

CONTRATO DE SOCIEDAD. SOCIEDAD IRREGULAR

PATRICIA ORTIZ SEIJAS
Licenciada en Derecho

Palabras clave: contrato de sociedad, escritura pública, inscripción registral, sociedad irregular.

ENUNCIADO

Don Luis y don Carlos quieren constituir una sociedad, a fin de dar forma a la actividad de ejecución de obras de piscinas que venían realizando hasta la fecha, pero lo quieren hacer todo en documento privado y sin necesidad de proceder a su inscripción en el Registro Mercantil, por los costes que ello conlleva.

A tales fines se dirigen a nuestro despacho para que les orientemos sobre la constitución de la sociedad en documento privado, los posibles efectos de no constituir la misma en escritura pública y los pasos a seguir en el caso de que finalmente, por los motivos que fueren, decidieran otorgar escritura pública y proceder a su inscripción.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Contrato de sociedad. Características.
2. Sociedad irregular.
3. Trámites a seguir para la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

SOLUCIÓN

1. La sociedad es un contrato mediante el cual dos o más personas se comprometen a poner en común bienes o industria, a fin de obtener lucro.

La capacidad de las partes de este contrato se rige por las reglas generales de carácter civil.

El consentimiento habrá de recaer sobre todo el contenido del contrato y puede prestarse, lógicamente, mediante representante.

En cuanto al objeto, este contrato lo tiene determinado en las aportaciones de los contratantes, que son el medio para el desarrollo de la actividad económica que se proponen y la obtención del beneficio deseado.

Podemos hablar, asimismo, de objeto social (que no es lo mismo que el objeto propio del contrato), que se refiere a la concreta actividad que va a desarrollar la sociedad para obtener los fines perseguidos (beneficio).

La duración será la convenida y si nada se conviniere, por el tiempo que dure la vida de los socios, sin perjuicio de que cualquiera de ellos pueda instar su disolución.

Pues bien, cuando don Luis y don Carlos tengan claro que quieren proceder a la constitución de la sociedad, aunque sea en documento privado, deberán acudir al Registro Mercantil Central para solicitar y obtener la certificación negativa de denominación social.

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1041/2003, se puede solicitar el CIF antes del otorgamiento de la escritura de constitución. Para ello, deberá aportarse a Hacienda:

- Contrato privado de sociedad o cualquier otro documento que acredite la voluntad de constituir una entidad, con el siguiente contenido mínimo:
 - a) Denominación, domicilio y objeto social de la entidad a constituir.
 - b) Datos identificativos de quienes van a ser socios y administradores, y del representante (quien firma el Modelo 036).
- Modelo 036, que deberá ir firmado por la persona que solicitó la certificación en el Registro Mercantil.
- Fotocopia del DNI del firmante del Modelo 036 y de los socios.
- Certificación de la denominación negativa, expedida por el Registro Mercantil Central (original y fotocopia).

Cuando se presente esta documentación, se otorga un CIF, y se emite la correspondiente tarjeta identificativa provisional. Las etiquetas identificativas, no se dan en el acto, se enviarán por correo.

En todos los documentos figurará la expresión «sociedad en constitución».

2. Aunque el Código de Comercio (CCom.) parece establecer la libertad de forma del contrato de sociedad, la normativa referida a cada sociedad en particular exige la constitución en escritura pública.

El Tribunal Supremo así lo ha considerado, entre otras, en su Sentencia de 8 de julio de 1993:

«(...) desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones o actividades que la tal sociedad había de desarrollar, con lo que viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, criterio compartido por esta Sala en las sentencias que en la de apelación se citan y han de tenerse por reproducidas, determinando tal condición de irregular a los efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios, así lo estima la doctrina jurisprudencial, interpretando el artículo 117 del Código de Comercio, de validez al contrato, cualquiera que sea la forma de su celebración "entre los que lo celebren" siempre que reúna los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, admitiendo la posibilidad de su concierto en el documento privado y aun en forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades, a las de las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de Comercio, asimilación a las sociedades colectivas y consiguiente aplicación de la normativa específica del Código Civil que es acogida por la Sentencia de 20 de febrero de 1988, que, con cita expresa de la de 21 de junio de 1983, afirma ser "evidentemente, en primer lugar, aplicable lo acordado y, en su defecto, las normas legales establecidas en el Código de Comercio, y el Código Civil...", "... La actora recurrente, incumplió la obligación principal derivada del contrato verbal de la especie de sociedad que la vinculaba con las demandadas-recorridas, esto es, la limpieza del Colegio en la parte personal que tenía asignada, y que dicho incumplimiento no fue algo ocasional o aislado sino, más o menos, frecuente, por consiguiente, una conducta como la expresada encaja perfectamente en uno de los supuestos comprendidos en el 'justo motivo' aludido en el artículo 1.707 del Código Civil, es decir, en el concerniente al 'de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones', lo que lleva a concluir, a su vez, que el Tribunal *a quo* no hizo aplicación errónea o indebida del meritado artículo, originándose así el rechazo del motivo en cuestión por su manifiesta inviabilidad", "... Que por lo que se refiere al supuesto de autos, habida cuenta que, como reconoce la resolución recurrida, nos encontramos con una sociedad civil irregular, aquejada de falta de requisitos formales en su constitución, toda vez que la misma tuvo lugar de manera simplemente verbal, y no constando acreditado en las actuaciones que las partes acordaran que las relaciones entre los hoy litigantes hubieran de referirse por las normas del Código Civil, relativas al contrato de sociedad, obvio es que la Sala sentenciadora, al otor-

gar virtualidad resolutoria del contrato societario al acto de conciliación de 9 de julio de 1980, apoyándose para ello en el precepto del artículo 1.700 del Código Civil, infringió el artículo 1.669 del Código Civil y aplicó indebidamente el aludido artículo 1.700 del Código Civil, por lo que deben estimarse los motivos que denuncian tal infracción y, como consecuencia de ello y de la estimación del recurso y casación parcial de la sentencia recurrida, acordar la confirmación de la dictada en primera instancia y revocada en parte por la de apelación...", debiendo en lo atinente asimismo, añadir que ante esa viabilidad de la modalidad verbal constituyente de la sociedad, en nada afecta el dato a que se refiere el artículo 1.667, de que si se aportasen bienes inmuebles sería necesario la escritura pública, ya que no se ha acreditado que en el supuesto de la sociedad existente entre los interesados se hubiesen aportado bienes de esta naturaleza, y sin que, tampoco, sea preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 1.280 *in fine*, sobre que deben constar por escrito aquellos contratos en los que las cuantías de las prestaciones excedan de 1.500 pesetas, ya que es obvio que este instrumento formal por escrito a que se refiere el referido artículo 1.280, solo se explica no a los fines de que tenga que constatarse, se cumpla o no esa exigencia de forma, para derivar la constitución o validez del contrato existente entre las partes, sino única y exclusivamente a efectos probatorios, esto es, cuando se pretenda impugnar cualquier pretensión o cumplimiento de la misma por una parte en relación con los intereses de la contraparte, en cuyo caso sería preciso la exigencia de esta forma, y siempre, claro es, con independencia de que, en la hipótesis en ese litigio, se pudiera derivar la convicción del cumplimiento o no de las respectivas pretensiones por otros medios probatorios distintos a los que se refiere dicho artículo 1.280, último párrafo, por todo ello pues, con el rehúse del motivo, procede desestimar el recurso, con las consecuencias derivadas.»

En caso de que no se otorgue la correspondiente escritura pública para el contrato de sociedad (o que no se proceda a su inscripción en el Registro Mercantil) pasaremos a la situación denominada «Sociedad Irregular».

Parte de la doctrina entiende que la sociedad no adquirirá personalidad jurídica hasta su inscripción y que son nulos los contratos celebrados con terceros antes de dicha inscripción. Otra parte, de la doctrina entiende que los contratos celebrados con ella son válidos y eficaces y que procede aplicar a esta sociedad, durante ese tránsito, el régimen de sociedad civil o el de la colectiva, según su objeto.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado en innumerables ocasiones (valga por todas las Resoluciones de 30 de abril de 1997) que «Conforme a las disposiciones del Código de Comercio, la sociedad mercantil, si bien, en cuanto contrato, es válido y obligatorio entre las partes contratantes, cualquiera que sea la forma de celebración (art. 117 CCom.), solo alcanzará plenitud de efectos frente a terceros cuando se cumplan los requisitos de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, como resulta: Primero. De los antecedentes inmediatos del Código de Comercio, pues según la exposición de motivos del proyecto, el legislador procuró combinar el principio de libertad de formas con la necesidad de dar publicidad a la constitución de la sociedad para que pueda afectar plenamente a terceros, y en dicha exposición de motivos la inscripción de la sociedad es considerada como "la única prueba de su existencia y de su verdadero estado civil". Segundo. Del sistema jurídico general, pues la inscripción en un Registro público, a la vez que proclama oficialmente la legalidad de la constitución de la nueva entidad jurídica, proporciona

la exigida publicidad a los pactos sociales, de acuerdo con el criterio de nuestro Derecho que exige, para el pleno reconocimiento de la entidad social como sujeto independiente, que los pactos de la sociedad no se mantengan secretos entre los socios (arts. 1.669 CC y 119 CCom., 7 LSA y 11 LSRL). Tercero. De la normativa específicamente aplicable: a) La inscripción de la sociedad mercantil se impone con carácter obligatorio (cfr. arts. 19 y 119 CCom. y 4 RRM); b) Los administradores sociales que infrinjan el deber de procurar la inscripción incurrir en responsabilidad cuando, sin la previa inscripción de la sociedad, contratan en nombre de la misma (cfr. art. 120 CCom.); c) La sociedad mercantil constituida solo alcanza carácter regular y plenitud de personalidad frente a terceros cuando se cumple con los requisitos de escritura e inscripción (cfr. arts. 118 y 119 CCom.). De acuerdo con la doctrina expuesta, el artículo 383 del Reglamento Hipotecario, de modo indubitado, establece que no podrá practicarse a favor de la sociedad mercantil ninguna inscripción de adquisición por cualquier título de bienes inmuebles "sin que previamente conste haberse extendido la que corresponde en el Registro Mercantil"».

Los autores distinguen entre sociedades irregulares de primer grado y de segundo grado. Las de primer grado son las que, habiéndose constituido en escritura pública, no han sido inscritas en el Registro Mercantil correspondiente; y, las de segundo grado, son las que ni tan siquiera se han constituido en escritura pública. La regulación normativa solo reconoce las de primer grado, dotándola de un régimen jurídico propio.

No hay que olvidar que los encargados de la gestión social serán responsables frente a los terceros con los que se hubiera contratado en nombre de la sociedad en caso de que contravinieran las formalidades propias de la constitución de una sociedad: el otorgamiento de la escritura pública y su posterior inscripción.

3. En el caso de que don Luis y don Carlos decidan otorgar la escritura pública de constitución de la sociedad, en el plazo de los treinta días siguientes al otorgamiento deberá presentarse otra vez el Modelo 036, esta vez, para la «modificación de nombre»; la tarjeta provisional se canjeará por otra en la que seguirá figurando la mención «en constitución». (Asimismo, y en dicho Modelo 036 deberá consignarse la declaración censal de «inicio de actividad» o «declaración previa de inicio de actividad»). Lógicamente, habrá que aportar la correspondiente escritura de constitución social (fotocopia).

Asimismo, habrá de procederse en ese plazo de treinta días (en este caso, hábiles desde la fecha del otorgamiento de escritura) a la Autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que grava la constitución de dicha sociedad: deberá aportarse el Modelo 600, cumplimentado, con el que se liquida el Impuesto citado (1% sobre la cifra del capital social); asimismo, aquí deberá aportarse Copia Simple de la escritura de constitución, y primera copia de la escritura, donde Hacienda hará constar mediante un sello acreditativo el pago del impuesto.

También deberá procederse a darse de alta en el Impuesto de Actividades Económicas.

Posteriormente, se deberá acudir al Registro Mercantil donde radique el domicilio social de la empresa, aportando la primera copia de la escritura de constitución, el Modelo 600 ya autoliquidada-

do y fotocopia del CIF. El Registro se quedará con toda la documentación, solicitando (normalmente) un número de teléfono de contacto para comunicarse con el interesado el día que la escritura se encuentre inscrita, a fin de pasar a retirarla. Ese día se procederá al pago de los honorarios resultantes de la inscripción, de los que se detraerá la provisión de fondos aportada el día de la presentación.

Una vez retirada la primera copia del Registro Mercantil, habrá que dirigirse nuevamente a la Delegación de Hacienda, para canjear la tarjeta provisional del CIF por la definitiva, aportando la siguiente documentación:

- Modelo 036, solicitando la «modificación de nombre».
- Fotocopia del DNI del firmante del Modelo 036.
- Tarjeta del CIF provisional para su canje.
- Escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil para que el funcionario estampe en la misma el CIF definitivo de la sociedad.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 1.261, 1.280, 1.699, 1.700 y 1.707.
- Código de Comercio de 1885, arts. 19, 117, 118 y 119.
- Ley 2/1995 (LSRL), art. 11.
- RD 1597/1989 (Rgto. del Registro Mercantil) art. 4.
- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), art. 7.
- RDGRN de 30 de abril de 1997.