.

Tan esencial es la finalidad de obtener y repartir una ganancia, común a los socios, que el Código italiano –al igual que hacen los correlativos de mi comparación– prohíbe en el artículo 2265 (con una sanción de nulidad) el pacto leonino, por el que se excluya a algún socio de toda participación en las pérdidas o en las ganancias.

B) CARACTERES, ELEMENTOS Y REQUISITOS DE LA SOCIEDAD

Ya resultan aquéllos de la propia conceptualización legal de la sociedad, pero pueden explicitarse más claramente⁸⁹, observándose la acusada coincidencia que al respecto existe con los Derechos francés, y español. La sociedad definida en el artículo 2247 del Código Civil italiano es un contrato cuyo concepto se fija a través de la expresión «actividad económica». Con ello se consigue difuminar la separación entre las sociedades civiles y mercantiles: lo que interesa para determinar una u otra naturaleza es el tipo de sociedad adoptado. Este criterio comporta el riesgo de identificar sociedad con empresa colectiva, lo que no es cierto ya que puede haber un contrato de sociedad no dirigido al ejercicio de una empresa, pues la actividad económica no siempre constituye empresa y del mismo modo puede haber empresa colectiva sin sociedad⁹⁰.

Como contrato tiene los caracteres de ser al menos bilateral, pues se exige expresamente la concurrencia de un mínimo de dos personas. Es consensual, y este carácter no se impide aunque el concepto legal exija la aportación de bienes o servicios, puesto que al no ser esencial la entrega de tales bienes no puede hablarse de contrato real; además las aportaciones, pese a la literalidad del *Codice civile*, deben entenderse extensivamente como comprensivas de cualquier utilidad económica, incluso el trabajo de los socios puede constituir aportación⁹¹.

Es la sociedad un contrato duradero, de ejecución continuada produce siempre un efecto obligacional (aunque puede tener incluso eficacia real, cuando los bienes se aportan en propiedad o se aporta la titularidad de un derecho).

Advertía CRISAFULLI, V., voz «Associazioni» (diritto civile) en *Nuovo Digesto Italiano*, I, Torino, 1937, p. 1038, núm. 3, que era más seguro el criterio tradicional y mantenido por la jurisprudencia que «teniendo en cuenta el fin social, distingue las asociaciones de las sociedades (civiles o comerciales) según que tengan un fin de lucro o, al menos, una ventaja económica (sociedad), o bien un fin ideal o altruista o más generalmente, no de lucro (asociaciones)».

⁸⁹ Cfr. ZATTI-COLUSSI, *Lineamenti di Diritto Privato*, 5.ª ed., Padova, 1995, pp. 712 ss.

⁹⁰ Así sucede en la actividad de fundaciones y asociaciones.

⁹¹ En la literatura reciente sobre el Derecho italiano puede consultarse la distinción en él de las diferentes especies de contratos, v. gr., en GIACOMO, E. DI, *Il negozio giuridico ed il contratto*, sl, 1995, pp. 694-719.

Elementos de la sociedad, como puede deducirse de lo ya expuesto para su concepción, son los tres siguientes⁹²: el conferimiento o aportación, consistente en un dar o hacer algo; el ejercicio en común de una actividad económica; y la finalidad de dividir las ganancias.

Con respecto a las formas del contrato de sociedad el Derecho italiano exige como forma especial la que tenga la consideración de acto público, para aquellas sociedades –las de capital– que hayan de gozar de personalidad jurídica. Pues faltando esa forma el artículo 2332-2 las aboca a la nulidad. He aquí pues varias diferencias con nuestro Derecho en que, por la importancia de algunas de ellas en particular para el tema que trato, habré de insistir después. De un lado solamente las sociedades mercantiles están dotadas de personalidad jurídica, no la *società semplice*. De otro, se exige para las sociedades personificadas documento público e inscripción (cfr. art. 2331 del CCi⁹³) (igual que para nuestras sociedades mercantiles). Finalmente, al margen del planteamiento que conforme a nuestro Derecho puede hacerse de la irregularidad societaria, como forma de alteración de las características típicas de las sociedades pero distinta de la ineficacia, en el italiano la consecuencia de la falta de formalidades es la sanción de nulidad. Por otra parte, coincide el italiano con nuestro ordenamiento societario en cuanto a la inexistencia de una forma específica para las sociedades de personas –entre las que se incluye la *semplice*–, salvo los requisitos formales que vengan precisados por la naturaleza de las aportaciones. De tal modo que para estas sociedades, que carecen de personalidad jurídica, es válida la forma verbal, y lo mismo el consentimiento contractual puede resultar de un comportamiento inequívoco (*rebus ipsis et factis*)⁹⁴.

C) LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

El Código Civil italiano distingue entre «*società aventi personalità giuridica*» y «*società non aventi personalità giuridica*»⁹⁵. Tal como se verá con más detalle en el subepígrafe siguiente, una vez exponga las diferentes clases de sociedades, en el Derecho italiano sólo gozan de personalidad jurídica las sociedades de capital. Es decir que comparando el mismo apartado de los otros países, resulta un trato menos favorecido para la *società semplice*, como correlato de la sociedad civil de España y Francia, pues al ser aquella una sociedad de personas no llega a alcanzar

⁹² Cfr. GALGANO, F., «Le società di persone», en *Trattato di Diritto civile e commerciale* de Cicu-Messineo, vol. XXVIII, Milano, 1982, pp. 13 ss.

⁹³ Artículo 2331. «*Effetti dell'iscrizione. – Con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica...*».

⁹⁴ Cfr. BRUNETTI, A., *Tratado del Derecho de las sociedades*, tomo I (trad. por F. de Solá Cañizares), Buenos Aires, 1960, p. 409.

⁹⁵ La distinción aparece no solamente en el *Codice civile* (cfr. art. 2498), sino también en el *Codice di procedura civile* (cfr. arts. 19.2, 145.2). Cfr. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994, pp. 279-280.

su propia personalidad y autonomía patrimonial respecto de los socios. Aunque ello no impide que se la reconozca en cierto modo como sujeto de derecho, solamente se le priva de las consecuencias generales de la personificación⁹⁶.

Con lo anterior ya debe quedar establecida una importante diferencia del Derecho italiano respecto del español y del francés, en cuanto en aquel carece de virtualidad lo discutido en los otros a propósito de la influencia del incumplimiento de ciertos formalismos en la pérdida (entendida como sanción) de personalidad jurídica⁹⁷. Ello no obstante los defectos publicitarios y formales sí que influyen en la consideración de las sociedades como irregulares⁹⁸.

Las diferencias entre las sociedades, de capitales, que pueden gozar de personalidad jurídica, y aquellas otras personalistas que no está previsto que la obtengan, pueden resumirse con Brunetti en cinco aspectos más llamativos. Las sociedades personificadas adquieren autonomía patrimonial respecto del propio patrimonio de los socios; en cambio en las otras sociedades se cuenta con la responsabilidad personal de los socios. Solamente en las primeras la publicidad derivada del registro es condición de eficacia del contrato social (en las sociedades de personas el vínculo nace con el contrato, la inscripción sólo se precisa para adquirir la condición de empresa⁹⁹). La constitución de las sociedades de capitales debe hacerse necesariamente por acto público. Estas sociedades no dependen de la condición personal de sus miembros componentes, que pueden ser sustituidos por otros sin que ello comporte una modificación del acto constitutivo. Las sociedades de personas carecen de los órganos de administración y control específicos de las de capitales¹⁰⁰.

D) CLASES DE SOCIEDADES

Las modalidades societarias se establecen en el Derecho italiano a semejanza de los otros sistemas que se vienen comparando, lo que no impide que haya en ocasiones una mayor proximidad a uno o a otro. Así

⁹⁶ Cfr. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 201. Advierte aquel autor que la diferencia entre sociedades que gozan de personalidad y las que carecen de ella, no solamente afecta a la estructura, sino igualmente al momento en que se entiende nacida la empresa. «En las sociedades de personas, aun cuando el vínculo nace con el contrato, la empresa sólo surge con la inscripción en el registro. En las sociedades de capitales la inscripción señala el momento inicial lo mismo de la empresa que de la personalidad jurídica (artículo 2331)». Aunque no tengan atribuida personalidad jurídica las sociedades personalistas, ello «no impide que asumen en lo externo la apariencia del sujeto, gozando en lo interno de autarquía administrativa», lo que se puede justificar con lo dispuesto en artículos como el 2254, 2258, 2266, 2267, 2269, 2270, 2272 y 2280; cfr. *ibidem*, p. 202.

⁹⁷ Cfr. VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.^a, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pp. 40-41.

⁹⁸ Cfr. MESSINEO, F., voz «Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Varese, 1962, pp. 111 ss.

⁹⁹ Cfr. *op. cit.* p. 201.

¹⁰⁰ Cfr. BRUNETTI, *op. cit.* p. 215.

sucede, para empezar, en cuanto a la categoría de la sociedad universal pues al prescindirse de ella por el *Codice* está más cerca del *Code*, ya que todavía nuestro Código todavía sigue tratándola y distinguiéndola de la sociedad civil particular¹⁰¹.

La principal distinción atiende a las actividades realizadas en sociedad, debería permitir (para buscar correlaciones con lo que sucede en el Derecho francés y español) caracterizar a las sociedades como civiles o mercantiles. Pero lo cierto es que el concepto de sociedad civil, todavía subsistente con más o menos autonomía en aquellos otros, se ha sustituido en el Derecho italiano por el de *società semplice*. Haciendo abstracción de esta realidad positiva, la calificación de una sociedad como *società civile* o como *società non commerciale*, dependerá de la naturaleza de la actividad que constituya el objeto de la sociedad; teniendo en cuenta por otro lado que cuando las partes contratantes, los socios, no hayan optado implícita o explícitamente por un tipo específico de sociedad, el contrato será regulado por las normas de la *società semplice*¹⁰².

Además existiría otra limitación para que pudieran constituirse sociedades a calificar como civiles, dado que ha de tenerse en cuenta que —tal como ya se dejó dicho anteriormente— la posibilidad de que los particulares se aparten por su autonomía contractual de la tipificación legal está excluida cuando se trate de sociedades, puesto que la ley predispone una serie de modelos —a los que denomina «tipos» (*tipi di società*)— entre los cuales puede elegirse (*cfr.* 2249 del CCi). No obstante cuando se persigue el ejercicio de una actividad comercial habrá de adoptarse alguno de los tipos previstos para las sociedades mercantiles en los capítulos III y siguientes del título V, es decir, deberá utilizarse la forma de una sociedad por acciones, o de responsabilidad limitada, o comanditaria por acciones. Cuando la actividad sea en cambio ajena a una empresa mercantil, podrá constituirse la sociedad como *società semplice*, aunque cabe igualmente la posibilidad de acudir también a los otros tipos societarios. En este sentido,

¹⁰¹ Además de las que van a exponerse caben otras clasificaciones de las sociedades en el Derecho italiano, que ahora mismo no interesan en tanta medida. Advuértase, sin ir más lejos, que del propio concepto de sociedad que sustenta el *Codice* se desprende la existencia de diversas categorías societarias. En este sentido, una clasificación que podría hacerse, establecida por el criterio de la finalidad económica, es la que distingue entre sociedades propiamente dichas y sociedades mutualistas. Éstas, al no tener un objeto lucrativo, no podrían quedar integradas en el concepto de sociedad en sentido estricto; aunque tampoco es fácil —en vista del concepto italiano de sociedad— precisar qué se entiende por sociedades mutualistas; pueden definirse, por exclusión, como todas aquellas formas de asociación en que falta el fin de lucro, se persigue la obtención para un grupo de personas de bienes o servicios en condiciones más ventajosas que las normales del mercado. La separación de lo que son propiamente sociedades de aquellos otros fenómenos asociativos en que está ausente el ánimo de lucro, es coincidente con la que por la misma razón puede hacerse en el Derecho español, no así en el francés en que la finalidad social no exige en todo caso la persecución de un incremento patrimonial por los socios.

Cfr., en cuanto a las diversas categorías societarias, GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994, pp. 273 ss.

¹⁰² *Cfr.* GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994, pp. 293.

Zatti y Colussi llaman la atención sobre que no debe confundirse el plano de la empresa con el de la sociedad: mientras el legislador italiano vincula el ejercicio de la empresa comercial al empleo de determinados tipos de organización, por el contrario no impone que estos tipos de sociedad sólo puedan emplearse para una empresa comercial, lo que es decir que una sociedad comercial puede existir para una actividad distinta a la empresa comercial ¹⁰³. Ciertamente es ésta una nueva ocasión de coincidencia con el derecho español y el francés, pues en ambos cabe la posibilidad de que una sociedad con objeto civil, atendiendo al criterio distintivo del objeto, se conforme a los tipos mercantiles. Según la preponderancia de uno u otro componente (de igual manera a los otros Derechos en comparación), se diferencian las sociedades de personas de las sociedades de capital. Dentro de las primeras se incluyen la *sociedad simple*, la sociedad en nombre colectivo (*società in nome collettivo*), y la sociedad en comandita simple (*società in accomandita semplice*). Y son sociedades de capital la sociedad por acciones (*società per azioni*), la comanditaria por acciones (*società in accomandita per azioni*), y la de responsabilidad limitada (*società a responsabilità limitata*) ¹⁰⁴.

La anterior distinción teórica entre sociedades de personas y de capitales, determina a su vez la clasificación de las sociedades según tengan o no personalidad jurídica. En Derecho italiano carecen de ella las sociedades personalistas, mientras que sí tienen personalidad jurídica las sociedades de capital. Desde luego es este un punto crucial para establecer paralelismos con la sociedad civil irregular; resulta difícil equiparar ese fenómeno (que, no se olvide, se sustancia en una excepcional privación para sociedades que regularmente gozan de personalidad) cuando la *società semplice*, como sociedad de personas, carece por principio de personalidad.

Según la responsabilidad que tienen los socios, pueden caracterizarse las sociedades en que aquellos están sujetos de manera ilimitada y solidaria, como sucede con las sociedades de personas (además, en la comanditaria por acciones). Frente a aquella forma de responsabilidad se sitúan las demás sociedades en que, dejando a salvo excepciones muy concretas, la responsabilidad de los socios está limitada a las aportaciones.

Relacionadamente con las clases de sociedades, es necesario establecer algunas nociones sobre su publicidad, tema este que tiene en algunos casos una honda trascendencia respecto de la regularidad. Mientras la *società semplice* (salvo aportaciones cualificadas, como las inmobiliarias ¹⁰⁵) no se establece forma especial, en cambio la *società per azioni*, *società in accomandita per azioni*, la *società a responsabilità limitata*, la

¹⁰³ Cfr. op. cit. p. 709.

¹⁰⁴ En Derecho italiano las sociedades cooperativas reciben un tratamiento peculiar, puesto que son regidas por las normas de la sociedad por acciones pese a que en aquéllas el elemento personal tiene particular importancia. Las cooperativas, al igual que las sociedades de capital, gozan de personalidad jurídica.

¹⁰⁵ Cfr., en cuanto a las formas de los contratos en general, el artículo 1350-1 y 9 del Código Civil italiano.

società cooperative, y las *mutue assicuratrici*, deben ser constituidas por escritura pública, y han cumplirse una serie de formalidades adicionales. Además la *società semplice*, a diferencia de los otros tipos sociales para los que sí es obligatoria, ni tan siquiera tiene que inscribirse en el *registro delle imprese*. La inscripción produce en general consecuencias importantes de cara a terceros, también respecto de la responsabilidad de los administradores, y singularmente cuando tiene eficacia constitutiva y determina la atribución de personalidad jurídica, es decir, en los casos de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias por acciones, cooperativas y mutuas de seguros. En cambio, para las sociedades en nombre colectivo y comanditarias simples, la falta de inscripción produce consecuencias menos rigurosas referentes a la publicidad negativa del registro; en ese caso la sociedad no inscrita gozará de existencia, pero será irregular (*società irregolare*), y se aplicarán en sus relaciones con terceros las normas de la *società semplice*, y no las propias del tipo societario correspondiente ¹⁰⁶.

E) LA SOCIETÀ SEMPLICE

Concretándose mejor a la figura más o menos equivalente a la sociedad civil del Derecho francés y español, ha de contrastarse qué características tiene la *società semplice* italiana. En el Derecho italiano vigente se ha suprimido incluso el término de sociedad civil, que se sustituye por el de «*società semplice*» de los artículos 2251 siguientes del Código Civil italiano ¹⁰⁷.

(*Sezione I. Disposizioni generali.*) Art. 2251. «*Contratto sociale. – Nella società semplice il contratto non è soggetto a forme speciali, salvo quelle richieste dalla natura dei beni conferiti.*»

«En la sociedad simple el contrato no estará sujeto a formas especiales, salvo las requeridas por el objeto de las aportaciones» ¹⁰⁸.

El concepto de sociedad simple, a que se refieren los artículos 2251 a 2290, es una novedad introducida en el Derecho italiano por el Código de 1942 ¹⁰⁹. No corresponde exactamente a lo que en el derecho anterior

¹⁰⁶ Cfr. TRABUCHI, A., *Instituzioni di Diritto civile*, 31.ª ed., Padova, 1990, pp. 334-335.

¹⁰⁷ La cual, según parece, es de origen suizo. Cfr. GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Comparado», *RDM*, noviembre-diciembre 1946, vol. II, núm. 6, p. 399. Cfr. BOLAFFI, R., *La società semplice*, Milano, 1947, pp. 60 ss.

¹⁰⁸ Incluso parece que el propio término calificativo de *semplice* (simple), tiene que ver con el carácter general aformalista de la sociedad. Cfr. TRABUCHI, A., *Instituzioni di Diritto civile*, 31.ª ed., Padova, 1990, p. 334.

Cfr. el principio general de libertad de forma del artículo 1325-4; y en cuanto a la excepción, para cuando se hagan aportaciones inmobiliarias, cfr. arts. 1350-1 y -9 del Código Civil italiano.

¹⁰⁹ Tan novedosa fue para el Derecho italiano la *società semplice*, que se la califica como una «*invenzione*» del Código Civil italiano de 1942. Cfr. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 304.

era la sociedad civil; y se acusa en ella una fuerte influencia de las normas de la sociedad en nombre colectivo, de tal modo que la sociedad simple por su estructura está más próxima a las sociedades comerciales de personas que de aquella vieja sociedad civil. Pero, sin embargo, no puede llegarse a pensar que la sociedad simple sea una empresa comercial, ya que su fin consiste en una actividad que no está destinada a la *producción o intercambio de bienes o servicios*, considerando tal criterio que permite al legislador italiano calificar al «*imprenditore*» (cfr. art. 2082, dentro de las disposiciones dedicadas a la empresa en general) ¹¹⁰.

Con ello resulta que la sociedad simple escapa a la previsión del artículo 2249 (relativo a la tipicidad de las sociedades comerciales), por el que las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de una actividad de comercio deben constituirse adoptando alguno de los tipos previstos para las sociedades comerciales. Otra diferencia entre las sociedades mercantiles con la simple, es que las primeras deben inscribirse en el registro. Con todo hay que insistir en la atenuación que ha operado el *Codice* de las diferencias entre ambas (sobre todo si se toma como referencia la antigua sociedad civil de tipo romanista), más aún si se toma nota de que el artículo 2293 remite para la regulación de la sociedad en nombre colectivo a las disposiciones del capítulo III, que se dedica especialmente a ellas, y en lo no previsto habrá que acudir a las normas de la sociedad simple ¹¹¹.

A resultas de la extensión de la mercantilidad, el ámbito de la *società simple* no es demasiado amplio, puede abarcar el ejercicio de cualquier actividad económica siempre que no pueda calificarse de empresa comercial ¹¹², normalmente debe reducirse a las actividades de tipo agrícola y pecuario (cfr. arts. 2135, 2136, 2200 y 2249 del CCi). En definitiva este nuevo tipo societario tiene como particularidad respecto del concepto de sociedad en general, a que se refiere el artículo 2247, un contenido negativo: la sociedad se ajustará a las disposiciones previstas por el *Codice* para la *società semplice*, cuando no tenga por objeto el ejercicio de una actividad comercial y no tenga por ello que constituirse según los tipos específicos de las sociedades comerciales, o cuando las partes (pudiendo hacerlo al amparo del art. 2249.2) no hayan adoptado voluntariamente la forma de una sociedad mercantil ¹¹³.

¹¹⁰ Así el ámbito de la sociedad simple viene a resultar relativamente reducido en cuanto a las comerciales, pudiendo comprender las actividades agrarias, y de ejercicio o profesión liberal. En realidad las posibilidades de que una sociedad sea considerada del tipo *semplice* dependen de la interpretación que se haga de noción de «*attività economica*» (cfr. arts. 2247 y 2249 del CCi): si se llega a considerar que no existen en el sistema del *Codice* italiano otras empresas que no sean las agrícolas y las comerciales, habría de concluirse que la sociedad simple queda limitada a las sociedades agrícolas. Cfr. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 304.

¹¹¹ A la sociedad en comandita simple, por disposición del artículo 2315, se aplican las mismas normas que para la sociedad en nombre colectivo en cuanto sean compatibles.

¹¹² Pues para las sociedades que la ejerzan, así como para aquellas otras que adopten los tipos de las sociedades comerciales, será obligatoria la inscripción en el registro de empresas.

¹¹³ Cfr. GALGANO, F., *Diritto Privato*, 6.ª ed., Padova, 1990, p. 656.

Entre las características de la organización de la *societas simple* pueden señalarse las siguientes: no existe razón social, aún en el caso de que lleve un nombre no puede utilizarlo para personarse en juicio o hacer inscribir los inmuebles que posee en los registros inmobiliarios; para la formación de la voluntad social se exige unanimidad salvo disposición contraria escrita en el contrato; el patrimonio social pertenece a todos los socios, considerados como colectividad unitaria; todos ellos son solidariamente responsables por las obligaciones de la sociedad; la posición de socio no es transferible ni heredable ¹¹⁴.

Como resulta del artículo 2251 del CCi la sociedad simple es poco formalista, en cuanto no exige escritura constitutiva ni publicidad, a salvo las formalidades que pudieran derivar de la naturaleza de los bienes aportados en cada caso, ni se exige su inscripción en el *registro delle imprese*. La publicidad en la sociedad simple se manifiesta por los hechos, por su actuación, mientras que para las demás tipos de sociedades se sigue un sistema de publicidad legal ¹¹⁵. De aquel sistema de publicidad de hecho resulta que la exigencia común de que toda sociedad tenga un patrimonio, es particularmente relevante en la sociedad simple, puesto que si no requiere propiamente un acto constitutivo sí será esencial sin embargo la existencia de aportaciones de los socios; ya que la sociedad simple entraña el vínculo sobre los bienes solamente cuando resulte externamente la formación de un patrimonio colectivo, la *semplique* entrará en el tipo legal en el momento en que sea titular de un patrimonio propio ¹¹⁶.

Al margen de lo anterior debe advertirse una consecuencia del criterio poco formalista del *Codice*, y es que resulta implícito un amplio margen de libertad de los socios para regular sus relaciones internas (*cf.* arts. 2252, 2257, 2258, 2262, 2263, 2266, 2275, 2276...), o lo que es lo mismo, los componentes de la sociedad disfrutan de libertad para flexibilizar el concepto de *società semplice* (con algunos límites como el relativo a la responsabilidad, relaciones externas, del art. 2267).

De lo dicho a propósito de la forma de la sociedad simple cabe suponer cierta semejanza con nuestra sociedad civil, porque tampoco nuestro legislador sometió la sociedad como contrato a formalismos constitutivos (*cf.* arts. 1667 y 1679 del CC); y al mismo tiempo se marca una aparente diferencia con el artículo 1669 del Código Civil, en cuanto la falta de publicidad permitiría calificar entre nosotros a una sociedad como irregular. Sobre todo la nota diferente más significativa, a los efectos del tema de la irregularidad, es que la sociedad civil regular goza en Derecho español de una personalidad jurídica que el italiano reserva a las sociedades

¹¹⁴ *Cfr.* BRUNETTI, *op. cit.*, p. 409.

¹¹⁵ El contrato de *societas simple* puede formarse oralmente o tácitamente, puede resultar del comportamiento concluyente de las partes. Lo que debe ponerse en relación con la admisibilidad de las sociedades de hecho, que se basan precisamente en la falta de una explícita voluntad contractual. *Cfr.* GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, *cit.*, p. 307.

¹¹⁶ *Cfr.* BRUNETTI, *op. cit.*, p. 408.

capitalistas¹¹⁷. En cuanto a la comparación con el Código francés, recuérdese cómo el artículo 1842 del Código Civil francés exige la inmatriculación para que la sociedad civil goce de personalidad jurídica.

F) SOCIETÀ OCCULTA, INTERNA, SOCIETÀ APPARENTE, SOCIETÀ DI FATTO, Y LAS SOCIEDADES «IRREGULARES»

De manera parecida a como hice al examinar el Derecho francés, también aquí he de comenzar diciendo que en el Derecho italiano aparecen diversos términos que relativamente tienen que ver con la irregularidad: tanto los de sociedad oculta, sociedad aparente, de hecho, sociedad interna, como el propio de sociedad irregular. Aunque no cabe esperar una identidad de significados con términos correlativos del Derecho español (o del francés), pues en medio de todo está la propia clasificación de la sociedades y la noción que de estas se sostenga en cada caso: los sistemas de los tres países indicados son lo suficientemente diversos, aun partiendo de una influencia común, para que resulte justificada la anterior reserva.

La discusión en torno las sociedades aparentes y las ocultas recae, también en Derecho italiano, sobre dos cuestiones distintas. La primera, en lo que se refiere propiamente a la *società apparente*, supone preguntar si toda relación societaria precisa de la existencia de un contrato en tal sentido. La respuesta es mayoritariamente afirmativa, al menos en la doctrina científica italiana, aunque la jurisprudencia se haya ocupado de la existencia de las sociedades aparentes y de la responsabilidad de los socios, cuando no existe propiamente un contrato social. La otra cuestión que apuntaba inicialmente, referida ahora a la *società occulta*, es la del mayor o menor grado de exteriorización del vínculo social que se precisa para que la relación societaria tenga relevancia frente a terceros; en otros términos la cuestión se puede plantear discutiendo si de cara a terceros, para que tenga relevancia la relación societaria, es o no suficiente por sí solo el contrato social o si por el contrario se precisa además una cierta publicidad¹¹⁸. Como puede verse, en realidad son dos problemas diferentes, planteados conceptualmente (aunque no tanto terminológicamente) de manera paralela a lo que sucede en España y Francia, en distintas aplicaciones¹¹⁹.

¹¹⁷ Ya que solamente se reconoce personalidad jurídica a las sociedades de capitales por acciones, y carecen de ella las sociedades simple, la colectiva y la comanditaria.

¹¹⁸ Cfr. COSTI, R. y CHIO, G. di, «Società in generale – Società di persone. Associazione in partecipazione», 3.ª ed., *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1991, p. 118.

¹¹⁹ Es decir que la síntesis de estos fenómenos societarios puede encontrarse, tanto en Francia como en España e Italia, de un lado en la contraposición en la eficacia interna-externa del contrato de sociedad; de otro en la dependencia de la sociedad, que de hecho ha entrado en funcionamiento, respecto de un contrato válidamente formado que le haya dado nacimiento. Aunque, efectivamente, la temática es la misma en aquellos países, lo que

En lo que respecta a la *società apparente*, la doctrina y la jurisprudencia italianas suelen considerar que son sociedades que propiamente no existen (en las *relaciones internas* ¹²⁰) para los socios; pero que sí tienen de alguna manera existencia en las *relaciones externas* cuando dos o más personas (supuestos *socios*) han producido con su comportamiento la convicción en terceras personas de que estaban unidos por un vínculo societario ¹²¹. Cómo se concreta esa existencia de cara a terceros de la sociedad aparente, tampoco ha sido resuelto satisfactoriamente en Derecho italiano, pues puede contraponerse la postura de los autores (que, en el plano de la responsabilidad de los socios actuantes, entienden aplicables únicamente los artículos 2043, *risarcimento per fatto illecito*, y 1398 del CCI, *rappresentaza senza potere*), a la de la jurisprudencia (que niega que el *socio aparente* pueda oponer a los terceros la inexistencia de la sociedad, sujetándolo por el contrario al mismo régimen de responsabilidad que se aplicaría de *existir realmente* la sociedad aun en la relación interna de los socios) ¹²². Es necesario reiterar que la posición que adopta la jurisprudencia italiana ante la sociedad aparente supone, en cuanto a su régimen o disciplina jurídica, que cuando concurren los elementos necesarios para entender producida una apariencia de sociedad esta deberá considerarse como existente en el ámbito externo, con todas las consecuencias de responsabilidad en cuanto al *patrimonio social* o al individual de los socios, e igualmente en el ámbito de la legitimación procesal. He aquí el punto

puede ser distinto según los casos son sus aplicaciones concretas, que pueden recibir los nombres de sociedades de hecho, internas, sociedades en participación, ocultas, etc. *Vid.* el epígrafe III de este trabajo, en cuanto a la consideración general que merece el fenómeno de las sociedades de hecho.

En Italia, también la jurisprudencia relaciona específicamente *società di fatto* y *società apparente*. *Vid.* ANGELICI, C., voz «*Società apparente*» (en particular p. 1, ap. 1.2), en *Enciclopedia Giuridica*, Roma.

¹²⁰ Aunque resulte impropio hablar de estos ámbitos, o de la condición de «socios», si en realidad no existe una relación societaria.

¹²¹ *Cfr.* COTTINO, G. *Diritto commerciale*, vol. I, tomo 2, Padova, 1987, p. 210. En cuanto a la exposición de la jurisprudencia aclaratoria del concepto de *società apparente*, *vid.* COSTI-CHIO, *op. cit.*, pp. 118-121 y 124-136. *Cfr.* ANGELICI, *loc. cit.*, p. 4.

¹²² *Cfr.* COSTI-CHIO, *op. cit.*, pp. 121-123 y 136. Tal postura de la jurisprudencia italiana se basaría en la teoría de la protección de confianza depositada de buena fe en la apariencia jurídica, que aunque sólo ha sido codificada en relación a determinadas figuras, sin embargo puede ser invocada con carácter general cuando concurren sus requisitos. Estos serían fundamentalmente dos: discordancia del derecho con una situación de hecho; y actuación de los terceros, de buena fe y sin culpa, confiando en la apariencia. En particular en cuanto a esto último, el principio de protección de la apariencia no puede ser invocado en aquellos casos en que los terceros se hallan en una situación de culpa, por no haberse cerciorado de la realidad de cosas que sean fácilmente controlables, de manera particular en los supuestos en que la ley haya prescrito especiales medios de publicidad. *Cfr.* SPATAZZA, G., *La società di fatto*, Milano, 1980, pp. 86 ss. *Cfr.* GALGANO, F., «*Società occultata, società apparente: gli argomenti di prova del contratto sociale*», en *Contratto e impresa*, 1987, pp. 703 ss. En la jurisprudencia italiana un segundo límite (además de aquel otro de la falta de diligencia de los terceros) a la aplicación de la doctrina de la apariencia hace referencia al comportamiento del propio socio actuante, respecto del cual se exige que haya actuado dolosa o culposamente (*cfr.* FALZEA, A., voz «*Apparenza*», en *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, p. 700).

más llamativo de esta doctrina, pues supone ni más ni menos que dar relevancia frente a terceros a un contrato que en realidad no existe más que en su apariencia.

Tampoco cabe encontrar una aplicación similar en el Derecho español, donde a lo sumo el principio de protección de la apariencia existe solamente como construcción teórica de la que alguna vez se ha hecho eco la jurisprudencia¹²³, y normalmente a través de la construcción más general de las sociedades irregulares¹²⁴; en cualquier caso, no ha tenido demasiado éxito en la jurisprudencia española el término «sociedad aparente». En cuanto al Derecho francés, la comparación con el italiano de cómo se trata la sociedad aparente, debe hacerse con las *societades de hecho*; si bien aquí la propia diversidad del término plantea dificultades de concreción, ya que hay coincidencia de rasgos (sin que en ningún caso sea absoluta) tanto con la *société de fait* como con la *société créée de fait*.

La *società occulta*, puede describirse en el Derecho italiano como aquel supuesto en que los socios acuerdan que las relaciones con terceros se harán por cuenta de la sociedad, pero no en nombre de la sociedad, sino en el de uno de los socios o de otra persona (aunque la sociedad oculta es sociedad, y no *associazione in partecipazione*), se trata pues de una *società interna*¹²⁵. Con ello lo que se busca es dejar al margen el patrimonio social propiamente dicho, haciendo recaer la responsabilidad frente a terceros sobre el patrimonio del gestor¹²⁶. De esta breve noción varios extremos merecen destacarse. El primero es que, a lo que parece, esta forma societaria debe ser la coincidencia más precisa con el supuesto de sociedad al que se refiere el artículo 1669 del Código Civil español, para concluirlo así basta con repasar su párrafo primero: «... cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros». Lo segundo, una constatación de importancia, el propósito perseguido con el pacto de ocultación de la *società* es hacer recaer la responsabilidad por deudas sobre un patrimonio distinto al social; este mismo criterio, que hemos de ver si es en último término el que aplica la jurisprudencia italiana, creo que es el que debe

¹²³ No de una manera generalizable, sino para salvar por vía de equidad supuestos concretos.

¹²⁴ Con mucha frecuencia además habría de precisarse que a través de la técnica que caracteriza la sociedad civil irregular, por recoger ésta —como demuestra el modo de proceder del TS— la mayoría de supuestos de defectuosa formalización o insuficiente explicitación del contrato en sociedades de corte personalista.

¹²⁵ Es generalizada la sinonimia entre *società occulta* y *società interna* aunque a veces también se habla de *società non manifesta*, v. gr., por FERRI, G., «Le società» (*Trattato di Diritto civile italiano*, dir. Vasalli, F., vol. decimo, tomo terzo), Torino, 1987, cfr. p. 35 en donde al tiempo que la define hace referencia a cómo se distinguen en el Derecho alemán las nociones de sociedad interna y sociedad oculta o no manifiesta (cfr. nt. 1).

Para un estudio más reciente de la sociedad oculta, o correlativamente del papel del *imprenditore occulto*, pueden verse las pp. 101 ss. de GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994.

¹²⁶ Cfr. COSTI-CHIO, *op. cit.*, pp. 145-146 ss.

ZATTI y COLUSSI, cfr. *Lineamenti di Diritto Privato*, 5.ª ed., Padova, 1995, pp. 737-738, califican la sociedad oculta como *società nascosta*.

defenderse para nuestra sociedad civil irregular. La similitud vendría favorecida cuando —como parece lógico— solamente se pueda hablar de *società occulta* a propósito de sociedades no registradas, teniendo en cuenta que es característico de la sociedad civil española el que precisamente no tiene que ser inscrita¹²⁷.

Los problemas que comporta la *società occulta*, son de dos tipos: relativos a la propia licitud de un pacto que afecte de aquella manera a las relaciones con terceras personas, y a la cuestión de si podrá conseguirse efectivamente la finalidad perseguida. En cuanto a lo primero pueden hallarse, enfrentadas, dos posturas en la doctrina italiana: la de quienes no ven inconveniente al pacto de ocultación, que cabría al amparo del principio de autonomía negocial, cuando no hay norma imperativa en materia de sociedades que lo prohíba; de otro lado, se puede oponer a su admisibilidad que los tipos societarios regulados por el *Codice* prevén la existencia, como elemento estructural esencial, de órganos de representación destinados a actuar en nombre de la sociedad¹²⁸. De todas maneras, en diversas ocasiones, la *Suprema Corte* ha admitido la existencia de una sociedad interna u *occulta* distinguiendo en ella dos ámbitos distintos: el interno entre las partes, que se rige preferentemente por lo pactado, y el externo que tiene como presupuesto que la sociedad se manifieste. Sin embargo no parece que haya una doctrina uniforme en el tema de la responsabilidad frente a terceros, y aún puede pensarse que no siempre los pronunciamientos jurisprudenciales independizan absolutamente la sociedad *occulta* del fenómeno de la sociedad aparente¹²⁹.

En cuanto a la otra dificultad que plantea la admisibilidad de la *società occulta*, puede concretarse en el tema de su responsabilidad en las relaciones con terceros. La doctrina contrapone dos opiniones, aunque ninguna puede ofrecer soluciones basadas en argumentos decisivos, por lo que el tema sigue estando abierto¹³⁰. La primera (de la que resulto particularmente afecto, para explicar algunas consecuencias de la irregularidad societaria civil en Derecho español) sostiene que la sociedad *occulta* (y su patrimonio) no puede ser considerada directamente responsable frente a terceros, como postula el principio de que solamente debe responderse de las obligaciones contraídas en nombre propio, recayendo así la sujeción sobre el propio socio actuante y su patrimonio. Por el contrario, se ha sos-

¹²⁷ Cfr. COTTINO, G., *Diritto commerciale*, vol. I, tomo 2, Padova, 1987, pp. 109 ss.

¹²⁸ Nótese cómo, de ser correcta la relación entre *società occulta* y sociedad civil irregular, nuestro Código no permite plantear tales problemas, habida cuenta de la admisión expresa del fenómeno en el artículo 1669 del Código Civil.

¹²⁹ Como puede verse de los fallos transcritos por COSTI-CHIO, *op. cit.*, pp. 152 ss. Aunque estos autores deducen de su examen que «*Pare pertanto possibile concludere che la Suprema Corte, dopo notevoli, perplessità, ha finito per accogliere la tesi che ritiene la società occulta responsabili nei confronti dei terzi*». Puede verse la misma opinión en trabajos más recientes, como el de ROPPO, V., *Istituzioni di Diritto privato*, Bologna, 1994, *cf.* p. 871.

¹³⁰ *Vid.* el preciso y abundante apunte bibliográfico que hacen, en el lugar antes indicado, COSTI y DI CHIO.

tenido que el carácter interno de la sociedad no impide que deba responder ante terceros, pues ese sería el resultado al que permitirían llegar por vía analógica algunos preceptos del Derecho concursal, y aun del propio *Codice*¹³¹.

En lo que respecta a la sociedad irregular propiamente dicha, que frecuentemente aparece designada como *società di fatto irregolare*, resulta fácil la correlación con el Derecho español, en varios sentidos¹³². Primero, la *irregularidad* es un fenómeno general del negocio jurídico o del contrato (así igualmente por mi parte pretendo que puede verse en nuestro país); no es extraño que la doctrina italiana trate de la irregularidad, en aquel sentido amplio, a propósito de la eficacia o ineficacia contractual o negocial¹³³. Dentro del plano específico de la irregularidad societaria, cuando se relacionan los términos de *società irregolare* y *società di fatto*, no ha de hacerse con criterio excluyente, sino tal vez en relación de género (irregularidad) a especie (de hecho)¹³⁴. La idea de irregularidad societaria ha venido determinada, en general, por los defectos formales o por la

¹³¹ Entre estos últimos, se ha destacado la utilidad de la aplicación del artículo 1762 del CCI, referente a la «*mediazione*»: «*Contraente non nominato. Il mediatore che non manifesta a un contraente il nome dell'altro risponde dell'esecuzione del contratto e, quando lo ha eseguito, subentra nei diritti verso il contraente non nominato. // Se dopo la conclusione del contratto il contraente non nominato si manifesta all'altra parte o è nominato dal mediatore, ciascuno dei contraenti può agire direttamente contro l'altro, ferma restando la responsabilità del mediatore.*»

Y el artículo 147.2.ª de la *Legge fallimentare*: «*Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il Tribunale, su domanda del curatore d'ufficio, dichiara il fallimento dei medesimi, dopo averli sentiti in camera di consiglio.*»

En cuanto a lo que puede resultar de la anterior analogía, no debe olvidarse sin embargo que el *fallimento* o quiebra es institución típicamente comercial, de tal manera que no se aplica a la *società semplice*. Cfr. GALGANO, F., «Le società di persone», en *Trattato di Diritto civile e commercial*, de CICU-MESSINEO, vol. XXVIII, Milano, 1982, pp. 123-124.

¹³² Cfr. ZATTI, P. y COLUSSI, V., *op. cit.*, p. 737, quienes afirman que la expresión *società di fatto* es ampliamente utilizada en el lenguaje común, y en algunas leyes especiales, para hacer referencia a la *società irregolare*. Cfr. ANGELICI, C., voz «Società di fatto. I) Società di fatto e irregolare», en *Enciclopedia Giuridica*, Roma; al estudiar la relación entre sociedad irregular, de hecho y sociedad aparente, señala que se discute la posibilidad de reconocer a la sociedad de hecho una autonomía conceptual respecto de la sociedad irregular; la jurisprudencia suele atribuir a la expresión «*società di fatto*» un valor omnicompreensivo, utilizándola con clara preferencia a la de «*società irregolare*», siendo la primera –según la doctrina– una especie respecto del género representado por la sociedad irregular.

Cuestión distinta es que no solamente la noción de sociedad irregular o de hecho se emplea en el Derecho italiano con mucha extensión, sino que además también existe en él la expresión «*contratto irregolare*», como puede verse, v. gr., en MESSINEO, F., voz «*Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare*», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Varese, 1962, pp. 111 ss.

¹³³ En tal sentido puede verse, v. gr., TRABUCHI, A., *Instituzioni di Diritto civile*, 31 ed., Padova, 1990, pp. 172-173, a propósito de la «Patología del negozio», se ocupa de las diversas formas de impedimento de la eficacia del negocio y entre ellas de la *irregolarità* con un referencia específica (aunque muy puntual) a la *società irregolare*.

¹³⁴ En nuestro Derecho me pronuncio en el sentido de entender que la noción de sociedad de hecho es una subespecie de la de sociedad irregular. Esto es lo mismo que puede opinarse sobre la correlación entre *società irregolari* y *società di fatto*, según creen COSTI-CHIO, *cfr. op. cit.* p. 536. Pese a exponer otras opiniones contrarias a la suya, acaban

inobservancia de las exigencias publicitarias de la sociedad, lo que ha llevado a que la jurisprudencia y la doctrina italianas elaboren la figura de la *società di fatto* o *irregolare*¹³⁵. Por último es apreciable una particular proximidad con el concepto de irregularidad que suele mantenerse en nuestro Derecho (y doctrina) mercantil, pues también en el italiano se relaciona aquel fenómeno con la falta de inscripción de ciertas sociedades mercantiles. «*L'espressione "società irregolari" sta ad indicare, nella dottrina e nella giurisprudenza, quelle società che pur dovendo, per espresso disposto del artículo 2200 cod. civ., essere iscritte nel registro delle imprese non hanno provveduto (od ottenuto) la relativa registrazione. Il fenomeno, sul piano logico riferibile a tutte le società soggette a registrazione, in realtà si può positivamente riscontrare solo per la società in nome collettivo e per la società in accomandita semplici escludendosi, al meno da parte della dottrina di gran lunga prevalente... la possibilità, de jure condito, di riconoscere autonoma esistenza a società di capitali irregolari*»¹³⁶.

Tal como he dicho, con frecuencia los autores italianos equiparan las expresiones sociedad de hecho y sociedad irregular, aunque ello no deja de estar sometido a discusión, en cuanto a si son o no una misma realidad; sobre todo la equiparación se demuestra inoportuna si se considera que el término *di fatto* podría acoger supuestos en que no queda clara su sustancia contractual. Parece mejor limitar la aplicación o restringir el significado del término *società di fatto*, tal como señalan Zatti y Colussi, reservándolo para hacer referencia a una sociedad que no se ha constituido mediante una declaración expresa de voluntad contractual, pero cuya existencia resulta del comportamiento concluyente de las partes que actúan, entre sí y ante terceros, como socios¹³⁷.

concluyendo que aunque las diferencias existen en el plano conceptual, sin embargo no las hay en el orden normativo.

Igualmente coincido, aplicando la idea al Derecho español, con ZATTI y COLUSSI cuando afirman que «... tutte le società di fatto... sono società irregolari, ma non tutte le società irregolari sono società di fatto in senso stretto». *cfr. op. cit.*, p. 737.

Por otra parte —como luego se concretará— si se admitiera la sinonimia entre sociedad de hecho y sociedad irregular, habría de resultar que la *società di fatto* no cabría respecto a las sociedades de capitales, y sí en cambio en las de base personalista por ser característica de estas últimas que el contrato que las origina no es un contrato formal; así lo estima, entre otros, ROPPO, V., *cfr. Istituzioni di Diritto privato*, Bologna, 1994, p. 870.

¹³⁵ *Cfr. MESSINEO, F.*, voz «Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Varese, 1962, pp. 111 ss.

¹³⁶ *Cfr. COSTI-CHIO, op. cit.*, p. 534. De nuevo la relación jurisprudencial y bibliográfica que se ofrece, en la página indicada y sus sucesivas, resulta sumamente interesante.

En cuanto al estudio de la irregularidad de las sociedades comerciales, téngase en cuenta a VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.^a *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pp. 40 ss., que dedica una especial atención a la influencia en este apartado del Derecho comunitario sobre el italiano.

Tampoco es mi intención extenderme más en la explicación de esta forma de irregularidad del Derecho italiano, cuando persigo el equivalente más próximo de la irregularidad societaria civil.

¹³⁷ *Cfr. ZATTI-COLUSSI, op. cit.*, p. 737.

Debe recordarse lo expuesto en epígrafes anteriores a propósito de las clases de sociedades, sus formalidades publicitarias, y la adquisición de personalidad jurídica por algunas de aquellas. Pues en los términos en que acaba de plantearse, la *società irregolari* sólo puede admitirse sin vacilaciones respecto de la sociedad colectiva y comanditaria simple (las cuales no tienen atribuida personalidad jurídica¹³⁸). Dicha situación de irregularidad vendrá provocada por la falta de inscripción en el *Registro de empresas*, lo que a su vez determinará (de acuerdo a los arts. 2297 –sociedad en nombre colectivo– y 2317 –sociedad comanditaria simple– del CCi) que se apliquen de cara a terceros las reglas de la *società semplice*¹³⁹. En general, para esos supuestos concluyen Costi y Di Chio, «... con la dottrina unanime, che tale omissione non incide sulla validità del contratto né sulla struttura interna della società, bensì e soltanto sul regime della responsabilità per le obbligazioni sociali (sull'autonomia patrimoniale della società), sottraendo i rapporti coi terzi alla disciplina dettata per la società in nome collettivo e per la società semplice, ossia per quel tipo di società che, per definizione, è non registrata»¹⁴⁰.

Las sociedades de capitales tienen un ámbito propio de dificultades cuando se plantea si pueden subsistir en situación de irregularidad, es decir, sin la correspondiente inscripción en el *registro delle imprese*, teniendo en cuenta que realmente esa clase de sociedades adquieren su personalidad mediante la inscripción (cfr. art. 2331 del CCi). A partir de aquí la doctrina italiana se diversifica mucho a propósito de las sociedades anónimas irregulares, partiendo de la premisa constatable de que no existe en el *Codice* un régimen legalmente previsto, de ahí que se debata –como entre nosotros se mantuvo– acerca de si cabe distinguir la sociedad irregular propiamente dicha de la sociedad en formación, el régimen o el tipo societario supletorio a aplicar en cada uno de los casos, etc.¹⁴¹.

¹³⁸ De tal modo que, pese a que la sociedad adquiriría existencia sin necesidad de inscripción, esta omisión sin embargo afectará decisivamente a la posición jurídica de la sociedad en sus relaciones con terceros.

Sobre la relación entre irregularidad y personalidad, cfr. DOMINÉDÓ, *Il problema delle società irregolari*, Roma, 1929, p. 7; SALANDRA, *Le società irregolari nel Diritto vigente*, Roma, 1935, p. 130; GALGANO, F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, I, 2.ª ed. (*Commentario del CC*, SICALOJA-BRANCA), Bologna-Roma, 1976, pp. 104 ss.

¹³⁹ Vid. las características concretas de la irregularidad de las sociedades colectivas y comanditarias, respectivamente, en pp. 541 ss. y 567 ss. de COSTI-CHIO, *op. cit.*

¹⁴⁰ Cfr. COSTI-CHIO, *op. cit.* p. 535. Coinciden en esta opinión, entre otros, con FERRARA, F., jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975, p. 186. Sobre la base expuesta, la doctrina italiana ha elaborado el concepto de «*irregolarità modificativa*», que tiene lugar cuando el defecto de un requisito extrínseco (como la inscripción) exigido por la ley para cierto tipo negocial, impide que se produzcan algunos de los efectos propios de ese tipo, y además puede determinar la sustitución e integración de los efectos que no van a producirse con otros pertenecientes a un tipo distinto, dando lugar a otro tipo que puede considerarse intermedio y que tendrá como tal plena eficacia. Cfr. GRECO, P., «Le società nel sistema legislativo italiano», Torino, 1959, p. 97.

¹⁴¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., «Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en derecho español» (STS 8 julio 1993), en *RDS*, núm. 3, 1994, p. 275: En Italia, en cuanto a la figura de la SA irregular, aunque «no han faltado voces autorizadas favorables a la admisión de esta categoría jurídica –como es

Particularmente provechosa es la constatación, que puede encontrarse en la doctrina italiana, de que no existe en realidad un concepto o un tipo general de sociedad irregular, y que incluso este depende en cada caso de los requisitos que sean propios de la sociedad regular de que se trate ¹⁴².

VI. CONCLUSIONES

Lo que se pueda concluir de la comparación del régimen societario de los países examinados, aunque trate de referirse al aspecto concreto de la irregularidad, tiene que pasar previamente por el contraste de las nociones de sociedad regular (ya que una cosa, que constituye *regla*, acaba por determinar a la otra, que es *apartamiento de la regla*).

Una primera constatación por hacer es de índole más bien formal, referida al origen común que mantiene el concepto de sociedad en los Derechos español, francés e italiano (pues conceptualmente se respeta la influencia como modelo de la *societas* romana ¹⁴³). Pero a partir de este rasgo de coincidencia, como digo formal, lo cierto es que ha de reconocerse que la *societas*, la *société* y la *società* se han ido alejando paulatinamente. Hasta una actualidad en la que no debe olvidarse el dato de que el Código Civil español no haya sido reformado en materia de sociedades (a diferencia de lo que sucede con el Código francés; y en cuanto al italiano, su promulgación más reciente (1942) le permite superar tal vez los inconvenientes creados por la rápida expansión de la sociedad, sobre todo mercantil, más airoosamente que el nuestro).

Las diferencias son más acusadas si se comparan los otros dos ordenamientos societarios con el español, puesto que entre nosotros no se ha producido la unificación normativa de las clases de sociedades en un solo cuerpo legal ¹⁴⁴. Así es, pues como se recordará Francia e Italia han reco-

el caso de OPPO en «Forma e pubblicità nelle Società di capitali», *Rivista di Diritto civile*, 1966, I, pp. 139 y ss. y «Diritto della Società e attuazione della 2.^a Direttiva CEE. Il Decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici», asimismo en *Rivista di Diritto civile*, 1986, I, pp. 568 ss. La opinión dominante sigue siendo contraria al reconocimiento de esta figura. Así, expresamente, ANGELICI, C., «La costituzione della Società per azioni», en *Trattato di diritto privato* 16, 2, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1991, pp. 265 ss.

¹⁴² Cfr. COSTI-CHIO, *op. cit.*, p. 537.

¹⁴³ Por lo demás, el resultado de la evolución de las sociedades es, comparativamente, más diferente de lo que cabría esperar. Aunque se respeta el concepto básico y los caracteres de la sociedad, se ha producido una alteración en los elementos y en la concreción de la finalidad primordial societaria.

¹⁴⁴ En el sistema continental los países que como Italia han uniformizado el derecho de sociedades, o los que como Francia han aproximado tanto el estatuto de las sociedades civiles a las mercantiles, han permitido una cierta confusión conceptual o al menos una gran semejanza entre ellas. Pero en esos países como en España, no obstante la diferente trascendencia de tal separación, puede generalizarse como criterio distintivo el que atiende a la naturaleza del objeto de la sociedad y que permite calificarla como civil o mercantil: la sociedad civil se define negativamente como aquella que no persigue realizar una actividad de comercio. También puede caracterizarse la sociedad civil por no sujetarse a las formali-

gido un concepto y unas categorías generales de sociedad en sus propios Códigos, mientras en Derecho español existe una doble disciplina normativa (aun de términos tan similares como resulta de los respectivos conceptos legales de los arts. 1665 del CC y del 116 CdC) contenida en el Código Civil y en el de Comercio, regulando el primero exclusivamente las sociedades civiles (sin perjuicio de que dicho concepto de sociedad tenga un carácter generalizable). Mientras los Códigos Civiles de Francia e Italia unificaron la aplicación de sus normas a todas las sociedades, por el contrario en España tal fenómeno sólo se produce indirectamente, ya que sigue habiendo una doble reglamentación, que sólo permite distinguir las sociedades civiles y mercantiles a través de criterios ambiguos como el de acto de comercio¹⁴⁵.

También hay identidad básica de criterios en cuanto a las clases de sociedades, salvo en lo que respecta a la distinción entre universales y particulares de la que se ha prescindido por los otros Códigos a excepción del español¹⁴⁶.

En cuanto a la personalidad jurídica de las sociedades civiles, en nuestro Código aparece sin lugar a dudas pero en Francia su reconocimiento ha sido obra de una jurisprudencia no muy antigua, y en Italia el *Codice* reconoce la personalidad jurídica de las sociedades de capitales (por acciones), pero la niega para la *società simple* (que vendría a ser equivalente más aproximado de la sociedad civil) y demás sociedades de personas (colectivas o en comandita simple)¹⁴⁷.

Tras la común base en las fuentes romanas, en los países latinos ejerció una gran influencia la definición que del contrato de sociedad hizo el *Code* francés, de tal modo que ha sido general la exigencia, como elementos esenciales, de la concurrencia de varias personas que realizan aportaciones y que deben perseguir una finalidad común que ha de ser económica, por lo que con mayor o menor rigor se excluyen las aportaciones con finalidad desinteresada¹⁴⁸.

dades que en cuanto a la constitución y publicidad se exigen para las mercantiles (salvo en el caso de Francia, en que también se hace necesaria para la sociedad civil la inmatriculación en un registro).

¹⁴⁵ Es característica común de los regímenes societarios estudiados una cierta hipertrofia o expansión del acto mercantil. Aún podríamos decir que este fenómeno es si cabe más intenso en otros países, pues nuestro Código (*cf.* art. 1670 del CC) no supone necesariamente que las sociedades con objeto mercantil sean mercantiles.

¹⁴⁶ Las sociedades civiles universales son una categoría extinguida de hecho, y de derecho el español es el único que todavía las regula en su Código. El contrato de sociedad que perdura y se desarrolla es el de sociedad particular.

¹⁴⁷ En general los códigos latinos se contraponen, en la medida que reconocen personalidad jurídica a la sociedad civil, a los germánicos que les privan de ella. En el Derecho comunitario, la Convención de Bruselas de 29-2-1968 previó el reconocimiento de pleno derecho de la personalidad moral de las sociedades en todos los Estados miembros de la CEE, sin embargo no ha sido ratificada por todos ellos.

¹⁴⁸ La finalidad económica del contrato de sociedad no aparece, tan claramente como en los países latinos, en códigos germánicos como el alemán y el suizo (*cf.* art. 705 BGB y art. 530 del Código Suizo de las Obligaciones; por el contrario el art. 1175 del CC austríaco sí parece considerar la realización de un común beneficio como elemento de la sociedad

Algunas legislaciones (como en Italia sucede con la regulación de la *società semplice*) han propugnado un concepto amplio de sociedad, apto para abrazar las sociedades civiles y algunas de las mercantiles, y otros supuestos de uniones o grupos de personas con finalidad patrimonial que no sean asociaciones. Sin embargo, no resulta claramente así en el Derecho español, donde ni siquiera parece un procedimiento adecuado el de alargar la noción de sociedad para resolver las carencias de nuestro Ordenamiento. La sociedad española y la francesa se particularizan especialmente por la distinta noción de los fines propios del concepto de sociedad, lo que a su vez determina la mayor o menor extensión de la sociedad a otras formas asociativas.

De otro lado las diferencias de los otros Ordenamientos con el francés aparecen más acusadas, pues en este último es el mismo concepto de sociedad, su naturaleza, lo que cambia, pues se suprimió en él la calificación de la sociedad como contrato (que todavía conservan los Códigos español e italiano). Además coinciden los Códigos francés e italiano en que han dado un gran desarrollo al concepto de empresa, que no aparece en el Código español.

Siendo así las cosas, en una perspectiva muy general y en lo referente a las sociedades que se presentan de modo regular (sociedades regulares), no podía esperarse una similitud de soluciones en el terreno de la irregularidad societaria civil, pues no existe condición de igualdad en los presupuestos a tener en cuenta. Singularmente es acusada la diferencia de planteamiento que comportan los Ordenamientos en que no se ha dotado a la sociedad de personalidad jurídica (la *società semplice*, del Derecho italiano). Por tanto creo no equivocarme si afirmo que ni en el Derecho francés ni en el italiano existe institución que sea exactamente asimilable a nuestra sociedad civil irregular. Pues si la irregularidad societaria (al menos como puede suceder en el Derecho español) fundamentalmente hace frente a las situaciones en que una sociedad carece de personalidad jurídica, el planteamiento en sí fracasa cuando trata de aplicarse a sociedades cuya personificación no se halla prevista (como sucede, *v. gr.*, con la *società semplice*), pues debería concluirse que no pueden ser irregulares¹⁴⁹.

Por otra parte, también existen diferencias aún entre Ordenamientos que sí conceden personalidad jurídica a las sociedades civiles: en lo que al Derecho francés se refiere, la sociedad regular para gozar de personalidad debe sujetarse a unos trámites formales que resultan completamente extra-

civil). Estos países tienen un concepto más amplio del contrato de sociedad que el recogido en los códigos latinos, pues aquellos no exigen que la sociedad haya de tener precisamente finalidad lucrativa. Sin embargo, en igual sentido tanto en nuestro país como en el extranjero, la doctrina tiende a censurar la concepción latina del contrato de sociedad y se aboga por la supresión de la exigencia del fin de lucro, y se incluyen en aquel contrato todas las agrupaciones que persigan un fin cualquiera, o cuando menos las que aspiren a realizar un fin económico (pese a los inconvenientes que todavía representa el Derecho positivo).

¹⁴⁹ Quedan al margen, por supuesto, las manifestaciones de la irregularidad en las sociedades mercantiles capitalistas, pues se intenta dar cierta uniformidad de ese temario de Derecho europeo.

ños a la sociedad civil personificada del Derecho español. Y la exigencia en aquella de una publicidad de derecho, choca con lo que se desprende de nuestro artículo 1669 del Código Civil al precisar las sociedades civiles una publicidad especial (documentaria, cuando se aporten derechos reales inmobiliarios, *cfr.* art. 1667 del CC) solamente en ciertos casos, bastando en los demás la simple publicidad de hecho. De todo ello resulta que en el Derecho francés (por ser más claros los requisitos establecidos para la obtención por las sociedades civiles de personalidad jurídica), son más fácilmente detectables los episodios de irregularidad societaria que en el Derecho español, en que la regularidad de la sociedad civil depende de una calificación que ha desprenderse, de manera poco segura, del cumplimiento de las exigencias de publicidad de hecho y de derecho.

Conviene sin embargo que tratemos de señalar elementos de coincidencia entre los Derechos expuestos, lo que puede hacerse en varios ámbitos diferentes: el primero sería el de mayor generalidad, pues hace referencia a la búsqueda de un fenómeno general más que de concretas aplicaciones coincidentes; después vendrá el concretar estas últimas en cada Derecho, localizando las manifestaciones societarias que puedan acercarse más a la sociedad civil irregular española.

La consecuencia general más sintética que puede ofrecerse es que solamente pueden encontrarse *aproximaciones* en los Derechos francés e italiano, de lo que para nosotros es la sociedad civil irregular, en los términos en que el Tribunal Supremo español interpreta lo que dispone el artículo 1669 del Código Civil. Entre las situaciones más próximas, el denominador más común apunta al fenómeno de las sociedades de hecho: sociedades *di fatto*, *de fait*, *créées de fait*, de Italia y Francia respectivamente. Puede predicarse extensivamente la noción *de hecho* a todos los casos en que existe una deficiente explicitación de la voluntad contractual, ya por las circunstancias relativas al propio consentimiento, ya por lo referente a las formalidades societarias. Ello no obstante parece que la coincidencia al prever las sociedades de hecho, por encima de la identidad nominal, no deja ser simplemente parcial pues tiene rasgos característicos en cada país. Si intentamos precisar más la conclusión de coincidencias (con nuestra sociedad civil irregular) en el ámbito de las sociedades de hecho, habrían de buscarse en la *società di fatto* italiana; puesto que esta se relaciona expresamente por la doctrina y la jurisprudencia de ese país con el fenómeno de la irregularidad societaria, del que constituye una de sus especies.

En un plano más especial de comparación, las sociedades de hecho en Francia muestran como concepto genérico una gran similitud con la irregularidad de la sociedad civil española, comenzando por la común carencia de personalidad jurídica¹⁵⁰. Ahora bien, la mayor diferencia que plantea esa relación es que la irregularidad debe originarse por causas

¹⁵⁰ No en vano yo mismo soy partidario de interpretar así la jurisprudencia española, en el sentido de considerar que las sociedades de hecho son una especie de la irregularidad societaria.

conectadas con los defectos de forma y de publicidad. Sin embargo en Francia las sociedades de hecho, pese a la amplitud del fenómeno, tienen que ver con la deficiente explicitación de la voluntad societaria, y (en la modalidad de *sociétés créées de fait*) se les aplica el mismo régimen de las *sociétés en participation*; por esto mismo, junto a las diferencias de régimen¹⁵¹, tampoco puede olvidarse que en el Derecho francés las sociedades de hecho están caracterizadas, respecto a lo que sucede en nuestro país, porque gozan de un grado de tipicidad que tiende a especificar mejor sus supuestos (perdiendo, correlativamente parte de la amplitud que la noción de sociedad de hecho ofrece a la jurisprudencia española).

En el apartado de las sociedades de hecho, también las italianas tienen ciertas peculiaridades, derivadas de un sistema que restringe la atribución de personalidad jurídica¹⁵². En él es factible sentar diferencias con lo que sucede en España y Francia. Si en estos países las formas o la publicidad (mediante la inmatriculación en el caso francés) son determinantes de la personalidad jurídica¹⁵³, no se dirá lo mismo cuando de entrada no haya tal personalidad: no se podrá concluir la influencia del cumplimiento de formalidades en su obtención. Y aún el argumento de la personalidad jurídica puede permitir obtener en el Derecho italiano una conclusión que igualmente aparece sobre todo en la doctrina mercantilista española (aunque esta no concuerde exactamente con la jurisprudencia del TS): ya que sólo algunas sociedades (las mercantiles capitalistas, no así la *società semplice*) tienen reconocida una personalidad propia, solamente algunas de las comerciales podrían denominarse con propiedad «sociedades irregulares», más cuando tampoco todas las sociedades deben inscribirse en el *registro delle imprese*. Esto último a su vez justificaría que solamente las sociedades inscribibles y no inscritas fuesen llamadas irregulares. Aunque en cualquier caso esa consideración no sería del todo exacta, debido en primer lugar a la sinonimia que se establece en Italia entre *società irregolare* y *società di fatto*, puesto que una *società semplice* podría quedarse simplemente como sociedad de hecho y, por tanto, irregular. En segundo lugar, tampoco sería exacto el recurso comparativo al Derecho italiano (para explicar por qué el calificativo de irre-

¹⁵¹ Efectivamente vendría a resultar que para nuestro Tribunal Supremo la noción de sociedad de hecho quedaría normalmente integrada entre los supuestos que caben en lo previsto por el artículo 1669 del CC (sociedad civil irregular); pero además la noción de sociedad de hecho ni siguiera se refiere exclusivamente al ámbito de las sociedades civiles, puede aludir por ejemplo a las relaciones de convivencia *more uxorio*, lo que hace difícil la generalización de que toda sociedad de hecho haya de someterse de manera automática al modelo de régimen que resulta del artículo 1669 del CC, ya que a veces las situaciones de hecho podrían propiciar que se aplicasen, *v. gr.*, las normas de cierto régimen matrimonial.

¹⁵² Lo que determina, entre otras consecuencias, que no sea demasiado relevante (para establecer equiparaciones con lo que en otros países son las sociedades de hecho) el dato de que en Italia carecen de personalidad jurídica; lo cual más debiera de calificarse de una *necesidad*, habida cuenta de que no a todas las modalidades societarias les está permitida su personificación.

¹⁵³ Lo que incluso puede formularse en términos de *sanción*, consistente en la privación la personalidad cuando las formalidades se omitan.

gular debe reservarse también en Derecho español para las sociedades comerciales) debido a que la solución a que se llega en aquel país a propósito de las sociedades irregulares de capitales dista mucho de ser pacífica; y porque cuando la irregularidad se refiere en cambio a sociedades en nombre colectivo o a las comanditarias simples, lo que se hace es someterlas al régimen de la *semplice* y no al del tipo correspondiente que se irregulariza¹⁵⁴.

En el terreno de las concretas equiparaciones posibles entre los Derechos francés y español, también debe llamarnos la atención lo que se conoce como *société non inmatriculée* (cfr. art. 1842 del CCf). Esta noción coincide solamente de modo parcial con la que es supuesto de hecho del artículo 1669 del Código Civil, pues aunque ambas se refieren a sociedades que carecen de personalidad jurídica sin embargo en el primer caso ello es debido a la omisión del trámite formal (o de publicidad legal) que es la inmatriculación; en cambio en la sociedad civil española, existen supuestos en que es suficiente la simple publicidad de hecho para gozar de personalidad. Igualmente son distintas las consecuencias que originan la *sociedad no inmatriculada* y la sociedad civil irregular. En el Derecho francés las relaciones internas se rigen por el propio contrato y por los principios generales del derecho de las obligaciones y contratos (cfr. art. 1842 del CCf); en cambio el artículo 1669.2 del Código Civil remite directamente a las normas de la comunidad de bienes, sin perjuicio de que —por la vía de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 392 del CC— también quepa la aplicabilidad de lo pactado.

Tampoco la *société en participation* francesa es equiparable o identificable sin más con el artículo 1669 del Código Civil español, aunque no dejen de apreciarse aspectos comunes entre un fenómeno y otro, sobremanera los referentes a la explicitación de la voluntad contractual ausente de formalismos. Nuestro contrato de cuentas en participación tiene una naturaleza comercial¹⁵⁵, en cambio la *société en participation* puede tener naturaleza civil, como también mercantil.

La mayor coincidencia de lo que representa el artículo 1669 del Código Civil puede encontrarse, de modo particular en el Derecho italiano, con la noción de la *società occulta*. Siendo esta una sociedad en que los socios mantienen reservada la existencia de una relación societaria (una *società interna*), estos por tanto actúan frente a terceros en nombre propio

¹⁵⁴ Esto último es lo que con frecuencia se propone entre nosotros, que el régimen de la sociedad colectiva se aplique a las sociedades mercantiles personalistas irregulares, en sustitución del criterio de la jurisprudencia de remitir la irregularidad (salvo las sociedades de capitales) al artículo 1669 del Código Civil. Si se retiene que el Tribunal Supremo español ha procedido frecuentemente sometiendo las sociedades personalistas mercantiles irregulares (colectivas y comanditarias simples) al régimen de la sociedad civil irregular, no deja de resultar llamativo el que parecida solución sea la acogida por el Derecho italiano en circunstancias similares (en cuanto a la *società in nome collettivo* y la *società in accomandita semplice irregolari*) respecto de la *società semplice*.

¹⁵⁵ Sin perjuicio de que sea para la doctrina el prototipo de la sociedad mercantil interna (como lo mismo puede pensarse, en otro ámbito, de la sociedad civil irregular).

y asumiendo exclusivamente la responsabilidad de los contratos con ellos celebrados. Habría además otra razón de relativo parecido con nuestro Derecho, por la falta de criterios definitivamente fijados de manera concordante por la doctrina y la jurisprudencia italianas sobre cómo se desenvuelven las relaciones externas de las sociedades ocultas, y sus consecuencias; pues, de parecida manera, la doctrina española (pese a las mayorías que pueden encontrarse) no ha obtenido una solución pacífica sobre qué es en sí misma la irregularidad societaria civil (lo que no debe extrañar, cuando es igualmente controvertido el fenómeno general de la irregularidad de las sociedades), qué son las sociedades internas, cuál el supuesto de hecho del párrafo primero del artículo 1669 del Código Civil, a qué ámbito debe referirse el segundo, y qué consecuencias comportan las sociedades irregulares en orden a la responsabilidad y el crédito contractual en las relaciones con terceras personas¹⁵⁶.

Si las anteriores eran consideraciones más precisas en relación al concepto de sociedad irregular, tampoco puede pasarse por alto otra cosa que se concluye del examen del régimen societario español, francés e italiano: la irregularidad no solamente es un calificativo específico de cierto tipo de sociedades, sino que se aplica igualmente en su significado de fenómeno general de alteración de la regularidad. Es decir alude al efecto, un tanto impreciso, de que la eficacia de un negocio societario resulte afectada por causas rara vez tasadas, pero que tienen en común el redundar en una deficiente publicación del vínculo social. Este significado de la irregularidad, es una aplicación más de la ineficacia negocial en general, y constituye como digo una nota común a los Derechos examinados. También lo es que en todos ellos el fenómeno de la irregularidad de las sociedades mercantiles de capitales, constituya un apartado específico sobre la irregularidad societaria en general, que se tiende a positivar bajo la influencia uniformizadora del Derecho comunitario europeo.

Igualmente puede generalizarse la coincidencia, en los tres países que se comparan, al utilizar precisamente la expresión «irregular». Aunque esta coincidencia de tenor literal no se corresponda con el significado específico que se le atribuye, pues depende del conjunto de reglas societarias de cada sistema. También es distinta (aunque haya, de nuevo, una coincidencia terminológica) la importancia que se concede en cada país a términos distintos al de irregularidad: en otros Derechos, diferentes al nuestro, se da una mayor relevancia a ciertos fenómenos específicos (como las sociedades de hecho en Francia, las sociedades ocultas y aparentes en Italia) que a la irregularidad misma. No sucede así en España, pese a las críticas de la doctrina, teniendo en cuenta la preferencia que el término «irregular» disfruta en la jurisprudencia.

¹⁵⁶ Aunque, en mi opinión, el Tribunal Supremo español sí ha insistido en un tratamiento básico de la irregularidad, que constituye jurisprudencia aplicable (por más que sus soluciones no sean únicas a lo largo de los años, sino que han experimentado diversas oscilaciones). A este respecto me remito a la monografía indicada en nota 1.

