



Roj: **STS 3020/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:3020**

Id Cendoj: **28079110012012100287**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2012**

Nº de Recurso: **682/2009**

Nº de Resolución: **121/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Marzo de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por don Eulogio contra la sentencia dictada por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Granada el día dieciséis de enero de dos mil nueve, en el recurso de apelación 529/2008, dimanante del juicio ordinario 610/2004, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granada.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Eulogio, representado por el Procurador de los Tribunales don ISACIO CALLEJA GARCÍA.

En calidad de parte recurrida ha comparecido **SOCIEDAD** DE AMIGOS, representada por el Procurador de los Tribunales don ANGEL-LUIS FERNÁNDEZ MARTÍNEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. El Procurador don RAFAEL MERINO JIMÉNEZ CASQUET, en nombre y representación de don Eulogio, interpuso demanda contra **SOCIEDAD** DE AMIGOS.

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO: Admita el presente escrito, con los documentos que al mismo se acompañan, y copias de todo ello para la demandada, tenga por interpuesto en la representación que ostento, demanda de JUICIO ORDINARIO sobre impugnación de acuerdos sociales contra la Entidad "**Sociedad** de Amigos", en liquidación, y sustanciado el procedimiento por todos sus trámites, dicte Sentencia por la que estimando la demanda:*

*1º.- Declare nulos los acuerdos adoptados por la Comisión Liquidadora de **Sociedad** de Amigos en Junta celebrada el 24 de Junio de 2003, de acuerdo con la avenencia y reconocimiento efectuado en el acto de conciliación celebrado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Granada (documento núm. 16 de la demanda), o, en su caso, por las causas alegadas en el Fundamento de Derecho V del escrito de demanda.*

*2º.- Declare, igualmente, nulos los acuerdos adoptados por la Junta General de **Sociedad** de Amigos, celebrada el 21 de Junio de 2003, de acuerdo con la avenencia y reconocimiento efectuado en el acto de conciliación celebrado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Granada (documento núm. 16 de la demanda), o, en su caso, por las causas alegadas en el Fundamento de Derecho V del escrito de demanda.*

*3º.- Declare, igualmente, nulo, el acuerdo por el que se aprueban las cuentas de liquidación y disolución de la **Sociedad** por las causas alegadas en el Fundamento de Derecho V de esta demanda, y en cualquier caso, que en dichas cuentas de liquidación ha de reconocerse al socio D. Eulogio un saldo a favor de 20.682'85 Euros o el que resulte de la liquidación definitiva, en la que se deberán incluir las referidas partidas, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.*



4º.- Se condene a la demandada al pago de las costas de este procedimiento.

3. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granada que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número 610/2004 de autos de juicio ordinario.

SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN

4. En los expresados autos compareció **SOCIEDAD DE AMIGOS** representada por la Procuradora de los Tribunales doña MARÍA JOSÉ MASÁTS LÓPEZ AYLLÓN que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

SUPLICA AL JUZGADO me tenga por personada y por parte en la representación que ostento y por contestada la demanda en tiempo y forma, y una vez concretada la cuantía y practicadas las pruebas, dicte en su día sentencia desestimando la demanda con expresa imposición de costas al demandante.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

5. En los expresados autos 610/2004 de juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granada, recayó sentencia el día trece de noviembre de dos mil siete cuya parte dispositiva es como sigue:

*"Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta a instancia del Procurador Sr. Jiménez-Casquet, en nombre y representación de D. Eulogio , contra **SOCIEDAD DE AMIGOS EN LIQUIDACIÓN**, representada por la Procuradora Sra. Masáts López-Ayllón; declaro no haber lugar a la misma; con expresa imposición de las costas a la parte actora".*

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

6. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de don Eulogio y seguidos los trámites ante la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Granada con el número de recurso de apelación 529/2008 , el día dieciséis de enero de dos mil nueve recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS: La Sala ha decidido, con desestimación del recurso interpuesto, confirmar la sentencia dictada en 13-11-07, por el Juzgado de 1a Instancia nº 5 de Granada, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

QUINTO: EL RECURSO

7. Contra la expresada sentencia dictada en el recurso de apelación 529/2008 por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Granada el día dieciséis de enero de dos mil nueve, el Procurador de los Tribunales don RAFAEL MERINO JIMÉNEZ CASQUET, en nombre y representación de don Eulogio , interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de la doctrina jurisprudencial configuradora de la naturaleza jurídica de una **sociedad**, cuya finalidad es la de edificar para distribuir los pisos y locales resultantes de su construcción entre los propios socios y que creada válidamente con anterioridad al Código **Civil**, subsiste en el día de hoy por imperativo de las disposiciones transitorias de dicho Código **Civil**, y su carácter irregular por no estar inscritas en el Registro Mercantil, así como por las disposiciones por las que se rigen tales clases de **sociedades**.

Segundo: Infracción de la doctrina jurisprudencial configuradora de la caducidad en materia de impugnación de acuerdos sociales de las **Sociedades civiles** irregulares.

Tercero: Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la falta de legitimación activa por no ostentar el 5% del capital social, al no ser de aplicación el arto 143 de la ley de **Sociedades** Anónimas, por tratarse de **sociedades civiles** irregulares que no revisten ninguna de las fórmulas reconocidas por el Código de Comercio.

SEXTO: ADMISIÓN DEL RECURSO Y OPOSICIÓN

8. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 682/2009.

9. Personado don Eulogio bajo la representación del Procurador don ISACIO CALLEJA GARCÍA, el día dieciséis de marzo de dos mil diez.

la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA :



1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON Eulogio contra la Sentencia dictada con fecha de 16 de enero de 2009 por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4a), en el rollo de apelación nº 529/2008, dimanante del juicio ordinario nº 610/2004 del Juzgado de Primera instancia nº 5 de Granada.

2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

10. Dado traslado del recurso, el Procurador don ANGEL-LUIS FERNÁNDEZ MARTÍNEZ en nombre y representación de **SOCIEDAD DE AMIGOS** presentó escrito de impugnación del recurso formulado de contrario con base en las alegaciones que entendió oportunas.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

11. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día quince de febrero de dos mil doce, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTAS PREVIAS:

Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

En los fundamentos de esta sentencia se han utilizado las siguientes siglas:

art. Artículo

CC Código **Civil**

Ccom Código de Comercio

TRLSA Texto refundido de la Ley de **Sociedades** Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

LSA Ley de **Sociedades** Anónimas de 17 de julio de 1951

TRLSC Texto refundido de la Ley de **Sociedades** de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio,

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento **Civil**

PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

1. Hechos

12. Los hechos que tienen interés a efectos de esta sentencia, en síntesis, son los siguientes:

1) El 20 de junio de 1869 por medio de escritura pública, se constituyó la **SOCIEDAD DE AMIGOS** cuyo capital estaba dividido en 1700 acciones nominativas libremente transmisibles, quedando limitada la responsabilidad de los socios al capital aportado más las necesarias para llenar el objeto de la compañía, con la finalidad de adquirir el edificio "El Suizo", entonces en construcción, sito en la esquina de las calles Puerta Real número esquina a la calle Mesones número 1, sito en Puerta Real de Granada, cuya titularidad correspondería a la compañía, para terminar la obra y distribuir los pisos y locales del edificio entre los propios socios.

2) El 7 de febrero de 1954 se aprobó en junta general el reglamento que autoafirma que se trata de una "**sociedad civil de participaciones condóminos del edificio**", manteniendo por acciones transmisibles por endoso.

3) El expresado reglamento fue modificado en la junta general de 15 de febrero de 1974 en el que:

a) Se mantuvo la representación del capital por medio de acciones nominativas libremente transmisibles, con derecho a participar en el reparto de ganancias y en el patrimonio resultante de la liquidación de la **sociedad**.

b) La administración se atribuía a un Consejo de Administración.

c) Se reservaba a la Junta General la competencia para los actos de disposición.

4) El 30 de octubre de 1998 la junta general de **SOCIEDAD DE AMIGOS** acordó la disolución por haberse cumplido su objeto y consiguiente liquidación mediante la adjudicación de los inmuebles sobre la base de las valoraciones consensuadas.



5) En la sesión que tuvo lugar el 24 de junio de 2003 la Comisión Liquidadora acordó la adjudicación provisional con los ajustes precisos.

6) La junta general que se desarrolló el 21 de julio de 2003, procedió a la adjudicación definitiva del patrimonio a los accionistas una vez aprobado el balance de liquidación y cuantificado su valor neto patrimonial.

7) El 9 de diciembre de 2004, don Eulogio , interpuso la demanda que dio origen al presente pleito.

2. Posición del demandante

13. El demandante, titular de 12 acciones representativas del 0,779%, que estuvo presente en sesión de la Comisión Liquidadora que tuvo lugar el 24 de junio de 2003 y en la Junta General de 21 de julio general, interesó la nulidad de los acuerdos adoptados por pluralidad de motivos cuyo detalle, en lo que interesa, se expondrá al examinar los motivos del recurso.

3. Posición de la demandada

14. La demandada suplicó la desestimación de la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.

4. La sentencia de la primera instancia

15. La sentencia de la primera instancia, después de sistematizar con perfecta técnica la controversia, rechazó la eficacia del aquietamiento al acto de conciliación orquestado entre el demandante y su padre en representación pretendida de **SOCIEDAD DE AMIGOS** y desestimó la impugnación de ambos acuerdos por entender caducada la acción en cuanto a los adoptados en la Junta General y, además, por falta de legitimación activa para impugnar los adoptados por la Comisión de Liquidación.

5. La sentencia de la segunda instancia

16. La sentencia de la segunda instancia, tras argumentar las razones para rechazar los alegatos de la apelante, mantuvo la caducidad de la acción y confirmó la sentencia de la primera instancia.

6. El recurso

17. El accionista demandante interpuso recurso de casación con base en los motivos que seguidamente analizaremos.

SEGUNDO: NATURALEZA DE LA **SOCIEDAD DE AMIGOS**

18. Nuestro sistema regula de forma diferenciada las **sociedades** de interés particular con ánimo de lucro de carácter **civil** y las de naturaleza mercantil, así como las **sociedades** regulares y las irregulares.

19. Habida cuenta de que los tres motivos del recurso parten de la premisa de que **SOCIEDAD DE AMIGOS** es una **sociedad civil** irregular, a la que no resultan aplicables las reglas de las **sociedades** mercantiles, con carácter previo conviene fijar la naturaleza de la referida **sociedad** y su carácter regular o no.

1. Naturaleza de la **sociedad** en el momento de su constitución en 1869.

20. Inexistente un concepto de contrato de **sociedad** diferenciado en los ámbitos mercantil y **civil**, históricamente la naturaleza de los "contratos de **sociedad**" y su sumisión a las reglas del derecho común o al de clase, aparecía vinculada a su celebración por mercaderes, sometidos al estatuto del comerciante, para el tráfico en **sociedad** -en este sentido las Ordenanzas de Bilbao de 1737, después de definir la compañía "en términos de Comercio" como contrato o convenio que se hace "a hacer y proseguir juntamente varios negocios, por cuenta, y riesgo común, y de cada uno de los compañeros respectivamente", parte de tal requisito subjetivo y en el Capítulo X de apartado II dispone que "[e]n qualesquiera generos de Compañías deberán proceder de buena fé los Comerciantes en la parte que obligaren ázia los demás compañeros..."; en el IV que "[p]rimeraamente, los Comerciantes que actualmente están en Compañía..."; y en el VI "[t]odos los Comerciantes, que formaren compañía...".

21. Esta regla experimenta un giro con el Código de Sainz de Andino que, tras reputar en derecho comerciantes a " los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se han inscrito en la matrícula de comerciantes y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político", trata de proyectar sobre la naturaleza de la compañía la de la actividad que desarrolla, vinculando su carácter mercantil no a la condición de los sujetos asociados, sino al desarrollo por la misma de "operaciones de comercio" -el art. 264 dispone que "[e]l Contrato de compañía (...) es aplicable á toda especie de operaciones de comercio..." -, lo que en las **sociedades** por acciones, históricamente anómalas, permitía a nobles, militares y, especialmente, clérigos, a quienes estaba prohibido el comercio, desarrollar actividad comercial desde el anonimato, al



disponer el art. 276 que "[l]as compañías anónimas no tienen razón social, ni se designan por los nombres de sus socios, sino por el objeto ú objetos para que se hubiesen formado".

22. La libertad de constitución de **sociedades** por acciones de carácter mercantil proclamada por el Código de 1829 -bien que sujeta a control de legalidad-, fue severamente restringida por la Ley de 28 de enero de 1848 que la limitó al disponer en el art. 1 que "[n]o se podrá constituir ninguna compañía mercantil, cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones, sino en virtud de una ley o de un Real decreto...".

23. Este régimen, que se mantuvo hasta la Ley de 19 de octubre de 1869 -que en el art. 1 dispuso que "desde la publicación de la presente ley se declara libre la creación de Bancos territoriales (...) y demás asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial o de comercio...", y en el segundo párrafo del art. 2 que "[l]as **Sociedades** que legamente no tengan el carácter de mercantiles...podrán adoptar la forma que los asociados crean conveniente establecer en la escritura fundamental"- , era el vigente el 20 de junio de 1869, fecha de constitución de la **SOCIEDAD DE AMIGOS**.

24. En consecuencia, cabe concluir que la **SOCIEDAD DE AMIGOS**, cuyo objeto no era la realización de "operaciones de comercio", en el momento de su constitución, en contra de lo sostenido por la demandada y recurrida, nació como **sociedad civil** por acciones.

2. Naturaleza subjetiva de la **sociedad** a partir de 1889.

25. La naturaleza **civil** de las **sociedades** por acciones no experimentó alteración alguna bajo el régimen de los códigos de Comercio de 1885 y **Civil** de 1889 ya que, pese a la aparente contradicción entre art. 116 del primero - "[e]l contrato de compañía (...) será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código"- , y el 1670 del segundo - "[l]as **sociedades civiles**, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el CCom"- , el art. 1 del CCom establece que "[s]on comerciantes para los efectos de este Código : (...) 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código", y tanto la doctrina como la jurisprudencia admitieron junto a las **sociedades** subjetivamente comerciantes, las "**civiles** con forma mercantil" -aunque no existió unanimidad sobre los criterios a seguir para calificarlas, ya que mientras algunos autores mantenían que dependía del objeto, otros la vinculaban a la "forma" (entendida como el "tipo" social" o estructura interna colectiva, comanditaria o anónima)-; y hay quienes sostenían que lo relevante era el cumplimiento de las "formalidades mercantiles" (escritura e inscripción)-.

26. En todo caso, al tratarse de una **sociedad** externa dirigida a intervenir como tal en el tráfico económico, la **SOCIEDAD DE AMIGOS** bajo el régimen del CCom de 1885 y del CC de 1889 era una **sociedad** subjetivamente **civil** por acciones.

3. Naturaleza objetiva de la **sociedad** a partir de 1889.

27. La ruptura por el art. 1670 del CC de la correlación entre naturaleza de "**civil**" del objeto con el régimen "mercantil" aplicable a la regulación interna de la **sociedad**, dando lugar a las "**sociedades** objetivamente mercantiles", no trascendió al régimen de la **SOCIEDAD DE AMIGOS**, objetiva y subjetivamente **civil** a la entrada en vigor del mismo, a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del mismo Código "[l]os actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas".

4. Los comerciantes por razón de la forma a partir de 1951.

28. El régimen descrito cambia con la LSA de 1951 que, en línea con otros ordenamientos trató de asimilar "comerciante" a "empresario" y asignó carácter mercantil a las **sociedad** por acciones prescindiendo del objeto -entendido como actividad desarrollada- y, después de identificarlas en el art. 1 , centrándose en la estructura interna del capital -[e]n la **sociedad** anónima el capital que estará dividido en acciones se integrará por las aportaciones de los socios quienes no responderán personalmente de las deudas sociales"- , califica las mismas como mercantiles, dando lugar a los llamados "comerciantes por razón de la forma", al disponer en el primer párrafo del art. 3 que "[l]a **sociedad** anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil; y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley ", lo que se mantuvo en el art. 3 del TRLSA de 1989 , y se mantiene en el art. 2 del TRLSC, a cuyo tenor "**las sociedades** de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil".

29. La finalidad declarada en la Exposición de Motivos de "someter a su ámbito todas las **sociedades** anónimas existentes en la fecha de su promulgación", ya que "[r]espeta íntegramente el derecho voluntario encarnado en los estatutos de las **sociedades** anónimas, limitando la aplicación de la Ley a las **sociedades** de nueva creación, sería tanto como suspender indefinidamente la entrada en vigor del nuevo sistema", fue determinante de que la disposición transitoria segunda de la Ley de 1951 dispusiese que "[l]as **Sociedades civiles**, por su objeto



constituídas en forma de **Sociedad** anónima, que en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de publicación de la presente Ley no hubieren cambiado de forma, se considerarán **Sociedades** mercantiles anónimas sometidas a la presente Ley".

30. La aplicación al presente caso de las reglas expuestas es determinante de que la segunda de las conclusiones es que la **SOCIEDAD DE AMIGOS** tiene la consideración de mercantil a partir del 18 de octubre de 1951,

31. Es cierto que el 7 de febrero de 1954 la **SOCIEDAD DE AMIGOS**, pese a la previsión contenida en la Ley de 1951 y pese a mantener la estructura interna de su capital -acciones transmisibles por endoso- los estatutos establecían que se trata de una "**sociedad civil** de participaciones condóminos del edificio", y que esta pretendida naturaleza **civil** se reiteró en la escritura de 18 de diciembre de 2000, pero, como afirma la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1985, "*para eludir aplicación de las reglas mercantiles de las **sociedades** es insuficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la **sociedad civil**, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico*", y esto es lo que ocurre con el precepto que asigna naturaleza mercantil a las **sociedades** por acciones.

5. La irregularidad de la **sociedad** mercantil no inscrita.

32. La necesidad de dotar de seguridad al tráfico mercantil fue determinante de la exigencia de publicidad de las **sociedades** mercantiles -las Ordenanzas de Bilbao disponían, en el Capítulo X ordenanza V, que "[t]odas las personas que actualmente está en Compañía, y en adelante la formaren en esta Villa, serán obligadas a poner en manos del Prior, y Consules de esta Universidad, y Casa de Contratación, un testimonio en relación de las Escrituras, que á cerca de ella otorgaren..." .

33. Tal exigencia se mantuvo en el Código de Sainz de Andino que exigió la inscripción en la sección segunda del registro público y general de comercio provincial "*[d]e las escrituras en que se contrae **sociedad** mercantil, cualquiera que sea su objeto y denominación*".

34. También el art. 3 de la Ley de 19 de octubre de 1869 exigía a los "Gerentes, Administradores ó Directores" de las compañías, además de la presentación de copia autorizada al Gobernador de la provincia para su remisión al Ministerio de Fomento y la publicación en la Gaceta de Madrid y Boletín Oficial de la Provincia respectiva "*el testimonio (...) para la inscripción en el registro público, conforme al art. 22*".

35. Igualmente el art. 119 CCom vigente exige la inscripción cuando se trata de compañías de comercio -*Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos, y condiciones, en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil...*".

36. Tratándose de **sociedades** anónimas el primer párrafo del art. 6 de la Ley de 1951 dispuso que "*[l]a **sociedad** se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Desde este momento la **sociedad** tendrá personalidad jurídica*", lo que sustancialmente se reprodujo en el apartado 1 del art. 7 del texto refundido de 1989 y hoy en el art. 20 de la Ley de **Sociedades** de Capital, a cuyo tenor "*[l]a constitución de las **sociedades** de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil*".

37. Ello dio lugar a la calificación de las **sociedades** anónimas no inscritas en los términos previstos en el art. 16 TRLSA como "irregulares", lo que no supone rechazar el reconocimiento de su personalidad -aunque algunas sentencias, han denegado la personalidad jurídica, al menos en toda su amplitud (en este sentido, sentencias 1066/1999 de 14 de diciembre y 1280/2006, de 19 de diciembre), la sentencia 740/2010, de 24 de noviembre, con cita de otras muchas, reconoce que la personalidad jurídica "*como instrumento eficaz para la organización de las empresas y creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico, ni siquiera queda limitada a los supuestos en los que se ha otorgado escritura pública, de tal forma que del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad*", lo que, en lo que aquí interesa, coincide con la tesis mantenida por la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 14 de febrero de 2001 que, rectificando la mantenida en otras anteriores, sostiene que "*de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las **sociedades** mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica -o, al menos, de cierta personalidad-, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones...*".

6. La personalidad y regularidad de la **sociedad civil** no inscrita.

38. A diferencia de las **sociedades** mercantiles, cuya actividad exigía algún tipo de publicidad por razones de seguridad del tráfico económico, las **sociedades civiles** no requerían su inscripción en registro alguno ni siquiera cuando adoptaban "formas mercantiles" -de ahí que no existiese obstáculo a la inscripción del inmueble a nombre de **SOCIEDAD DE AMIGOS** en el Registro de la Propiedad -.



39. El texto definitivo del Código **Civil** no incorporó el art. 5 del primero de los títulos dedicados a la **sociedad** en el Anteproyecto de 1885-1888 a cuyo tenor "[l]a **sociedad civil** no constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados", de tal forma que de conformidad con lo previsto en el art. 1669 CC "[n]o tendrán personalidad jurídica las **sociedades** cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros" -, cabe concluir a contrario sensu con el reconocimiento de la personalidad de las **sociedades civiles** como consecuencia de la eficacia organizativa del contrato dirigido a crear una entidad destinada a participar como tal en el tráfico jurídico, aunque no se haya inscrito, salvo que las partes decidan que no trascienda al exterior y su existencia se mantenga secreta (en este sentido la sentencia 778/2006, de 14 de julio , afirma que la **sociedad** "ente creado por el contrato, tiene personalidad jurídica, a no ser que no se trate de **sociedad** irregular (art. 1669) caso de la que no trasciende a terceros"), sin necesidad de inscripción.

40. A tal conclusión no se opone que el art. 117 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 admitiese su inscripción, al disponer que "[e]n el libro de **sociedades** se inscribirán: (...) 2º Las **sociedades civiles** que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1670 del CC ", lo que también admitía el 84.1º del de 14 de diciembre de 1956, al permitir la de las **sociedades** que se constituyan "con arreglo a las disposiciones o formas del CCom". -en dicha fecha el art. 16 del CCom se refería a la inscripción de "las **sociedades**" sin otras precisiones-.

41. Tampoco se contenía referencia alguna a la inscripción de **sociedades civiles** con forma mercantil en el art. 81 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre , que, al identificar los sujetos y actos de inscripción obligatoria, en el art. 81 dispone que "[s]erá obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los siguientes sujetos: (...) b) Las **sociedades** mercantiles" ,

42. Finalmente, el Reglamento aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, tampoco se refería a las **sociedades civiles**, lo que fue determinante de que la disposición adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, añadiese un apartado 3 al art. 81 , con el siguiente tenor "[p]odrán también inscribirse las **sociedades civiles**, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil" , y el art. 269 bis cuyo apartado 1 disponía que "[l]as **sociedades civiles** con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubiera adoptado" , no obstante lo cual, habida cuenta de que el art. 16.1 CCom , en la redacción dada al mismo por la Ley 19/1989, de 25 de julio, dispone que "[e]l Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: (...) 2º) Las **sociedades** mercantiles (...) 5º) Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley" , por elementales razones de jerarquía normativa y reserva de Ley fueron anulados por la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Recurso contencioso-administrativo 526/1998).

43. En definitiva, a diferencia de otros ordenamientos, como el francés, en el que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las **sociedades civiles** aparece vinculado a la inscripción de la **sociedad** y hasta que esta se produce rige la regla " il n'y a que des associés point de société" (tan solo existen asociados, no **sociedad**), al disponer el art. 1842 del Código de Napoleón que "Les sociétés (...) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation..." (Las **sociedades** (...) gozan de la personalidad moral a partir de su inscripción)-, al margen de su conveniencia o no, nuestro sistema no exige la inscripción de las **sociedades civiles** en registro alguno y ni el art. 1669 del CC ni el 35 del mismo Código supeditan a la inscripción el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones de interés particular, sean **civiles**, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

TERCERO: PRIMER MOTIVO

1. Enunciado y desarrollo del motivo

44. El primer motivo del recurso se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de la doctrina jurisprudencial configuradora de la naturaleza jurídica de una **sociedad**, cuya finalidad es la de edificar para distribuir los pisos y locales resultantes de su construcción entre los propios socios y que creada válidamente con anterioridad al CC, subsiste en el día de hoy por imperativo de las disposiciones transitorias de dicho CC, y su carácter irregular por no estar inscritas en el Registro Mercantil, así como por las disposiciones por las que se rigen tales clases de **sociedades**.*

45. En su desarrollo la recurrente afirma que, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida, la **SOCIEDAD DE AMIGOS** tiene naturaleza **civil** y no adoptó forma mercantil, por lo que no es de aplicación lo dispuesto en el art. 1670 del CC .

46. En apoyo de lo argumentado transcribe parcialmente las sentencias de esta Sala de 14 de abril de 1989 , 3 de enero de 1992 y 22 de mayo de 1993 y el auto de 28 de octubre de 2002 de la Audiencia Provincial de Granada dictado en la jurisdicción penal.



2. Valoración de la Sala

2.1. La **sociedad** subjetiva o objetivamente mercantil.

47. Como hemos indicado, el régimen interno de la **SOCIEDAD** DE AMIGOS, por razón de la estructura interna adoptada se halla sujeto a la disciplina mercantil y, además, al haber adoptado dentro de las formas societarias mercantiles la de **sociedad** por acciones, subjetivamente tiene carácter mercantil .

2.2. Desestimación del motivo.

48. A lo expuesto, debemos añadir que el motivo aparece construido de forma artificiosa y prescindiendo de lo argumentado por la Audiencia Provincial -que parte de que el objeto de **SOCIEDAD** DE AMIGOS no tiene carácter mercantil, pero sí lo es su estructura-, siendo esta desconexión entre lo razonado en la sentencia recurrida y el motivo lo que explica porqué las sentencias de esta Sala que transcribe no son aplicables para la decisión del caso -ya que ninguna aborda la cuestión litigiosa (régimen de las **sociedades** con objeto **civil** y forma mercantil)- y porqué, como indica la recurrida, no explica la concreta vulneración de la Jurisprudencia cometida por la Audiencia Provincial.

TERCERO: SEGUNDO MOTIVO

1. Enunciado y desarrollo del motivo

49. El segundo motivo del recurso se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de la doctrina jurisprudencial configuradora de la caducidad en materia de impugnación de acuerdos sociales de las **Sociedades civiles** irregulares.*

50. En su desarrollo la recurrente afirma que el art. 1670 CC solo es aplicable a las **sociedades** que adoptan forma colectiva o comanditaria; y que, como **SOCIEDAD** DE AMIGOS no adoptó forma mercantil, a su liquidación deben aplicarse las reglas de la división de la herencia, por lo que la sentencia vulnera los art. 406 , 1708 y 1501 del CC .

51. A ello añade que los acuerdos son contrarios al orden público según surge de lo actuado en las Diligencias Previas 4.512/2003 del Juzgado de Instrucción número 3 de Granada; que los acuerdos no se adoptaron por unanimidad, lo que vulnera los art.s 1059, 1501 y 1708 del CC; y que la documentación entregada fue solo parcial y sin posibilidad de ser examinada.

2. Valoración de la Sala

2.1. La **sociedad civil** con forma mercantil.

52. No le falta razón a la recurrente en cuanto sostiene que el régimen de las **sociedades civiles** con forma mercantil es aplicable a las **sociedades** colectivas y comanditarias -a lo que precisamos comanditarias simples, ya que, a tenor del art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de **Sociedades** de Capital "[s]on **sociedades** de capital la **sociedad** de responsabilidad limitada, la **sociedad** anónima y la **sociedad** comanditaria por acciones" y, según el art. 2 "[l]as **sociedades** de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil"-, pero no cuando sostiene que las **sociedades** por acciones son **civiles**.

2.3. Desestimación del motivo.

53. A lo expuesta cabe añadir que la función nomofiláctica que cumple el recurso de casación no tolera la acumulación de normas heterogéneas y argumentos dispares, lo que acontece en el presente caso en el que no se acierta a identificar si la norma que se denuncia infringida es el art. 1670, o el 1708, o el 406, o el 1051 (aunque en el motivo se refiere al 1501) todos ellos del CC , la regla de la unanimidad (que no precisa si sustenta en el art. 1058 CC o en el régimen contractual) o el derecho de información (que implica aceptar el procedimiento societario).

CUARTO: TERCER MOTIVO

1. Enunciado y desarrollo del motivo

54. El tercer motivo del recurso se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la falta de legitimación activa por no ostentar el 5% del capital social, al no serle de aplicación el art. 143 de la LSA , por tratarse de **sociedades civiles** irregulares que no revisten ninguna de las fórmulas reconocidas por el CCom.*

55. En su desarrollo la recurrente afirma que la doctrina expuesta en el desarrollo de los anteriores motivos es determinante de la inaplicabilidad al caso de lo dispuesto en el art. 143 de la LSA .



2. Desestimación del motivo

56. El motivo debe ser desestimado por las siguientes razones:

1) No indica porqué **SOCIEDAD DE AMIGOS** es **civil** irregular y ya hemos indicado que si por **sociedades** irregulares deben entenderse las que debiendo ser inscritas no lo son, al no ser exigible la de las **sociedades civiles** difícilmente cabe sostener que las mismas tienen carácter irregular.

2) Yerra la recurrente al prescindir totalmente de la perspectiva histórica para afirmar que las **sociedades** por acciones no están reguladas en el CCom, ya que, si bien el Legislador de 1951 optó por la técnica de la Ley especial, a fin de "colmar una de las más acusadas lagunas legislativas que la obra codificadora del siglo XIX dejó en el marco de nuestras leyes mercantiles", las **sociedades** por acciones estaban reguladas en los art.s 276 y siguientes del CCom de 1829 y 151 y siguientes del de 1885 en su redacción inicial, de tal forma que la remisión contenida en el art. 1670 del CC, desde la perspectiva histórica, debe entenderse hecha a las **sociedades** colectivas, a las comanditarias y a las anónimas.

3) La libertad autonormativa de los particulares no es omnímoda y en su momento los socios pudieron optar entre variar la estructura interna de **SOCIEDAD DE AMIGOS** o mantenerla como **sociedad** por acciones, pero no está ni estaba dentro del poder de disposición de los accionistas sustraerse a los contundentes términos de la disposición transitoria segunda de la Ley de 1951.

QUINTO: COSTAS

57. Procede imponer las costas de la casación a la recurrente, de acuerdo con lo previsto en el art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento **Civil**.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Eulogio, representado por el Procurador de los Tribunales don ISACIO CALLEJA GARCÍA, contra la sentencia dictada por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Granada el día dieciséis de enero de dos mil nueve, en el recurso de apelación 529/2008, dimanante del juicio ordinario 610/2004, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granada.

Segundo: Imponemos al recurrente las costas causadas por el recurso de casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.