

La gestión de negocios de la Sociedad Anónima, en proyecto y en constitución *

1. PRELIMINAR

La delimitación temporal del período de Sociedad en constitución presenta dos cuestiones: la determinación del momento inicial y del momento final.

La doctrina jurídica suele entender que la situación de Sociedad en constitución comienza por el otorgamiento de la escritura de constitución y más concretamente con la realización de los desembolsos. Antes de la escritura de constitución, se viene diciendo, existe sólo una Sociedad en proyecto, pero no una Sociedad en constitución.

El esquema que antecede permite que los estudios referentes a la Sociedad en constitución se circunscriban a la normativa de Derecho Mercantil, con alguna referencia al Derecho civil, ya que generalmente en el período de Sociedad en constitución rige el Derecho mercantil, y la penetración del Derecho civil reviste carácter supletorio. Los estudios, como decimos, suelen limitarse a la Sociedad en constitución y no se extienden a la Sociedad en proyecto, que se rige normalmente por el Derecho civil (8).

Este método de trabajo no cuadra con nuestro propósito de comprender en este estudio, no sólo la normativa de Derecho mercantil, sino también las de Derecho civil y de Derecho Registral, desde el inicio de la actividad de los gestores, y por consiguiente, durante am-

(*) Este estudio es ampliación de la conferencia pronunciada por su autor en el Seminario de Derecho Hipotecario de Cataluña el 24 de febrero último.

bos períodos, el de Sociedad en proyecto y el de Sociedad en constitución.

Tampoco nos sirve, por razones prácticas, el título de «Sociedad en proyecto y Sociedad en constitución» con que encabezamos estas líneas. Sin afán innovador, preferimos el de «Sociedad en creación», que, por su mayor brevedad, facilita la fluidez de la exposición, y que tiene suficiente amplitud para abarcar la Sociedad en proyecto y la Sociedad en constitución. El título de Sociedad Anónima en creación no origina, por otra parte, ninguna discrepancia entre el enunciado y el contenido, ya que toda creación humana (inventos, obras literarias o artísticas, etc.) comienza con el inicio del proceso mental dirigido a la creación. Los actos internos no cuentan, sin embargo, para el Derecho, mientras no se exterioricen, por cuya razón el punto de partida de nuestro trabajo será aquel en que los gestores realicen el primer acto o estipulen el primer contrato.

Fijamos el momento final de la situación de Sociedad en creación en la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, en cuyo momento cesa la actividad de los gestores y comienza la de los órganos sociales. No obstante, nos ocuparemos de un acto y una omisión posteriores a la inscripción: la ratificación o aprobación por la Sociedad de la actuación de los gestores, y el transcurso del plazo de tres meses, sin que la misma se produzca, de cuyos acto y omisión dependen los efectos de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación.

Observemos que antes de la inscripción en el Registro Mercantil se haya otorgado o no la escritura pública de constitución, no existe una Sociedad Anónima (art. 6 L. S. A.), sino sólo una Sociedad Anónima en proyecto o una Sociedad Anónima en constitución o, según nuestra terminología, una Sociedad Anónima en creación. La gestión de negocios, desde el inicio de la actividad de los gestores, hasta la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, es, por consiguiente, la gestión de negocios de una persona inexistente, y este postulado proyecta su influjo, de modo decisivo, sobre el ordenamiento jurídico y sobre su interpretación (8.3).

Por lo demás, dejamos fuera de nuestro estudio, de una parte, la fundación sucesiva de la Sociedad Anónima (arts. 9 y 16 y siguientes de la L. S. A.), por estar en desuso; y de otra, los requisitos de la escritura de fundación y de la inscripción (arts. 8, 10, 11, 12, etc., de la L. S. A. y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil) por poseer suficiente entidad para un estudio aparte, que quizás acometamos, si Dios nos depara ganas y facultades.

2. CONCEPTO DE LA GESTION DE NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN CREACION

No define nuestro Derecho positivo la gestión de negocios ajenos. Sin embargo, el Código Civil la describe, al aludir en su artículo 1888, al que se «encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin mandato de éste...». Exige, pues, este precepto dos requisitos en la gestión de negocios ajenos: que el gestor obre voluntariamente y que no exista mandato del dueño del negocio, requisitos que se reducen, en definitiva, a uno sólo, ya que el segundo está comprendido en el primero, porque si el gestor obra obligado por un contrato de mandato, no obra voluntariamente.

La jurisprudencia civil exige otros requisitos, que contribuyen a perfilar el concepto y que estudiaremos en otro epígrafe de este trabajo.

VICENT CHULIÁ (*Revista de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 1977) define la situación jurídica de Sociedad en constitución o en formación, como aquella que se produce como consecuencia de un contrato de Sociedad que, otorgado o no en escritura pública, aún no ha desplegado sus plenos efectos, tanto internos como externos.

Nos proponemos, como hemos anticipado, estudiar la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, y desde este punto de vista, la definición que precede, comprende, por una parte, un exceso, y por otra, un defecto de materia. Lo primero, porque quedan dentro de la definición las sociedades no anónimas. Lo segundo, porque quedan fuera la gestión de negocios y la Sociedad en proyecto.

Se podría definir la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, como aquel cuasi contrato mediante el cual una o varias personas—gestores—se encargan voluntariamente de la agencia o administración de los asuntos de una Sociedad Anónima todavía inexistente, por cuenta de ésta, durante el período comprendido entre el primer acto de agencia o administración y la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil.

3. PRECEPTOS FUNDAMENTALES EN LA REGULACION DE LA MATERIA

Están contenidos en los artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas; 120 del Código de Comercio; 1888, 1892 y 1893, relativos a la gestión de negocios ajenos; 1717, 1725 y 1727, referentes al contrato de mandato, y 1259, a las disposiciones generales de los contratos, todos del Código Civil.

No transcribimos en este capítulo los preceptos de las normativas de los factores y de la Comisión Mercantil, aplicables a la Sociedad Anónima en creación, porque no los creemos fundamentales, sino de rango inferior, por no entrar nunca, en la regulación de la materia, con carácter prioritario, ya que, o no tienen entrada, si los actos de gestión son otorgados por un gestor que no se encargue de la constitución de la Sociedad, o su penetración reviste carácter supletorio, si tales actos han sido otorgados por un gestor que haya asumido dicho encargo. No obstante, los preceptos antes aludidos serán objeto de referencias y comentarios en los epígrafes correspondientes.

El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que «La validez de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la Sociedad dentro del plazo de tres meses. En su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad.» «Los gestores podrán realizar, antes de la inscripción, los actos necesarios para la constitución de la Sociedad, siendo de cuenta de ella los gastos que por esta causa se originen» (10.3.1.1; 10.3.2; 10.4.1.1).

El artículo 120 del Código de Comercio preceptúa que «Los encargados de la gestión social que contravinieran lo dispuesto en el artículo anterior serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la Compañía con quienes hubieren contratado en nombre de la misma» (10.4.1.1).

El artículo 119, al que se refiere el 120 transcrito, establece la obligación de toda Compañía, antes de dar principio a sus operaciones, de hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que deberá presentarse para su inscripción en el Registro Mercantil.

El artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas prescribe que «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para la inscripción de la Sociedad, y responderán solidariamente frente a ella y frente a tercero de la aportación de la cuarta parte del capital suscrito, de la realidad de las aportaciones no dinerarias y de su valoración, de la inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución y de cuantas declaraciones hagan en la escritura fundacional.» «La misma responsabilidad alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado los fundadores» (10.3.2.2).

El artículo 1888 del Código Civil ya ha sido transcrito en la referencia número 2.

El artículo 1717 del Código Civil preceptúa que «Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante.» «En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso de que se trate de cosas propias del mandante.» «Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.»

Según el artículo 1725 del mismo Código, «El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.»

Según el artículo 1727 del mismo Cuerpo legal, «El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato.» «En lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante, sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.»

Según el artículo 1892 del mismo Código: «La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso.»

Según el artículo 1893, también del Código Civil, «Aunque no hubiera ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aprovecha las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.» «La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno» (10.3.1.2.1; 10.3.1.2.2; 10.3.2.5.1; 10.3.2.5.2).

Según el artículo 1259 del mismo Cuerpo legal, «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la Ley su representación legal.» «El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante» (10.5.4).

4. QUIENES SON LOS GESTORES

Lo son, a nuestro juicio: 1.º Los gestores por Derecho civil, a los que se refieren los artículos 1888 a 1893 del Código Civil; 2.º Los gestores a que hace referencia el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anó-

nimas; 3.º Los fundadores; 4.º Los administradores, y 5.º Los que obran por delegación de los anteriores.

Gestores por Derecho civil son los que se encargan voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin mandato de éste (art. 1888 del Código Civil), cuyo mandato, en nuestro caso, no puede existir, por no haberlo podido otorgar una Sociedad todavía inexistente (art. 6 de la L. S. A.) (1 y 9.3). Son los gestores que no encargándose de la constitución de la Sociedad, otorgan actos o contratos en nombre de la misma, generalmente aislados. Su campo de acción se enmarca dentro del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Gestores por el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas son normalmente los que han recibido de otro gestor el encargo de constituir la Sociedad. Sin embargo, parece que la normalidad del supuesto no excluye que puedan obrar espontáneamente, al menos si no ha sido designado aún el gestor de la constitución. Les son propios no sólo los actos y contratos del párrafo 2.º del artículo 7, sino también los del párrafo 1.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

Fundadores son las personas que otorgan la escritura fundacional y asumen todas las acciones (art. 10 L. S. A.). Pueden obrar o no por encargo (10.3.2.2).

Administradores son las personas designadas generalmente por los fundadores, para encargarse de los asuntos de la Sociedad Anónima, como simples gestores antes de la inscripción de la misma en el Registro, y como órgano social, después de la inscripción, pero no antes (artículo 72 L. S. A.) (10.5.6.3).

La actuación de los Administradores, antes de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, queda sujeta, pues, a la ratificación por aquélla, conforme al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuya ratificación es completamente libre para la misma, en el supuesto del párrafo 1.º de dicho artículo. (Vid. Resolución de 24 de febrero de 1970 en 10.5.1.) Si la Sociedad no acepta, no hay inconsecuencia en su rechazo, ni engaño para el tercero que contrató con el nombrado Administrador, como sostiene un autor.

No hay inconsecuencia en la Sociedad, por dos razones: 1.ª Porque el nombramiento de los Administradores, antes de la inscripción de la Sociedad, no lo hace, ni lo puede hacer, ésta, sino los fundadores, que tienen personalidad distinta, y 2.ª Porque no es verosímil que estuviera en el ánimo de los fundadores que los nombrados Administradores actuaran como tales antes de la inscripción de la Sociedad, ya que, como es obvio, una Sociedad inexistente no puede tener órganos socia-

les. A cuyos argumentos aún se podría añadir otro, circunscrito al plano registral: el de que según el artículo 4 del Reglamento del Registro Mercantil «será necesaria la previa inscripción de las facultades de los Administradores, para inscribir los actos y contratos otorgados por los mismos», cuya inscripción no puede practicarse sin la previa inscripción de la Sociedad.

Y no hay engaño para el tercero que contrata con el nombrado Administrador, porque aquél tiene conocimiento de que éste no existe como órgano social, ya que su nombramiento no figura inscrito en el Registro Mercantil (10.5.7.2).

No contradice este punto de vista la Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de junio de 1973. En esta Resolución se declara que el nombramiento y señalamiento de facultades de los Administradores en el acto fundacional, como acto interno, no está sujeto a ratificación, pero no se dice, en manera alguna, que los actos externos de los nombrados Administradores, al contratar con terceras personas, en nombre de la Sociedad, antes de la inscripción de ésta, estén dispensados de ratificación. Por lo demás, es conveniente observar que el nombramiento de Administrador y el señalamiento de sus funciones se había realizado en Junta Universal celebrada en el mismo acto fundacional, con lo cual quedaba cumplida la exigencia del artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El texto literal de la Resolución que comentamos es el siguiente: «Si bien el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, confirmado por el artículo 9 de la misma Ley, indican que hasta el momento de la inscripción en el Registro Mercantil, la Sociedad Anónima no tiene personalidad jurídica, con la consecuencia de que los contratos concluidos en su nombre antes de la inscripción sólo serán válidos si la Sociedad los acepta en plazo de tres meses, ello no obstante, esta norma (artículo 7 L. S. A.), que tiende a evitar que hasta tanto que la Sociedad haya nacido se vea en trance de asumir obligaciones que pueden ser exorbitantes, contraídas por los gestores, a los que por eso se tiene como solidariamente responsables, no parece deba ser extendida a supuestos no comprendidos dentro de la presunción legal, máxime si se trata de un acto del régimen interno de la Sociedad Anónima con señalamiento de las facultades que han de corresponder a uno de los Administradores y en el que el lugar adecuado puede ser la propia escritura de fundación simultánea de la Sociedad Anónima, en la que los socios fundadores, constituidos en Junta Universal, acuerdan ya los nombramientos y funciones que han de corresponder a sus futuros Administradores y que forzosamente han de regularse antes de la inscripción, ya que ésta es la pauta seguida en el mismo artículo 6 de la Ley de Sociedades Anóni-

mas, al señalar como primer escalón la escritura pública en la que se indique el régimen de la Sociedad y después la inscripción en el Registro Mercantil. Pudiendo, pues, tener acceso al Registro Mercantil tal escritura señalando las facultades del Administrador, después de haberse inscrito la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil» (9.2.8, al final).

Disentimos asimismo de que, como afirma un autor, el nombramiento de los Administradores en la escritura fundacional de la Sociedad implique una aceptación anticipada de sus actos de gestión, que haga innecesaria la ratificación posterior, una vez inscrita la Sociedad, porque aparte de que el nombramiento de los Administradores se hace por los fundadores y no por la Sociedad, no es presumible que esté en la voluntad de aquéllos liberar a los Administradores de la necesidad de ratificación por la Sociedad, una vez inscrita, en un período de tiempo—el que media entre la escritura y la inscripción—en el que los propios Administradores están libres de la amenaza de una posible separación del cargo, por acuerdo de la Junta General, que por no existir todavía la Sociedad, no puede celebrarse (art. 75 L. S. A.).

Es ilustrativa al respecto la Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de febrero de 1970, al declarar: «En principio parece que las operaciones de una Sociedad Anónima deben comenzar cuando su proceso constitutivo esté terminado por haberse otorgado la correspondiente escritura pública, habiéndose inscrito además ésta en el Registro Mercantil (art. 6 L. S. A.), si bien es práctica habitual el consignar en las escrituras constitutivas que la Sociedad da comienzo a sus operaciones en el día del otorgamiento de aquéllas.» «La misma Ley, en su artículo 7, ha previsto la existencia de actos o contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, dando validez en todo caso a los actos de los gestores necesarios para la constitución de la Sociedad, subordinando en cambio la de los restantes contratos al doble requisito de la inscripción de aquélla y de la aceptación de tales contratos por la Sociedad, en plazo de tres meses.» Añadiendo en otro considerando que «Del examen de los preceptos citados se deduce que el comienzo de las operaciones sociales goza de completa protección si se realiza con posterioridad a la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, pero que un comienzo anticipado de las mismas no es contrario a los textos legales y alcanza plena eficacia si el proceso constitutivo llega a feliz término y la Sociedad ratifica tales operaciones en término hábil, razones que son suficientes para considerar ajustado a Derecho el citado artículo estatutario, que no hace sino recoger el dato de la fecha efectiva del comienzo de las

operaciones sociales, pero subordinando su eficacia al cumplimiento de los requisitos que fija el artículo 7.»

Las relaciones jurídicas entre los gestores de cualquiera de los cuatro tipos a que hemos hecho referencia y la Sociedad, se enmarcan dentro del cuasi contrato de negocios ajenos.

En cambio, las relaciones jurídicas entre los gestores actuantes y aquellos de quienes recibieron el encargo, quedan enmarcadas dentro del contrato de mandato o comisión mercantil.

Son también gestores, como hemos anticipado, los que obren por delegación de otros gestores, cualquiera que sea el tipo a que pertenezcan. Es necesario, sin embargo, hacer una distinción al respecto, porque los gestores que obren espontáneamente pueden delegar en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, respondiendo de los actos del delegado (art. 1888 del Código Civil), mientras que a los gestores que han recibido el encargo de otro gestor, les es aplicable el artículo 261 del Código de Comercio y no podrán delegar el encargo sin consentimiento de su comitente.

5. NATURALEZA JURIDICA

La doctrina tradicional considera la gestión de negocios ajenos como un cuasi contrato. En esta línea, nuestro Código Civil la incluye dentro del capítulo de los cuasi contratos. Concurren, en efecto, en la gestión de negocios ajenos, todos los requisitos de los cuasi contratos: «Un hecho lícito y puramente voluntario, del que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados» (art. 1887 C. Civil), cuyos requisitos están presentes en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación.

Hoy, sin embargo, la figura del cuasi contrato ha entrado en crisis, como lo demuestra el hecho de que parte de la doctrina sitúa la gestión de negocios fuera de los cuasi contratos y dentro del enriquecimiento sin causa.

No obstante, las diferencias entre ambas instituciones jurídicas son notorias. En la gestión de negocios, la acción de daños y perjuicios requiere que haya culpa o negligencia; pero no que haya enriquecimiento. La acción de enriquecimiento sin causa requiere, en cambio, que haya enriquecimiento, pero no requiere que haya culpa o negligencia.

Observemos al respecto que el artículo 1889 del Código Civil impone al gestor la obligación de «indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestio-

ne»; que la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1956 proclama la autonomía del enriquecimiento injusto frente a los cuasi contratos; que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1958 declara explícitamente que «La acción de enriquecimiento tiene sustantividad propia. La acción aquiliana—continúa—requiere en el provocador un hecho ilícito, culposo o negligente, mientras que la 'condictio' puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe en el provocador»; a lo que añade la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1955 que «la 'condictio' supone siempre en el autor del hecho un incremento de patrimonio, que no es indispensable en la acción aquiliana».

MESSINEO disiente de la concepción que hace del «promotor de una Sociedad Anónima un representante», sobre la base de la gestión de negocios ajenos, puesto que no ha surgido todavía el «dominus», o sea la Sociedad; pero no aduce las razones que se oponen a que se puedan gestionar los negocios de un «dominus» todavía inexistente, siendo así que se cuenta con el precedente del «nasciturus».

Disiente, asimismo, de la teoría del contratante en favor de tercero, porque el promotor—alega—no opera en favor de la Sociedad, sino a fin de que la Sociedad se constituye y nazca. En contra se puede alegar que gestionar la constitución de la Sociedad es operar en favor de la misma, que saldrá enriquecida con la personalidad jurídica que le otorga la Ley (art. 6 L. S. A.) y con los bienes aportados por los fundadores.

Por otra parte, tiene la gestión de negocios notorias afinidades con el mandato y en especial con el mandato tácito. Difieren, sin embargo, en que el mandato es un contrato que se funda en un acuerdo de voluntades, cuyo acuerdo en el mandato tácito se manifiesta tácitamente al celebrarse el contrato, mientras que la gestión de negocios es un cuasi contrato fundado en un simple hecho: el de gestionar los negocios de otro.

«No puede establecerse ninguna ecuación perfecta con el mandato—declara la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1957—, porque el punto origen de la obligación es opuesto: en la gestión de negocios actuar *utiliter* y *diligenter*, y en el mandato la voluntad contractual de las partes.»

Por lo demás, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974, tratando de encasillar la naturaleza jurídica, no ya de la gestión de negocios en general, sino concretamente de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en constitución, pasa revista a las diferentes teorías existentes y declara al respecto que «La doctrina científica general ha venido considerando la figura jurídica que se origina, de muy

diferentes maneras—como gestión de negocios ajenos, sucesión de la Sociedad en los derechos y obligaciones del gestor, representación directa o indirecta, transferencia 'ex lege' del contrato, etc.—, y que lo mejor de la española no tuvo inconveniente en admitir que se trataba de negocios hechos en favor de persona inexistente todavía, no quedando obligada la Sociedad por nacer, sino en el caso de que mediase la ratificación, de acuerdo con el artículo 1892 del Código Civil» (10.4.2.1, número 2; Vid. sentencias del Tribunal Supremo de 28-I-69, en 10.4.1.1., y de 10-X-63, en 10.5.4).

6. FUNDAMENTO

El fundamento jurídico de la gestión de negocios ajenos se encuentra en el beneficio de que este cuasi contrato reporta al titular del negocio, pues a veces, por descuido, por ausencia o por otros motivos lo tiene abandonado y el negocio estaría en trance de perderse si otra persona no lo tomara a su cuidado. El legislador entiende que este beneficio o evitación de un perjuicio, que se consigue con el cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, debe prevalecer sobre el principio de que nadie puede ingerirse en los negocios de otro sin estar autorizado por éste. El mismo fundamento es válido en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, aún no nacida a la vida del Derecho, porque la inexistencia constituye la modalidad más radical de la ausencia, y de ella se deriva la imposibilidad más evidente de atender los propios intereses.

7. HACES DE RELACIONES JURIDICAS QUE SE ORIGINAN EN EL CUASI CONTRATO DE GESTION DE NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN CREACION

Si los gestores obran en nombre de la Sociedad Anónima en creación (1) y media ratificación por ésta en el supuesto del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, o bien inscripción en el Registro Mercantil en el caso del párrafo 2.º, se originan tres haces de relaciones jurídicas: las que ligan a los gestores con la Sociedad; las que ligan a los gestores con los terceros que contrataron con ellos, y las que ligan a la Sociedad con estos terceros.

Si los gestores obran en su propio nombre, se originan dos haces de relaciones jurídicas: las que ligan a los gestores con la Sociedad y las que ligan a los gestores con las personas que contrataron con ellos.

Los mismos grupos de relaciones jurídicas se originan en la gestión de negocios que, por no estar al cuidado de un gestor que se encargue de la constitución de la Sociedad, deba regirse por el Derecho civil.

Cuando el gestor obra en nombre y por cuenta de la Sociedad, la imagen gráfica de las relaciones jurídicas surgidas podría representarse por un triángulo, en cuyos ángulos se colocara a los gestores, a la Sociedad y los terceros con quienes los gestores hubieran contratado, quedando situadas de esta manera en los tres lados: las relaciones de los gestores con la Sociedad, las surgidas entre los gestores y los terceros y las originadas entre los terceros y la Sociedad.

Cuando el gestor obra en su propio nombre y por cuenta de la Sociedad, la imagen de las relaciones jurídicas que surjan podría representarse por un ángulo, en cuyo vértice se situara a los gestores y en los extremos de cuyos lados—si es que en Geometría se puede hablar así—se situara a la Sociedad en un extremo y a las personas que contrataron con el gestor en el otro.

En esta imagen, las relaciones jurídicas entre los gestores y la Sociedad ocuparían un lado, y las surgidas entre los gestores y las personas que contrataron con ellas, el otro.

Finalmente, aún se origina un tercer haz de relaciones jurídicas: las que ligan a los gestores entre sí.

Tratando de encasillar las relaciones jurídicas a las que nos venimos refiriendo, dentro del marco del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, observamos que las relaciones entre los gestores y la Sociedad aparecen reguladas en el párrafo 2.º, que contempla los actos necesarios para la constitución de la Sociedad; y que las relaciones entre los gestores y las personas que con ellos contrataron, entre estas personas y la Sociedad, y las que ligan a los gestores entre sí, son regidas por el párrafo 1.º, que contempla los contratos estipulados en nombre de la Sociedad, no comprendidos en el párrafo 2.º (8.4).

8. ORDEN DE PRELACION DE FUENTES

La realización del acto o la estipulación del contrato, por un gestor que se encargue de constituir la Sociedad, es el detonante que atrae el Derecho mercantil hacia la regulación del acto o contrato. En otro caso, si quien interviene no se encarga de la constitución, el acto o contrato quedará sometido de modo exclusivo al Derecho civil.

La distinción que precede tiene su apoyo en que el artículo 7, al referirse a los gestores, contempla no los gestores en general, sino una

clase especial de gestores: aquellos que se encargan de la constitución de la Sociedad.

De los postulados básicos que preceden se derivan varias consecuencias: 1.^a Que si el gestor de la constitución se encarga de su gestión al otorgarse la escritura fundacional, toda la actividad de los gestores durante el período de Sociedad en proyecto—que se cierra con dicho otorgamiento (1)—se regirá por el Derecho civil, por faltar un gestor de la constitución, y la actividad de los gestores durante el período de Sociedad en constitución (1) se regirá por el Derecho mercantil o por el Derecho civil, según que el gestor actuante sea o no gestor de la constitución. 2.^a Que si el gestor de la constitución se encarga de su gestión al otorgarse el contrato de promesa de Sociedad, la actividad de los gestores antes de este contrato se regirá por el Derecho civil, y la posterior—se esté dentro del período de Sociedad en proyecto o de Sociedad en constitución (1)—se regirá por el Derecho mercantil o por el Derecho civil, según que el gestor actuante lo sea o no de la constitución (1).

Lo normal es que habiendo un gestor que se encargue de la constitución, sea él quien otorgue no sólo los actos y contratos enmarcados dentro del párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino también los comprendidos en el párrafo 1.º del mismo artículo. El supuesto de que intervenga un gestor no encargado de la constitución, sin consentimiento expreso o tácito del gestor encargado, sería ciertamente insólito, aunque los actos o contratos en que interviniera no fueran necesarios para la constitución. Sería además normalmente rechazable, por no cumplirse el requisito del estado de abandono en que deben encontrarse, según la jurisprudencia, los negocios gestionados (9.2.6).

Por otra parte, en los casos en que rija el Derecho mercantil, será aplicable, con carácter supletorio, el Derecho civil, de acuerdo con los artículos 2 y 50 del Código de Comercio.

8.1. Si el acto o contrato se otorga por un gestor que se encargue de la constitución de la Sociedad, el orden de prelación de fuentes será el siguiente: 1.º Artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas (3); 2.º Artículo 120 del Código de Comercio (3); 3.º Normativas de los factores y de la Comisión Mercantil; 4.º Usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y 5.º Normativa del Derecho civil (conforme a los artículos 2 y 50 del Código de Comercio) (9.1 y 9.2).

8.2. Si el acto o contrato se otorga por un gestor que no se encargue de la constitución, regirá de modo exclusivo el Código Civil (9.2).

8.3. La aplicación de las normas jurídicas que preceden plantea tres grupos de problemas, que son adicionales a los de toda interpretación jurídica y que se derivan de los siguientes hechos que concurren en la Sociedad Anónima en creación (1): 1.º La inexistencia de la Sociedad como ente dotado de personalidad jurídica; 2.º La inexistencia de un contrato previo entre la Sociedad y los gestores, y 3.º La falta de delimitación de las operaciones de giro y tráfico de la Sociedad. Los hechos 2.º y 3.º son consecuencia del 1.º, y el 2.º lo es, asimismo, de que jurídicamente sea esencial en la gestión de negocios ajenos la inexistencia de un contrato previo entre el «dominus» y el gestor (9.2.3).

1.º Las normativas de los factores, de la Comisión Mercantil, del mandato civil y de la gestión de negocios civiles dan por supuesta la existencia del principal, del comitente, del mandante y del «dominus», al obrar en su nombre el factor, el comisionista, el mandatario y el gestor respectivamente. En la Sociedad Anónima en creación, en cambio, al obrar el gestor en nombre de la Sociedad, ésta todavía no existe, y esta discordancia provoca importantes dificultades interpretativas, al aplicarlas a la gestión de negocios de la Sociedad (10.3.2.3; 10.3.2.4; 10.3.2.5.1; 10.3.2.5.2). Al aplicar los artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas no se producen tales dificultades, porque estos preceptos contemplan precisamente el supuesto de la gestión de negocios de una Sociedad aún inexistente. Las dificultades de interpretación que plantea el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas no se derivan directamente de la inexistencia de la sociedad, sino de la falta de claridad del precepto, la cual ciertamente dimana de la inexistencia de la Sociedad (10.4.1.1).

2.º Las normativas de los factores, de la Comisión Mercantil y del mandato civil dan por supuesta la existencia de un contrato previo que liga, respectivamente, entre sí al factor y el principal, al comisionista y el comitente y al mandatario y el mandante. En la Sociedad Anónima en creación (1) no existe, ni puede existir en cambio, un contrato previo entre la Sociedad y el gestor, y de esta disparidad se derivan una serie de dificultades interpretativas al aplicar aquellas normativas a la gestión de negocios de la Sociedad en creación (1) (10.3.1.1.3; 10.3.1.1.4; 10.3.1.2.1; 10.3.2.3; 10.3.2.4).

Al aplicar a la Sociedad Anónima en creación la normativa de la gestión de negocios, tanto mercantil como civil, no se origina la discrepancia a que nos referimos, porque los artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas y la normativa de la gestión de negocios civil contemplan precisamente el supuesto de inexistencia de un contrato previo.

3.º La normativa de los factores contiene ciertos preceptos, que sólo son aplicables a las operaciones de giro y tráfico del principal. En la Sociedad Anónima en creación (1), en cambio, no está, ni puede estar, delimitado el giro y tráfico de la Sociedad, lo cual provoca ciertas dificultades en la interpretación de aquella normativa, al tratar de aplicarla a la gestión de negocios de la Sociedad (10.4.1.3; 10.4.2.2).

Esas dificultades no se producen al aplicar las normativas de la Comisión Mercantil, del mandato civil, ni de la gestión de negocios mercantil (arts. 7 y 13 de la L. S. A.) o civil, a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1), porque en aquellas normativas no se contiene la distinción entre las operaciones que caen dentro y las que caen fuera del giro y tráfico. Las dificultades interpretativas a que nos referimos quedan circunscritas, por consiguiente, a la aplicación de la normativa de los factores.

La aplicación de las normativas de los factores y de la Comisión Mercantil, antes que la del Derecho civil, en el caso de que el acto de gestión se otorgue por un gestor que se encargue de la constitución de la Sociedad, tiene su fundamento, aguas arriba, en la analogía y en la relación entre el Derecho mercantil y el Derecho civil.

La analogía entre la gestión de negocios ajenos por una parte, y la actividad de los factores y de los comisionistas por otra, queda patente con sólo considerar que las tres actividades son de gestión de negocios ajenos.

Por lo que respecta a la relación entre el Derecho mercantil y el Derecho civil, se han elaborado dos teorías principales: la de que el Derecho mercantil es, respecto al Derecho civil, un Derecho especial, y la de que es un Derecho excepcional. Si el Derecho mercantil fuera un Derecho excepcional, no sería aplicable la analogía, porque las excepciones no pueden extenderse por analogía. Pero si el Derecho mercantil es un Derecho especial, tal como entiende casi unánimemente la doctrina, nada se opone a que entren en liza por analogía los preceptos de los factores y de la Comisión Mercantil antes que los del Derecho civil.

Hay, además, otra razón que respalda este punto de vista, cual es la «vis atractiva» de los actos mercantiles. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de enero de 1980 declara que «la 'vis atractiva' extiende su campo a las vicisitudes que acompañan los contratos mercantiles, como pueden ser los actos subordinados y complementarios..., que aparecen así sometidos a una unidad de consideración y tratamiento». La declaración que precede, respecto de los actos complementarios y subordinados, creemos que es perfectamente aplicable a los actos preparatorios, como la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1), que es acto preparatorio de la cons-

titución de la Sociedad, contrato notoriamente mercantil, que proyecta este carácter sobre la gestión de negocios que le precede.

Sin embargo, como quiera que la ampliación analógica exige una igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el previsto por el legislador, no serían aplicables por analogía los preceptos referentes a los factores y a la Comisión Mercantil, como supletorios de los artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas y 120 del Código de Comercio, cuando la *ratio legis* de unos y otros preceptos fuera distinta, en cuyo caso regiría el Código Civil antes que los preceptos de los factores y de la Comisión Mercantil (10.3.2.4. Obligación núm. 10).

8.4. Sin perder de vista los haces de relaciones jurídicas que se originan (7) y los postulados básicos que encabezan este epígrafe, no es difícil llegar a las siguientes conclusiones, con las salvedades expuestas:

1.º Si actúa un gestor que se encargue de constituir la Sociedad, las relaciones jurídicas entre la Sociedad y los gestores se regirán, en primer término, por el artículo 7, párrafo 2, y por el artículo 13, en su primera parte, de la Ley de Sociedades Anónimas; en segundo término, por los artículos 281, 282, 288, 289 y 291, referentes a los factores, y por los artículos 244, 245, 247 al final, 248, 249, 252, 255 (párr. 2.º), etcétera, relativos a la Comisión Mercantil, preceptos todos ellos del Código de Comercio; en tercer lugar, por los usos del comercio, y en cuarto lugar, por los artículos 1.888 a 1.893, en los supuestos de este último artículo, entrando como supletoria la normativa del mandato, y por esta última normativa entrando como supletoria la de la gestión de negocios, en el caso del artículo 1.892, todos del Código Civil.

Si el gestor que interviene no se encarga de la constitución de la Sociedad, regirán de modo exclusivo los preceptos del Código Civil, en los términos expresados (10.3.1.2.1; 10.3.1.2.2; 10.3.2.5.1; 10.3.2.5.2).

2.º En las relaciones jurídicas entre los gestores y las personas con quienes hubieren contratado es obligado hacer la misma distinción. Si actúa un gestor que lo sea de la constitución de la Sociedad, dichas relaciones jurídicas se regirán: en primer término, por el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, por el artículo 120 del Código de Comercio y por el artículo 13 de la citada Ley de Sociedades Anónimas en su segunda parte; en segundo término, por los artículos 287, relativo a los factores, y 246 y 247, referentes a la Comisión Mercantil, y otros preceptos de las mismas normativas, artículos todos ellos del Código de Comercio; en tercer lugar, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, finalmente, por los artículos 1.717, 1.725 y 1.727 del Código Civil.

En cambio, si el gestor no es gestor de la constitución, regirán de modo exclusivo los preceptos del Código Civil, a los que acabamos de hacer referencia, aparte de las normas generales de la contratación civil (10.4.1 y 10.4.2) (3).

3.º Las relaciones jurídicas entre la Sociedad y las personas que hubieren contratado con los gestores, se regirán, en el caso de que éstos hayan asumido el encargo de su constitución, en primer lugar, por el párrafo 1.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas; en segundo lugar, por los artículos 247 y 285 del Código Civil, referentes, respectivamente, a los factores y a la Comisión Mercantil; en tercer lugar, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, finalmente, por los artículos 1.725 y 1.727 del Código Civil, relativos al contrato de mandato, y por el artículo 1.259 del mismo Código, contenido dentro de las disposiciones generales de los contratos.

Si el gestor actuante no ha asumido el encargo de constituir la Sociedad regirá de modo exclusivo el Código Civil, y dentro de él, los preceptos de que se acaba de hacer mención (10.5) (3).

4.º Las relaciones jurídicas de los gestores entre sí, si hay más de uno, se regirán, en el caso de que se encarguen de la constitución de la Sociedad, en primer término, por los artículos 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, y por el artículo 120 del Código de Comercio; en segundo término, por los usos del comercio, ya que el Código no contiene ninguna referencia a las relaciones jurídicas entre los distintos comisionistas o factores, y, finalmente, por los artículos 1.890, párrafo 2.º, y 1.145 del Código Civil.

En el supuesto de que los gestores no se encarguen de la constitución de la Sociedad, las relaciones jurídicas entre ellos se regirán exclusivamente por el Derecho civil, a través de los preceptos a los que se acaba de hacer referencia (10.5.8).

8.5. Antes de cerrar este capítulo creemos oportuno formular las precisiones que siguen, aun a sabiendas de que algunas son discutibles y respetando, como siempre, las opiniones contrarias:

A) Parece que los gestores, que en nombre de la Sociedad en creación realizaron actos o estipularon contratos necesarios para la constitución de la misma, dentro del marco del párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, asumen frente a las personas con quienes contrataron la responsabilidad solidaria establecida en el párrafo 1.º del mismo artículo, siempre que tales actos o contratos no hayan sido aún ejecutados. Esta responsabilidad se extinguirá en el mismo momento en que la Sociedad sea inscrita. El fundamento de que en ese punto con-

creto sea aplicable el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas a los actos y contratos comprendidos dentro del párrafo 2.º del mismo artículo, se halla en que la *ratio legis* que respalda la aplicación es la misma en uno y otro precepto. Por otra parte, el fundamento de que la responsabilidad solidaria de los gestores por los actos y contratos comprendidos dentro del párrafo 2.º del artículo 7, sólo dure hasta el momento de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, a diferencia de la responsabilidad solidaria de los gestores por los actos y contratos comprendidos dentro del párrafo 1.º del mismo artículo, que dura hasta la ratificación por la Sociedad, se halla en que el desplazamiento de la responsabilidad hacia la Sociedad se produce en distintos momentos: en el de la inscripción en el Registro Mercantil (*vid.* RDG 24-2-1970 en 4), en el primer caso, y en el de la ratificación, en el segundo.

B) Parece que los actos con finalidad constitutiva, pero no necesarios para la constitución de la Sociedad, deben regirse por el párrafo 1.º del artículo 7, no sólo por lo que respecta a la responsabilidad de los gestores frente a las personas con quienes hubieran contratado, sino también en cuanto a la necesidad de que sean ratificados por la Sociedad para que ésta los asuma, siempre que sean otorgados en su nombre y aún no hayan sido ejecutados. Este punto de vista se funda en que los actos constitutivos no necesarios para la constitución quedan fuera del párrafo 2.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, y parece que, por analogía, deben regirse por el párrafo 1.º

C) Los preceptos de los factores, de la Comisión Mercantil y del Código Civil pueden aplicarse dentro o fuera del marco del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas. En este sentido, si en los contratos comprendidos en el párrafo 1.º, el gestor obra en su propio nombre serán aplicables los artículos 246 del Código de Comercio y 1.717 del Código Civil, aunque el artículo 7, párrafo 1.º, exija que aquél obre en nombre de la Sociedad.

9. REQUISITOS

Hay que distinguir entre los exigidos por el Derecho mercantil y por el Derecho civil.

9.1. EN DERECHO MERCANTIL

Para que sea aplicable el párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas deberán concurrir, según la doctrina, los siguién-

tes requisitos: 1.º, que el gestor actuante se encargue de la constitución de la Sociedad; 2.º, que el acto sea necesario para la constitución de la Sociedad, y 3.º, que el gestor obre por cuenta de la Sociedad, pudiendo hacerlo en nombre de la misma o bien en nombre propio. La ley, además, da por supuesto que si se trata de pago de gastos, el acto o contrato que los ha producido esté ejecutado.

Para que sea aplicable el párrafo 1.º del mismo artículo se exige: 1.º, que el gestor se encargue de la constitución de la Sociedad; 2.º, que el contrato no sea necesario para la constitución, y 3.º, que el gestor obre en nombre de la Sociedad. Además la Ley da por supuesto que el contrato esté estipulado, pero no ejecutado.

Para que sea aplicable la normativa del factor y de la Comisión Mercantil, sólo será necesario que el gestor se encargue de la constitución de la Sociedad y que obre por cuenta de la misma, pudiendo hacerlo en su propio nombre o en nombre de la Sociedad (8.1 y 8.3).

9.2. EN DERECHO CIVIL

Para que sea aplicable el Derecho civil, además de la concurrencia de los requisitos, que se expondrán a continuación, se requiere que el gestor actúe por cuenta de la Sociedad, porque si obrara por su propia cuenta tampoco existiría gestión de negocios, pudiendo actuar el gestor en nombre propio o en nombre de la Sociedad en creación (1) y que no se encargue de la constitución.

Además, la jurisprudencia civil exige los siguientes requisitos:

9.2.1. 1.º El negocio gestionado tiene que ser ajeno (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1957) porque la obligación nacida *ex negotio gesto* se funda no en el consentimiento presunto, sino sobre el hecho de gestionar negocios de otro (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1957).

El supuesto sobre que descansa el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas es el de que se gestionen negocios ajenos, como son los de la Sociedad Anónima en creación, en la que ciertamente se pueden integrar los gestores; pero siempre quedarán separadas la personalidad jurídica de la Sociedad y la de los gestores.

9.2.2. 2.º La gestión tiene que realizarse por cuenta del beneficiario y con ánimo de vincularle (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1957).

En el caso del artículo 7, el beneficiario es la Sociedad en creación.

9.2.3. 3.º El gestor debe obrar espontáneamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954), voluntariamente y sin nin-

guna obligación (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1957 y 26 de abril de 1956). La gestión de negocios requiere la voluntad oficiosa del gestor (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1929), no el consentimiento del dueño. La intervención del gestor en la esfera negocial ajena es esencialmente voluntaria (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1946). La actuación del gestor no sería voluntaria si estuviera obligado a intervenir por un precepto legal o por un contrato de mandato. Es característica de la gestión de negocios ajenos que los actos que se realizan con esta finalidad lo sean sin mandato (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954) (2).

Cierto que los gestores de la Sociedad Anónima en creación actúan en ocasiones por delegación de otros gestores a los que están ligados por un contrato de mandato; pero lo que proscribe la jurisprudencia que transcribimos es sólo que actúen por mandato del *dominus* (en nuestro caso, la Sociedad). Por otra parte, en ningún precepto legal se les obliga a intervenir en la constitución o en los negocios de la Sociedad (9.2.4).

9.2.4. 4.º El negocio gestionado tiene que ser tal que no se exija por la ley que lo concluya un determinado sujeto.

Ni en el artículo 7 ni en ningún otro precepto se contiene tal exigencia.

9.2.5. 5.º El gestor de negocios ajenos debe obrar sin oposición del beneficiario (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954), no requiriéndose su consentimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1929), debiendo obrar el gestor incluso sin conocimiento del beneficiario y sin oposición expresa o tácita del mismo (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954).

Cúmplense estos requisitos en el gestor de la Sociedad Anónima en creación, porque al actuar aquél, la Sociedad todavía no está inscrita en el Registro Mercantil y, en consecuencia, carece de existencia legal, por lo cual no ha podido oponerse, consentir ni conocer.

9.2.6. 6.º Es indispensable que exista un abandono o falta de representación del dueño (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1932). Los bienes tienen que estar de hecho abandonados (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954). Para que tal cuasi contrato surja, se requiere que el objeto del mismo se encuentre en la realidad abandonado bien por ausencia o negligencia, o bien por enfermedad o incapacidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1956). Sin embargo, en Sentencia de 19 de diciembre de 1916 —fecha en la que no estaba todavía bien perfilada la institución en la doctrina—había declarado el Tribunal Supremo que «no es necesario el abandono de los bienes para que exista el cuasi contrato de gestión de

negocios, cuando es visto que ni en el artículo 1.888 ni en los siguientes se exige aquel abandono», doctrina superada posteriormente en las sentencias parcialmente transcritas.

Para formar juicio respecto de si el requisito del abandono se cumple en el supuesto del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, debemos enfocar el problema desde el punto de mira de siempre: el de que al actuar los gestores por cuenta de la Sociedad, ésta todavía no existe y, por consiguiente, no puede haber conferido su representación, ni estar presente, ni capacitada, ni ser diligente, por lo cual sus intereses tienen que estar abandonados.

9.2.7. 7.º Es necesario, según la doctrina tradicional, que el gestor tenga intención de gestionar negocios ajenos (*animus aliena negotia gerendi*), cuyo requisito excluye la gestión realizada por error con ánimo de lucro (*animus praedandi*) o con ánimo de liberalidad (*animus donandi*).

9.2.7.1. Si el gestor actúa como tal con error, por creer que el negocio es ajeno y es propio, no existe gestión de negocios por faltar el *animus aliena negotia gerendi* y no poderse decir que el gestor haya entrado voluntariamente en la gestión de los negocios de otro. En realidad sería injusto someterle a las severas obligaciones del gestor, excepto si su error no fuera disculpable (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1926).

En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación no cabe el error al que nos referimos, y menos el error disculpable, porque el gestor es consciente, en su actividad constitutiva, de que actúa para constituir un ente con personalidad jurídica distinta de la propia (artículo 7, párrafo 2.º), y en su actividad no constitutiva, de que actúa en nombre de la Sociedad y no en su propio nombre (art. 7, párrafo 1.º).

9.2.7.2. Si el gestor actúa con ánimo de liberalidad, no adquiere derechos, pero hay gestión de negocios. El ánimo de liberalidad puede existir en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en constitución, aunque ciertamente no sea lo normal.

9.2.7.3. El requisito negativo o impedimento de la falta de ánimo de lucro presenta una mayor complejidad. Al abordar su estudio, nos encontramos de entrada con el siguiente planteamiento: por una parte, la doctrina y la jurisprudencia civil exigen que el gestor no obre con ánimo de lucro y, por otra, lo normal en la gestión de la Sociedad Anónima en creación, así como en la vida mercantil en general, es la codicia y el espíritu de lucro. Parece, pues, a primera vista, que al faltar uno de los requisitos exigidos por el Derecho civil, debe quedar excluida

la aplicación supletoria de su normativa en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1).

Sin embargo, la argumentación que precede es más especiosa que consistente, porque lo que la doctrina y la jurisprudencia civil exigen en el gestor es la falta de un ánimo de lucro especial, el que mira al beneficio del gestor a costa del dueño, no el que se consigue a través del dueño. El lucro obtenido a costa de posponer el interés del dueño al interés del gestor es ilícito, porque ilícita es la finalidad perseguida y puede incluso constituir un delito.

Se opone ese ánimo de lucro ilícito a la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1956, entre otras, que exige guíe al gestor un fin lícito, y a la Sentencia de 28 de diciembre de 1908, que con precisa concisión resume la doctrina del lucro ilícito, después recogida por sentencias posteriores, al reprobar los móviles de lucro «extraños a la diligencia de un buen padre de familia».

Si el Derecho proscribe el ánimo de lucro en contra del interés del dueño es porque se opone al *animus aliena gerendi* y a la *contemplatio dominus*, conforme a los cuales el gestor debe obrar con ánimo de gestionar los negocios ajenos y no los propios.

En relación con ese punto de vista, se halla la postura de quienes prescinden en la gestión de negocios de todo requisito intencional y atienden sólo a requisitos de tipo objetivo, porque del ánimo del gestor —argumentan— no deben depender las acciones del dueño ni del tercero, llegando algún autor al extremo de conceder al gestor la acción contraria contra el dueño, cualquiera que haya sido el ánimo del primero.

En línea con esta postura se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1908, que declara no ser indispensable la voluntad intencional del gestor, y la de 27 de abril de 1945, en la que se admite que «en el proceso histórico de la gestión de negocios sin mandato adquiere auge el parecer de quienes, prescindiendo del elemento subjetivo, aplican el tratamiento y los efectos propios de la gestión oficiosa con criterio objetivo a la mera actuación sin mandato en negocio ajeno».

No obstante, con posterioridad a la última sentencia, el Tribunal Supremo ha seguido manteniéndose firme en la doctrina jurisprudencial sentada anteriormente, en Sentencias de 28 de diciembre de 1908 y 15 de junio de 1925, y continuada en las de 2 de febrero de 1954 y 26 de abril de 1956, para las cuales todo depende del elemento intencional.

Que existe un ánimo de lucro lícito, cual es el que se obtiene sin perjudicar al dueño, es la conclusión a que se llega a través del artículo 116 del Código de Comercio, "a cuyo tenor: «El contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común

bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil...».

Pero indirectamente, se llega a la misma conclusión, a través de las dos premisas siguientes: 1.^a, que los actos de los gestores encaminados a la constitución de una Sociedad Anónima, son actos de comercio, y 2.^a, que el ánimo de lucro es característico de los actos de comercio.

1.º Que los actos de los gestores encaminados a la constitución de una Sociedad Anónima son actos de comercio resulta: A) Del artículo 2 del Código de Comercio, que al disponer que sean «reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga», abre la posibilidad de considerar actos de comercio a los cuasi contratos. B) Del artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, que al exigir escritura pública e inscripción para que la Sociedad Anónima tenga personalidad jurídica, viene a atribuir el rango de actos de comercio a ambos actos, por estar comprendidos dentro del artículo 119 del Código de Comercio, concordante con el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas. C) Del hecho de que los actos de los gestores sean preparatorios de la constitución de la Sociedad, ya que por su naturaleza accesoria, auxiliar o subordinada respecto de la constitución participan de la naturaleza del acto principal. D) Y con referencia a los actos y contratos no constitutivos, comprendidos en el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, su naturaleza de actos de comercio es deducible del hecho de que en la Sociedad Anónima el ejercicio del comercio absorbe toda su vida, por cuya razón prácticamente toda la actividad de la Sociedad Anónima está constituida por una sucesión de actos de comercio, y de que en los mismos el gestor actúa en nombre de la Sociedad.

2.º Que el ánimo de lucro es característico de los actos de comercio constituye una declaración reiterada de la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1907, 8 de octubre de 1929 y 16 de febrero de 1933, entre otras).

9.2.8. 8.º La gestión de negocios puede actuar sobre bienes que están fuera del patrimonio del beneficiario y sobre los que están dentro. Sobre los que están fuera para hacérselos adquirir, y sobre los que están dentro para conseguir a su favor alguna ventaja o evitarle algún perjuicio.

La misma alternativa se presenta en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación. En efecto, los actos constitutivos contemplados en el párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas tienen por objeto hacer adquirir a la Sociedad, además de la personalidad jurídica (art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas), los bienes ajenos en que consisten las aportaciones de los fundadores. Y en

cuanto a los contratos comprendidos en el párrafo 1.º del mismo artículo 7, los gestores pueden actuar en ambas direcciones: para hacer adquirir a la Sociedad bienes que están fuera de su patrimonio y para proteger los que están dentro. Ciertamente que al actuar los gestores, la Sociedad, por carecer aún de personalidad jurídica, no puede tener propiedades, pero no es menos cierto que puede ser titular de contratos pendientes de ratificación, de acuerdo con el párrafo 1.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, o con los artículos 1.259 y 1.727, párrafo 2.º, del Código Civil, cuyos contratos no por estar pendientes de ratificación son inexistentes, sino que están en fase de suspensión, conforme a las Sentencias de 7 de julio de 1944, 29 de enero de 1945, 10 de octubre de 1963 y 14 de junio de 1974, y constituyen, si son adquisitivos de bienes, una propiedad potencial, cuya defensa incumbe a los gestores (5; 10.5.4).

Por excepción, quedan fuera de esta alternativa, por no ser patrimoniales, los actos internos de la Sociedad, como el nombramiento y señalamiento de facultades de los Administradores en el período de Sociedad en constitución, declarado válido e inscribible por Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de junio de 1973 (*vid.* esa resolución en 4).

10. EFECTOS

Al abordar el estudio de los efectos de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1) es conveniente recordar las proposiciones básicas, ya esbozadas con anterioridad (8), en orden a la prelación de fuentes:

1.ª Que sólo cuando los actos o contratos son otorgados por un gestor que se encargue de la constitución de la Sociedad entrará en vigor la normativa de Derecho mercantil. 2.ª Que si los actos o contratos son otorgados por un gestor que no lo sea de la constitución, será aplicable exclusivamente la normativa de Derecho civil. 3.ª Que aun en el caso de que sea aplicable el Derecho mercantil, regirá con carácter supletorio el Derecho civil, conforme a los artículos 2 y 50 del Código de Comercio.

Los efectos que produce la gestión de negocios que estudiamos pueden ser internos o externos. Los primeros se producen en las relaciones entre la Sociedad y los gestores. Los segundos, en las relaciones entre los gestores y las personas con quienes contraten y entre éstas y la Sociedad.

Antes de entrar en la exposición pormenorizada de los efectos de

referencia estimamos pertinente, a manera de pauta de lo que sigue, ofrecer en síntesis una visión de los más importantes, mediante el siguiente esquema:

10.1. SEGÚN EL DERECHO MERCANTIL (ART. 7 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS)

Relaciones internas

La Sociedad, por el solo hecho de su inscripción en el Registro Mercantil, asume la obligación de abonar a los gestores los gastos necesarios que hubieran hecho para la constitución de aquélla, sin necesidad de que los apruebe (art. 7, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) (10.3.1.1.1 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de febrero de 1970, en referencia 4).

En cambio, respecto de los actos y contratos enmarcados dentro del párrafo 1.º del mismo artículo 7, la Sociedad sólo asume la obligación de pago de gastos cuando apruebe la gestión (art. 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas), cuya doctrina coincide, en este punto concreto, con la sentada en los artículos 1.892 y 1.893, párrafo 1.º, del Código Civil, que examinaremos seguidamente (10.2).

El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas no regula las obligaciones de los gestores ante la Sociedad, con lo que permite la penetración de las normativas supletorias.

Relaciones externas

Seguimos en la materia la doctrina sentada por la jurisprudencia, aunque no la compartamos.

Los gestores responden personalmente, frente a las personas con quienes contraten en nombre de la Sociedad, del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Los terceros que contraten con los gestores quedan vinculados. La asunción por la Sociedad de los efectos del contrato sólo se produce si aquélla los ratifica. La ratificación exonera de responsabilidad a los gestores y convierte la vinculación de los terceros en obligación exigible. El transcurso de tres meses, a partir de la inscripción de la Sociedad, sin que ésta ratifique el contrato, confiere al tercero el derecho de reclamar de los gestores el cumplimiento de aquél o de dejarlo sin efecto, con indemnización de daños y perjuicios. Desde que la obligación es exigible, hasta la inscripción de la Sociedad, podrán también los terceros exigir el cumplimiento del contrato a los gestores (artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) (10.4.1.1; 10.4.2.1; 10.5.1).

10.2. SEGÚN EL DERECHO CIVIL

Relaciones internas

Si la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultare provecho alguno, la Sociedad quedará obligada a abonar a los gestores los gastos necesarios y útiles, sin necesidad de que apruebe la gestión (art. 1.893, párrafo 2.º) (10.3.1.2.2).

Fuera de este caso, sólo mediante la aprobación expresa o tácita, contrae la Sociedad la obligación de abonar los gastos, cuya obligación comprende sólo los gastos necesarios, si hay aprobación, conforme al artículo 1.892, y los gastos necesarios y útiles, en los casos del artículo 1.893 (10.3.1.2.1; 10.3.1.2.2).

Relaciones externas

Los contratos que los gestores otorguen con los terceros, en nombre de la Sociedad, no son tales contratos, sino ofertas de contrato que formula el tercero. De lo cual y de otras razones se deriva: que el gestor no responde de las obligaciones contractuales frente al tercero, que éste no queda vinculado y que para la perfección del contrato y consiguiente asunción de sus efectos por la Sociedad es necesario que ésta lo ratifique (artículos 1.259 y 1.727, párrafo 2.º, del Código Civil) (10.4.1.5; 10.4.2.4; 10.5.4).

Si el gestor obra en su propio nombre al contratar con el tercero, queda obligado frente a éste, como si el negocio fuera personal suyo, y la ratificación por la Sociedad sólo produce efectos en las relaciones internas (art. 1.717 del Código Civil) (10.4.1.5; 10.4.2.4).

Omitimos toda referencia a las relaciones jurídicas derivadas de las normativas de los factores y de la Comisión Mercantil para no alargar este resumen, y porque tales normativas nunca se aplican con carácter prioritario, sino supletorio, y sólo cuando quien contrata es gestor de la constitución. Este es un resumen que por serlo tampoco hacemos extensivo a la normativa de los fundadores (art. 13 de la Ley de Sociedades Anónimas) (10.3.2.2).

10.3. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA SOCIEDAD Y LOS GESTORES

Corresponden a los efectos internos de la gestión de negocios objeto de nuestro estudio.

Se rigen, si actúa un gestor que se encargue de constituir la Sociedad, por el artículo 7, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas; el artículo 13 de la misma ley; la normativa de los factores y de la Comisión Mercantil; los usos mercantiles, y, finalmente, la normativa del Código Civil referente a la gestión de negocios y al contrato de mandato, por este orden si la gestión se aprueba según el artículo 1.893, y por el orden inverso si se aprueba según el artículo 1.892.

En cambio, si actúa un gestor que no se encargue de la constitución regirá, en primer lugar, la normativa de la gestión de negocios, y después, la del mandato, en los supuestos del artículo 1.893, y por el orden inverso, en el supuesto del artículo 1.892, normativas que se aplicarán con exclusión de todo precepto de Derecho mercantil.

10.3.1. *Obligaciones a cargo de la Sociedad respecto de los gestores*

10.3.1.1. *Normativa de Derecho mercantil*

10.3.1.1.1. El párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a la Sociedad la obligación de abonar a los gestores los gastos necesarios hechos en la constitución de aquella.

La obligación a cargo de la Sociedad de abonar a los gestores los gastos necesarios—a diferencia de lo que ocurre conforme al párrafo 1.º del mismo artículo 7 y al Código Civil—se origina *ipso iure*, por el solo hecho de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, sin necesidad de que medie aprobación. La adquisición por la Sociedad de personalidad jurídica y de las aportaciones respaldan la figura de la gestión útil, en la que se apoya el nacimiento automático de la obligación (*vid.* Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de febrero de 1970, en referencia 4).

En cambio, para que la Sociedad quede obligada al pago de los gastos no necesarios hechos en la constitución—útiles o no útiles—, se requiere que la propia Sociedad los apruebe, de acuerdo con el párrafo 1.º del mismo artículo 7, que parece ser llamado a regir la materia.

En la ley no se contiene una definición ni una enumeración de los gastos necesarios. Ante esta laguna legal, la doctrina ha propuesto dos teorías: una amplia y otra restrictiva. La teoría restrictiva considera que sólo son gastos necesarios los contemplados en el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas. Lo son, al decir de sus partidarios, los gastos de la escritura de constitución, los de inscripción en el Registro Mercantil y además los del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (sin cuyo previo pago no podría practicarse la inscripción). A cuyos gastos podrían añadirse los de redacción de los Estatutos sociales. Los demás gastos no

serían necesarios. La teoría amplia considera que hay otros gastos también necesarios, incluso algunos de los originados no en la constitución de la Sociedad propiamente dicha, sino en la creación de la empresa subyacente, por los contratos cuya finalidad es económica y no jurídica, del párrafo 1.º, artículo 7, de la ley.

La distinción entre gastos necesarios y útiles es con frecuencia difícil. Desde el Derecho romano han venido considerándose gastos necesarios «aquellos sin los cuales la cosa hubiera perecido, se hubiera deteriorado o hubiera disminuido su producción». Los gastos útiles son asimilados a las mejoras en el texto, que dice: «Son impensas útiles las que mejoran la dote y que si no se hicieran no padecería deterioro» (*Digesto*, Ley 79, tít. XVI, libro 50). Esta identificación entre gasto útil y mejora es recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1893, al declarar gasto útil la conversión de una tierra de secano en regadío. Ese criterio distintivo inspira toda la doctrina posterior.

Una cosa es la Sociedad Anónima y otra la empresa mercantil subyacente, encargada de realizar el objeto social. Tanto en el párrafo 2.º como en el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, se comprenden actos y contratos. Los primeros pueden ser negocios jurídicos o simples actos materiales. Con ellos, con los actos y contratos, se pueden formar dos grupos, en atención al fin perseguido: los encaminados a constituir la Sociedad y aquellos cuya finalidad es dotar de medios a la empresa. Los primeros persiguen un fin jurídico; los segundos, económico. Y aun dentro del primer grupo cabe distinguir entre los actos y contratos necesarios y no necesarios para la constitución. Los necesarios se enmarcan dentro del párrafo 2.º; los no necesarios y los de finalidad económica, dentro del párrafo 1.º, ambos del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Dichos actos y contratos, unos y otros, originan gastos que pueden ser necesarios, útiles o ninguna de estas cosas. El supuesto contemplado en los textos del *Digesto* y en la doctrina que en ellos se inspira es el de gastos hechos en una cosa preexistente para conservarla o mejorarla, cuyo supuesto es, en cierta manera, inverso al que ofrece la gestión de la Sociedad Anónima en gestación, en el que por no haber nada preexistente, no hay nada que conservar, sino que crear: una Sociedad Anónima y una empresa mercantil.

Sin embargo, entre ambos supuestos existe cierto paralelismo, que nos puede proporcionar alguna luz, al tratar de distinguir los gastos necesarios de los gastos útiles. Y así, tomando por base los textos del *Digesto* y la doctrina que le sigue, podemos considerar gastos necesarios aquellos sin los cuales la Sociedad Anónima no existiría o la empresa

mercantil no podría funcionar, y gastos útiles, aquellos que no siendo indispensables para la constitución de la Sociedad o para el funcionamiento de la empresa mejoran una u otra.

Ahora bien, en el supuesto de gastos hechos en una cosa preexistente, se dispone de dos elementos o situaciones de hecho para calificar si un gasto determinado es necesario, útil o ninguna de estas cosas: el estado de la cosa antes y después del gasto. En cambio, en el supuesto de gastos hechos en la constitución de la Sociedad Anónima de la Empresa subyacente, se dispone para la calificación del gasto de una sola situación de hecho: el estado de la Sociedad y de la Empresa, tal como han quedado constituidas por razón de los gastos realizados. Y a esta situación de hecho hay que referir el juicio sobre la naturaleza del gasto, considerando gastos necesarios aquellos sin los cuales la Sociedad o la Empresa no hubieran quedado constituidas con todos sus caracteres y elementos esenciales (denominación, objeto social, cifra del capital social, clase, número y valor nominal de las acciones, órgano representativo, etcétera, respecto de la Sociedad); y gastos útiles, los realizados para conseguir caracteres o elementos accidentales que supongan alguna utilidad.

En definitiva, la calificación de los gastos no debe hacerse con referencia a una Sociedad o Empresa cualquiera, en general, sino a la Sociedad o Empresa creadas.

Con objeto de lograr la necesaria unidad en la exposición de la materia de gastos, nos referimos aquí no sólo a los gastos necesarios únicos contemplados en el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino también a los gastos útiles a los que hace referencia el artículo 1.893 del Código Civil (10.3.1.2.2).

El legislador se pronuncia respecto de los gastos con finalidad constitutiva, al disponer en el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas que: «La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Desde este momento, la Sociedad tendrá personalidad jurídica». Sin embargo, este pronunciamiento es meramente parcial, porque del artículo transcrito, en relación con el artículo 7, párrafo 2.º, de la misma ley, sólo cabe deducir que son gastos necesarios para la constitución de la Sociedad los de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, pero no que no haya otros gastos necesarios. No debe omitirse, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1967, que incluye entre los gastos necesarios para la constitución de la Sociedad Anónima no sólo las minutas del Notario autorizante de la escritura y del Registro Mercantil, sino también los honorarios de los Letrados que hicieron la minuta de la escritura y de los Estatutos, lo cual tiene su justificación en que si bien la redacción en la Notaría de tales minutas hubiera permitido pres-

cindir de los Letrados, es obvio que sin ella, la Sociedad no hubiera quedando constituida con las mismas características esenciales.

Otros gastos por actos o contratos, dentro del artículo 7, párrafos 1.º o 2.º, pueden ser:

En la constitución de la Sociedad, los originados con objeto de obtener información jurídica sobre conveniencia o no de constituir una Sociedad para la explotación del negocio, tipo de Sociedad más conveniente, modelo de órganos administrativos más aconsejable, autorizaciones administrativas, cuestiones fiscales, etc., y los actos y contratos encaminados a asegurar la constitución de la Sociedad, como el contrato preliminar de promesa de contrato de Sociedad que los gestores celebren con los futuros aportantes, con objeto de asegurar la efectividad de las aportaciones (cuyo incumplimiento apoya una indemnización de daños y perjuicios).

Y en la creación y organización de la Empresa mercantil, los gastos originados para obtener información económica sobre el negocio que tiene que constituir el objeto social (como precios de las materias primas, costes de producción de las elaboradas y sus precios de mercado, emplazamientos más convenientes para tiendas o fábricas, marcha económica de la competencia, expectativas de beneficios o pérdidas, etc.), y los ocasionados para asegurar el buen funcionamiento de la Empresa (como las compraventas, opciones de compra y arrendamientos de locales con destino a domicilio de la empresa, despachos, fábricas, almacenes, tiendas, etcétera; compraventas y opciones de compra de solares para construirlos, o para la construcción de bloques de viviendas en las inmobiliarias; compraventas y opciones de compra de materias primas, gastos de propaganda, etc.). A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1967, anteriormente citada, incluye, a nuestro juicio erróneamente, los gastos de propaganda entre los gastos necesarios para la constitución de la Sociedad Anónima, siendo así que tales gastos no constituyen costes de la constitución de la Sociedad, sino del funcionamiento de la Empresa, y que su necesidad dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, si bien hay que suponer que quedó demostrada en el caso de la sentencia.

De lo dicho se infiere que solamente son con seguridad gastos necesarios, en la constitución de la Sociedad Anónima, todos los causados por la escritura pública de constitución de la Sociedad, Estatutos, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales e inscripción en el Registro Mercantil. Los demás gastos, con finalidad constitutiva, y los realizados en la creación de la Empresa mercantil, serán necesarios, útiles o innecesarios e inútiles, según las circunstancias que concurran en cada caso concreto. Por lo demás, la prueba de la clasificación de un gasto en

necesario o útil incumbe, como es obvio, a quien la alega como hecho constitutivo o impeditivo de un derecho. En apoyo de tal alegación entrará en juego con frecuencia la prueba de presunciones.

El órgano competente para la aprobación de la gestión y de los gastos será normalmente el órgano administrativo de la Sociedad.

10.3.1.1.2. *Normativa de los fundadores. Obligaciones de la Sociedad*

El artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas trata de las obligaciones de los fundadores respecto de la Sociedad, pero nada dice la ley de las obligaciones de ésta respecto de aquéllos.

10.3.1.1.3. *Normativa de los factores. Obligaciones de la Sociedad*

Los factores son unos apoderados, cuyo poder se caracteriza por su permanencia y su amplitud, que comprende, como mínimo, el giro y tráfico.

A este respecto, el artículo 281 del Código de Comercio dispone que: «El comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte...».

Esta normativa nunca es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad en creación con carácter prioritario, sino supletorio, respecto del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas. El poder del artículo 281 del Código de Comercio, que, como es obvio, debe ser previo, se sustituye, pues, por la ratificación o aprobación que impone dicho artículo 7 (8.3).

El artículo 291 del Código de Comercio prescribe que: «Los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos, respecto de su poderdante, siempre que sean anteriores al momento en que llegue a noticia de aquél por un medio legítimo la revocación de los poderes o la enajenación del establecimiento».

En el supuesto que estudiamos, de Sociedad Anónima en creación, no hay ni puede haber poderes y, por consiguiente, tampoco revocación de los mismos. La actuación de los gestores en posición de factores finaliza en el momento de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, cuya inscripción se presume conocida del gestor, sin que pueda admitirse prueba en contrario.

Según el artículo 290 del Código de Comercio: «Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la per-

sona de quien en debida forma los hubiere recibido». Este precepto no es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, en la que, como hemos apuntado, no hay ni puede haber poderes.

Hace asimismo referencia a las obligaciones del principal, respecto del factor, el artículo 289 del Código de Comercio, al preceptuar que: «Las multas en que pueda incurrir el factor por contravenciones de las leyes fiscales o reglamentos de administración pública, en las gestiones de su factoría se harán efectivas, desde luego en los bienes que administre, sin perjuicio del derecho del principal contra el factor por su culpabilidad en los hechos que dieren lugar a la multa».

10.3.1.1.4. *Normativa de la comisión mercantil. Obligaciones de la Sociedad*

Puede reproducirse en este lugar lo dicho anteriormente respecto de los factores. La normativa de la comisión mercantil nunca es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación con carácter prioritario, sino supletorio, con referencia al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas (8.3).

El artículo 244 del Código de Comercio preceptúa que: «Se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista». Pues bien, el mandato a que hace referencia este artículo, que, como es obvio, debe ser previo, queda sustituido por la ratificación o aprobación que impone dicho artículo 7.

Las obligaciones del comitente (la Sociedad) frente al comisionista (el gestor) son las siguientes:

1.^a Obligación de abonar el premio de la comisión (art. 277 del Código de Comercio).

Esta obligación, a diferencia de la correlativa del mandato y por analogía de la gestión de negocios en Derecho civil, es independiente de que el comisionista tenga por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato o la gestión de negocios (art. 1.711 del Código Civil).

Como en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación no puede existir el pacto previo entre comitente y comisionista, al que alude el artículo 277 del Código de Comercio citado, por no tener la Sociedad todavía personalidad jurídica, ni por lo mismo tampoco puede haberse fijado la cuota que deba abonarse, habrá que acudir para ello al uso o práctica mercantil en la plaza (art. 277 del Código de Comercio).

2.^a Obligación de satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos con el interés legal (art. 278 del Código de Comercio). Parece que los gastos que deben abonarse son los necesarios y los útiles.

3.^a El comitente está obligado a anticipar fondos (art. 250 del Código de Comercio). La Sociedad (comitente) no, por no haber nacido.

4.^a El comitente está obligado a respetar el derecho de retención del comisionista (art. 276 del Código de Comercio). Este precepto parece ser sólo aplicable a la comisión en venta. La Sociedad que aún no ha nacido no puede tener bienes en venta. El precepto sólo se aplicará, pues, a los bienes que el gestor haya adquirido previamente en nombre de la Sociedad (comitente).

10.3.1.2. *Normativa de Derecho civil. Obligaciones de la Sociedad*

La aprobación de la gestión se rige por los artículos 1.892 y 1.893 del Código Civil. La aprobación comprendida dentro del artículo 1.892 puede ser expresa o tácita. La contemplada en el artículo 1.893, 1.º, es una modalidad especial de aprobación tácita: la derivada del hecho de aprovecharse de las ventajas de la gestión.

Excluido el caso de aprobación tácita por aprovechamiento de ventajas, los demás casos de aprobación, expresa o tácita, se rigen, pues, por el artículo 1.892.

Del artículo 1.892 del Código Civil no es deducible, como parece a primera vista, que el precepto se refiera exclusivamente a la aprobación expresa, ya que el adjetivo «expreso» que utiliza no califica la causa, sino el efecto; no hace referencia a la ratificación, sino al mandato.

Además de la aprobación expresa y tácita, existe una tercera modalidad: el legislador presume que el dueño había aprobado la injerencia del gestor cuando la gestión «hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno» (art. 1.893, párrafo 2.º, del Código Civil).

10.3.1.2.1. *Caso de que la Sociedad apruebe la gestión conforme al artículo 1892 del Código Civil*

Al decir de un sector de la doctrina—NÚÑEZ LAGOS—, el artículo 1892 se refiere a la ratificación en sentido técnico de ratificación frente a terceros, la cual no afecta a la relación interna entre el *dominus* y el gestor. La otra ratificación—añade—, que técnicamente se llama aprobación, es la comprendida en el artículo 1.893, párrafo 1.º; tanto la aprobación expresa como la tácita.

En línea con esta postura doctrinal se encuentra la apreciación de que la ratificación es un apoderamiento a «posteriori», porque «desintegrado el concepto de mandato en dos figuras autónomas: la interna de gestión mandato y la externa de representación directa-poder (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1959), sólo la segunda engendra relaciones jurídicas entre el *dominus* y los terceros que contrataron con el gestor, ya que la relación interna de gestión-mandato las engendra entre el *dominus* y el gestor, y la gestión o el mandato propio nombre las origina asimismo en el aspecto interno, entre el *dominus* y el gestor, y en el externo entre el gestor y el tercero».

Por lo demás, parece que para expresar la conformidad con actos de administración de intereses ajenos, en cualquiera de los casos que pueden presentarse, es más adecuada la palabra aprobación que ratificación, y esta mayor adecuación está presente en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1).

A pesar de que el artículo 1892 del Código Civil disponga que «la ratificación por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso» y de que tal ratificación tenga efectos retroactivos, no siempre los planteamientos del caso permitirán que se produzcan todos los efectos del mandato, ya que en ocasiones al recaer la ratificación, habrá pasado el tiempo oportuno para que la Sociedad, en posición de mandante, cumpla ciertas obligaciones (vgr. la de anticipar fondos, conforme al art. 1728 del Código Civil) (8.3). Este hecho matiza las obligaciones de la Sociedad (mandante) respecto de los gestores, que de acuerdo con la interpretación tradicional del artículo 1892, serán las siguientes:

1.^a Reembolsar al gestor en posición de mandatario las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté libre de culpa el gestor-mandatario (artículo 1728, párrafo 2, del Código Civil).

No puede producirse el supuesto de que el mandante (la Sociedad) los haya anticipado a petición del mandatario (gestor), porque al actuar éste, aún no había mandato, ni Sociedad.

2.^a Pagarle intereses desde el día en que el mandatario (gestor) haya anticipado las cantidades para gastos. Algún autor—como ALBALADEJO—incluye la obligación de abonar intereses dentro de la de indemnizar daños y perjuicios. Efectivamente, de no abonarlos se irrogaría un perjuicio al gestor-mandatario (artículo 1728 del Código Civil).

3.^a Indemnizarle de los daños y perjuicios que haya sufrido, sin culpa ni imprudencia del propio gestor (art. 1729 del Código Civil).

4.^a Pagarle la retribución procedente, si bien sólo en el caso de

que el gestor-mandatario tenga por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere la gestión-mandato (art. 1711 del Código Civil).

5.^a Hacerse cargo de lo que el gestor-mandatario adquirió en nombre propio y por cuenta de la Sociedad, cuando aquél se lo transmita; y de lo que adquirió en nombre de la Sociedad cuando se lo entregue. Esta distinción se funda en que si el gestor-mandatario obra en nombre de la Sociedad, ésta adquiere directamente del tercero que contrató con el gestor-mandatario. La Sociedad ha adquirido con la ratificación. Falta sólo la entrega. En cambio, si el gestor-mandatario obró en su propio nombre, aunque actuara por cuenta de la Sociedad, quien adquiere es el primero y hace falta una segunda transmisión para que lo adquirido ingrese en el patrimonio de la Sociedad (10.3.2.5.1. Obligación núm. 8).

6.^a Respetar el derecho de retención que sobre las cosas objeto del mandato tiene el mandatario-gestor, hasta que la Sociedad le reembolse de las cantidades necesarias que hubiera anticipado para la ejecución del mandato, de sus intereses y de la indemnización de daños y perjuicios (art. 1730 del Código Civil).

7.^a La responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria si no se ha expresado así (art. 1723). En el caso de la gestión de negocios que nos ocupa, no puede haberse pactado la solidaridad por falta de comunicación previa entre la Sociedad aún inexistente y el gestor, y porque si hubiera habido pacto previo con el gestor, no habría gestión de negocios ajenos. Habrá, pues, sólo mancomunidad simple (arts. 1137, 1138 y 1139 del Código Civil).

10.3.1.2.2. *Caso de que la Sociedad apruebe la gestión, conforme al artículo 1893, párrafo 1.º, o de que la aprobación sea innecesaria, conforme al párrafo 2.º. del mismo artículo*

«Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de los bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo» (art. 1893, párrafo 1.º, del Código Civil).

El mero hecho de que el dueño del negocio—en nuestro caso la Sociedad—se aproveche de las ventajas de la gestión, implica una aprobación tácita de la misma.

El concepto de gasto útil se formula en la referencia 10.3.1.1.1.

Aun faltando la aprobación expresa, y no habiendo tampoco apro-

bación tácita, «incumbirá a éste la misma obligación cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resulte provecho alguno» (art. 1893, párrafo 2.º, del Código Civil).

El párrafo 1.º del artículo 1893 del Código Civil contempla lo que la doctrina llama el «*utiliter gestium*»; el párrafo 2.º del mismo artículo, el llamado «*utiliter coeptum*». El «*utiliter gestium*» mira al resultado de la gestión; «el *utiliter coeptum*» a su iniciación. En el primero es decisivo que haya ventajas y que el *dominus*—la Sociedad—se aproveche de ellas; en el segundo, que las circunstancias del caso justifiquen la ingerencia en los negocios del *dominus* y que los medios empleados sean pertinentes para evitar el perjuicio. En el *utiliter gestium*, el *dominus*, mientras no se aproveche de las ventajas, puede dejar el negocio de cuenta del gestor; en el *utiliter coeptum*, si la gestión está encaminada a evitar un perjuicio inminente y manifiesto—aunque no se consiga—, y los medios empleados son adecuados, el *dominus* no puede dejar el negocio, de cuenta del gestor. El *dominus* queda vinculado, por aprovecharse de las ventajas en el primer caso, y por el carácter inminente y manifiesto del perjuicio y la pertinencia de los medios empleados, en el segundo.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1945 y 26 de junio de 1946 declaran, respectivamente, que «la utilidad de la gestión ha de apreciarse con referencia al momento en que se realiza», y que «es bastante que el beneficio se produzca en cualquier momento, sin que se requiera que permanezca». Lo más destacado de estas sentencias es que, al parecer, aplican el *utiliter coeptum* fuera del caso contemplado por el párrafo 2.º del artículo 1893 del Código Civil, ya que en ellas no se hace ninguna referencia a que se trataba de evitar un perjuicio inminente y manifiesto, si bien no hay que olvidar que recayeron en pleitos que resolvían casos de excepción derivados de nuestra guerra civil.

Otra obligación del *dominus* no recogida explícitamente en nuestro Código Civil es la de hacerse cargo de lo que le entregue o transmita el gestor, en cumplimiento de su obligación de entrega o transmisión (10.3.1.2.1. Obligación 5).

10.3.1.2.3. Si comparamos las obligaciones del *dominus*—en nuestro caso la Sociedad—respecto del gestor, en uno y otro caso, el de que el *dominus* apruebe la gestión conforme a lo dispuesto en el artículo 1892 y el de que se aproveche de las ventajas de la misma o de que la ingerencia del gestor hubiera tenido por objeto evitar un perjuicio inminente y manifiesto (art. 1893 del Código Civil), observamos las siguientes analogías y diferencias:

Analogías: En ambos casos, el dueño debe reembolsar al gestor de las cantidades anticipadas por éste, con matices diferenciales de cierta entidad, que se examinarán después, e indemnizarle de los perjuicios que hubiera sufrido en el desempeño de su cargo. En ambos casos, el dueño debe abonar al gestor los intereses de las cantidades anticipadas, desde el día en que se hizo el anticipo, porque si bien el artículo 1893, a diferencia del artículo 1728, no se refiere a los intereses, sí se refiere a los perjuicios, y los intereses no abonados constituyen un perjuicio. En ambos casos, el dueño debe hacerse cargo de las transmisiones o entregas que efectúe el gestor.

Diferencias: En el supuesto de aprobación por el artículo 1892 del Código Civil, se presume la obligación de retribuir al mandatario-gestor —si éste tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato-gestión (art. 1711 del Código Civil)—, mientras que en el supuesto del artículo 1893, la gestión de negocios del Código Civil no establece tal presunción, cualquiera que sea la ocupación del gestor. Sin embargo, cabría aplicar en este punto, por analogía, la normativa del mandato.

En el supuesto de aprobación conforme al artículo 1892, el dueño del negocio o mandante debe reembolsar al mandatario-gestor, de las cantidades que éste hubiere anticipado y que fueren necesarias para su actuación, aunque el negocio no hubiere salido bien, con tal de que esté libre de culpa el gestor, mientras que en los supuestos del artículo 1893, sólo habrá lugar al reembolso cuando el dueño—la Sociedad—se aproveche de las ventajas de la gestión o cuando el objeto de ésta hubiera sido evitar un perjuicio inminente y manifiesto (arts. 1728 y 1893 del Código Civil).

Los gastos a abonar serán en el caso de aprobación según el artículo 1892, los necesarios para realizar los actos aprobados, mientras que para que sean exigibles los gastos útiles, será necesario que el mandante—la Sociedad—los apruebe, no siendo suficiente la aprobación de los actos que los originaron. En cambio, en los supuestos del artículo 1893, el dueño del negocio—la Sociedad—deberá abonar, además de los gastos necesarios, los gastos útiles.

Dos razones pueden fundamentar esta diferencia de trato entre el mandato y la gestión de negocios sin mandato. Una, que en el mandato hay un contrato previo y la posibilidad de que el mandante transmita instrucciones al mandatario (art. 1719 del Código Civil), en cuyo contrato y mediante cuyas instrucciones, el mandante puede prestar su conformidad al reembolso de los gastos útiles si lo cree conveniente, mientras que en la gestión de negocios sin mandato no existe contrato previo, ni comunicación entre el dueño y el gestor. La otra diferencia es que

liberando al mandante de abonar los gastos útiles, se le compensa de la obligación de abonar los gastos necesarios, aunque el negocio no hubiera salido bien, mientras que en la gestión de negocios sin mandato no cabe esta compensación, porque el artículo 1893 da por supuesto que el dueño se ha beneficiado de la gestión. Observemos, no obstante, que la primera de las razones expuestas no es válida, en el caso de consentimiento del mandante «a posteriori», mediante la aprobación, porque en él, durante todo el período de ejecución, no hay contrato, ni comunicación entre dueño y gestor.

Si el gestor obra en su propio nombre, el ejercicio de la acción contraria de que dispone frente al dueño o mandante (la Sociedad) para exigir que cumplan las obligaciones a que se ha hecho referencia en este epígrafe, no reviste ninguna especialidad respecto del mandato representativo.

10.3.1.2.4. Observemos, por último, que los gestores disponen de una segunda vía para reclamar de la Sociedad los pagos a cargo de ésta: la vía del enriquecimiento injusto. Concurren, en efecto, los tres requisitos básicos exigidos por la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1972 y otras): un enriquecimiento (en nuestro caso el de la Sociedad); un empobrecimiento correlativo (en nuestro caso el de los gestores), y la ausencia de causa (que en nuestro caso con frecuencia no se exterioriza por no existir un contrato previo entre el gestor y la Sociedad, todavía no nacida). Son ilustrativas al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1969 y 11 de julio de 1940. La primera declara que «no hay enriquecimiento sin causa, cuando la atribución patrimonial responde a una relación jurídica obligacional, derivada de un contrato válido», y la segunda resuelve un caso en el que, aun sin constancia en contrato previo, se apreció la existencia de causa, declarándose que «el empleo oportuno del enriquecimiento sin causa requiere, entre otros, el requisito de falta de voluntad de aquel a cuya costa se verifica el enriquecimiento, y en este caso el gestor actuó conscientemente, con el propósito que vio convertido en realidad de obtener al término de sus servicios un cargo o empleo remunerado».

10.3.2. *Obligaciones del gestor frente a la Sociedad.* *Artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas*

El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas no trata en su párrafo 1.º, ni en su párrafo 2.º, de las obligaciones de los gestores respecto de la Sociedad.

El silencio del artículo 7 permite la penetración de la normativa de los factores, de la Comisión Mercantil y en último término del Derecho civil, para regular la materia, conforme a las proposiciones básicas expuestas al iniciar el estudio de los efectos de la Sociedad Anónima en creación (10; 10.3 y 8.3). Todo ello sin perjuicio de la vigencia específica y prioritaria del artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas (10.3.1.1.2), si bien circunscrita al acto fundacional.

10.3.2.1. La aprobación por la Sociedad de los actos de los gestores puede ser, según la jurisprudencia, expresa o tácita, y a diferencia de la ratificación a efectos externos, puede ser general o especial. Refiriéndose a la aprobación a efectos internos, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974 declara que «las aprobaciones genéricas de la gestión podrán tener una repercusión interna entre el gestor y la Sociedad, lo cual nada tiene que ver con la relación externa respecto del tercer adquirente». La ratificación o aprobación en la órbita de las relaciones internas, únicas que aquí estudiamos, puede referirse a todos los actos de gestión, a un grupo de actos o a uno o varios actos determinados. Toda aprobación debe comprender los dos lados de las relaciones jurídicas que se aprueban: el activo y el pasivo. Su efecto consiste en exonerar de responsabilidad al gestor frente a la Sociedad, por los actos o contratos aprobados.

10.3.2.2. *Obligaciones y responsabilidades de los fundadores.*
Escritura e inscripción

Son fundadores, en caso de fundación simultánea—única de la que nos ocupamos en este estudio—, «las personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones. Su número no podrá ser inferior a tres» (art. 10 de la L. S. A.).

Los fundadores son gestores en el sentido del artículo 1888 del Código Civil, porque voluntariamente toman a su cargo el negocio de constituir una Sociedad Anónima, sin mandato de ésta. Pueden estar ligados por un contrato de mandato o de comisión mercantil, con otros interesados en la constitución de la Sociedad, pero no con ésta, porque todavía no existe, y porque es requisito de la gestión de negocios ajenos que el gestor actúe espontáneamente y no obligado por un contrato anterior (9.2.3). Nada les obliga a ser fundadores, pero su ingerencia en los asuntos de la Sociedad Anónima en creación (1) significa una aceptación tácita, que les obliga a continuar su gestión hasta el fin, cuidando de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, mediante

la cual la Sociedad en constitución se convierte en Sociedad constituida (arts. 1888 del Código Civil y 6 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas).

El artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a los fundadores una obligación y varias responsabilidades, al preceptuar que «los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad, y responderán solidariamente, frente a ella y frente a tercero, de la aportación de la cuarta parte del capital suscrito, de la realidad de las aportaciones no dinerarias y de su valoración, de la inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución y de cuantas declaraciones hagan en la escritura fundacional. La misma responsabilidad alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado los fundadores».

La obligación de hacer todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad es asumida por los fundadores frente a la Sociedad. Las responsabilidades solidarias que el precepto les impone para asegurar la autenticidad financiera de la Empresa subyacente a la Sociedad son asumidas por los fundadores, frente a la Sociedad y frente a tercero.

Pormenorizando más, en la protección que los artículos 7 y 13 dispensan, vemos que la protección de los futuros socios que adquieran acciones, se garantiza con la responsabilidad solidaria que contraen los fundadores y las personas por cuya cuenta hayan obrado, frente a tercero. La protección de otros terceros se halla en el mismo artículo 13 y en el párrafo 1.º del artículo 7, al final, al establecer la responsabilidad solidaria de los gestores frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad. La protección de los gestores se encuentra en el párrafo 2.º del artículo 7, al disponer que los gastos necesarios para la constitución de la Sociedad sean de cuenta de la misma. Y finalmente, la protección de la futura Sociedad se halla en el propio artículo 7, párrafo 1.º, al atribuirle, según la interpretación de la doctrina, una absoluta libertad para aceptar o rechazar los contratos concluidos en su nombre y en el artículo 13, al establecer la responsabilidad solidaria de los fundadores frente a la Sociedad (10.3.1.1; 10.3.2; 10.4.1.1).

Las responsabilidades de referencia tienen carácter objetivo, pudiendo ser exigidas aunque no haya culpa ni negligencia. Sin embargo, la responsabilidad por retraso o morosidad en la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, sólo será exigible cuando sea imputable a los otorgantes o fundadores, al igual que la responsabilidad por retraso en el otorgamiento (art. 27 de la L. S. A.). Tales responsabilidades pesan no sólo sobre los fundadores, sino también sobre aquellas personas por cuya cuenta hubieren obrado los fundadores.

La obligación de hacer todo lo necesario para obtener la inscripción

de la Sociedad comprende no sólo la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, sino también la subsanación de sus defectos.

Aunque todos los fundadores respondan solidariamente del cumplimiento de tal obligación, no es necesario que la presentación en el Registro Mercantil se solicite por todos ellos, ya que según el artículo 28 del Reglamento del Registro Mercantil, los documentos podrán ser presentados por el interesado o por cualquier mandatario expreso o tácito del mismo. El mandato puede ser incluso presunto, ya que se considera mandatario, para los efectos de solicitar la inscripción, a quien presente los documentos en el Registro, con tal objeto.

La razón por la cual se impone esta obligación a los fundadores se encuentra en que, por no estar todavía inscrita la Sociedad, carece de órganos sociales, que normalmente la tendrían a su cargo.

El artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas preceptúa que la escritura pública de constitución deberá ser inscrita; el artículo 26, que en todo caso será presentada para su inscripción; y este mismo artículo y los 13 y 27 indican las personas obligadas a promover la inscripción. Todo ello de acuerdo con el artículo 17 del Código de Comercio, al preceptuar que la inscripción será obligatoria para las Sociedades que se constituyan con arreglo a dicho Código.

En cuanto a las responsabilidades de los fundadores, sólo es necesario añadir, como aclaración del artículo 13, que también responden de la suscripción de todo el capital social; que son aportaciones no dinerarias las que no consistan en dinero, como las aportaciones en bienes muebles e inmuebles (arts. 334, 335 y 336 del Código Civil), derechos reales o personales (Vid. arts. 31 y 32 de la L. S. A.). «No es real la aportación de un bien inexistente, ni la aportación de bienes ajenos. No es irreal la aportación de bienes no necesarios o inadecuados para la realización del objeto social. Por lo demás, el procedimiento de revisión de valores que regula el artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas exonera de responsabilidad a los fundadores en materia de valoración» (VELASCO). Observemos, finalmente, que la responsabilidad de los fundadores por cuantas declaraciones hagan en la escritura fundacional, derivaría—como apunta VELASCO—de la falta de veracidad o de exactitud.

Dado su interés en esta materia, vamos a transcribir uno de los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1964, referente a las obligaciones y responsabilidades de los fundadores entre sí y frente a tercero. «La Ley de Sociedades Anónimas determina en su artículo 26—se declara—que los otorgantes de la escritura, sin distinción, tendrán facultades para hacer su presentación en el Registro Mer-

cantil y ordenando en el 27 que si hubiera retraso en tal presentación o morosidad en los gestores para inscribir, imputable a los otorgantes, éstos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados, de donde se desprende la distinción de efectos de la falta de inscripción, según se refiera a los terceros en que la Sociedad no ha nacido al campo del Derecho y no tiene personalidad jurídica, a las relaciones entre los otorgantes de la escritura, a los fundadores de la Sociedad, en que como viene declarando la doctrina de esta Sala—en la sentencia de 22 de abril de 1958, entre otras—quedan vinculados por el nexo contractual que libremente otorgaron, están obligados a cumplirlo en sus propios términos y a respetar todas las obligaciones que contrajeron, sino también, por mandato del artículo 26, a realizar cuantas gestiones sean precisas para el cumplimiento de los preceptos legales sobre nacimiento jurídico de la Sociedad, dotándola de personalidad frente a tercero y respondiendo solidariamente con los otros otorgantes, de los daños y perjuicios que el retraso pueda ocasionar y en consecuencia si para tercero no tiene la Sociedad personalidad jurídica, los socios fundadores no sólo están vinculados por la escritura de constitución en toda su extensión e intensidad, sino que vienen compelidos legalmente a realizar cuantos actos y gestiones sean precisas para dotarla de esta vida externa, de esta personalidad independiente de los socios, como confirma el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas.»

Un examen superficial de esta sentencia podría apoyar la admisión de una Sociedad Anónima, «interpartes», y no frente a tercero. Creemos, no obstante, que falta base para esta interpretación, porque en ningún precepto legal, ni en los artículos 6, 13, 26, 27 de la Ley de Sociedades Anónimas, ni en ningún otro, se distingue entre el aspecto interno y el externo; porque la personalidad jurídica no es un atributo adicional que se añada a la Sociedad Anónima, sino algo intrínseco y consustancial a la misma, que proyecta su influencia no sólo en las relaciones externas, sino también en las internas; y porque la esencia de la Sociedad Anónima se halla en la limitación de la responsabilidad, que no cabe en el aspecto interno.

La Sociedad Anónima nace en el curso de un proceso, a menudo largo, en el que están insertos dos hitos relevantes: la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. En el curso de este proceso se estipula un contrato y se crea una persona jurídica.

Al intentar tomar la medida de la influencia de la escritura y la inscripción en la producción de los efectos del contrato y en la creación del ente jurídico, llegamos a la conclusión de que los efectos del contrato de Sociedad son mayormente obra de la escritura, y la creación del ente jurídico lo es de la inscripción.

La escritura desencadena por sí sola tres efectos importantes: vincula contractualmente a los fundadores; les impone la obligación de hacer todo lo necesario para que la Sociedad se inscriba en el Registro Mercantil, y les impone una responsabilidad solidaria frente a la Sociedad. Estos no son, sin embargo, los únicos efectos del contrato; pero para que se produzcan los demás, se necesita el concurso de la inscripción, porque el contrato sólo puede producir todos sus efectos en el seno de una Sociedad en funcionamiento. Sobre esta base se ha construido la doctrina de que la inscripción es un simple requisito de eficacia, lo cual conduciría a la «*condictio juris*».

En cambio, la creación de la Sociedad es casi exclusivamente obra de la inscripción. Antes de que ésta se produzca, no hay más que una esperanza o un proyecto de Sociedad Anónima. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1959 declara que «la falta de inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil determina la inexistencia de su personalidad, que sólo puede nacer de la inscripción, requisito al que la Ley atribuye carácter constitutivo y no meramente publicitario de la existencia del ente jurídico». La inscripción no actúa como una simple «*condictio juris*», porque no es sólo una condición de eficacia, sino un elemento del negocio jurídico, que además de condicionarlo, lo fundamenta. Sin inscripción no existe siquiera una Sociedad Anónima irregular, porque hoy, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, la Sociedad Anónima no inscrita, como decía DE LA RICA, no es una Sociedad Anónima irregular, sino una Sociedad Anónima inexistente. Y esto es así porque la esencia de la Sociedad Anónima se encuentra en la limitación de la responsabilidad y ésta no puede desplegar sus efectos, sin que la Sociedad tenga personalidad jurídica. Una Sociedad Anónima no inscrita, y por consiguiente sin limitación de responsabilidad, sería una mera entelequia.

Cierto que antes de la inscripción en el Registro Mercantil existe lo que se ha venido llamando una Sociedad en constitución o en formación, pero no una Sociedad Anónima irregular.

Ambos tipos de Sociedad son muy distintos. La Sociedad en formación origina una situación provisional, normalmente necesaria, mientras que la Sociedad irregular crea una situación que en el ánimo de los socios es permanente y no responde a imperativos de necesidad. En la Sociedad en formación, los socios tienen el propósito de inscribir, y por exigencias del tráfico, tienen, casi siempre necesidad de contratar antes de que la inscripción se practique. En la Sociedad irregular, los socios tienen la voluntad deliberada de no inscribir, y por consiguiente no puede decirse que exista una necesidad de contratar antes de inscribir, ya que normalmente si no inscriben es porque no quieren hacerlo.

Cuestión aparte, pero íntimamente relacionada con la anterior, es la nula virtualidad traslativa de la escritura, sin el concurso posterior de la inscripción. La escritura, en efecto, no impulsa el desplazamiento de la propiedad de las aportaciones hacia la Sociedad, ni tampoco hacia una comunidad de bienes formada por los propios aportantes. No se produce el primer desplazamiento de la propiedad, porque antes de la inscripción en el Registro Mercantil, la Sociedad carece de personalidad jurídica, y por consiguiente no puede adquirir ni poseer bienes. Y no tiene lugar el segundo desplazamiento de la propiedad, porque para que se entendiera constituida una comunidad de bienes entre los aportantes, sería necesario que lo dispusiera así algún precepto legal, y este precepto legal no existe, o que los fundadores formularan una declaración de voluntad en tal sentido en la escritura, que nunca se formula, sin duda debido a los problemas que surgirían de tal comunidad de bienes, como estación intermedia, en el tránsito de las aportaciones hacia la Sociedad.

Hasta que llega el momento de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, la puesta en común del artículo 116, párrafo 1.º, del Código de Comercio, se limita, pues, a poner las aportaciones unas junto a otras, en depósito, para constituir entre todas un patrimonio de destino, cuyo destinatario es la Sociedad. Este patrimonio se encamina, en definitiva, hacia una fiducia en la que la Sociedad, una vez inscrita, asumirá el papel de fiduciario (la Sociedad es en nuestro Derecho un negocio fiduciario), pero mientras la Sociedad no se inscriba, las aportaciones no pueden constituir todavía el elemento real de la fiducia, y cada aportante conserva la propiedad de los bienes aportados, que pueden ser embargados por sus deudas particulares, en la parte correspondiente a cada uno.

La adquisición de las aportaciones por la Sociedad sólo se produce en el momento de su inscripción en el Registro Mercantil, que al dotar a la Sociedad de personalidad jurídica, consume la tradición de las aportaciones. No hay que efectuar, pues, una nueva entrega, porque la Sociedad, al nacer jurídicamente, entra automáticamente en posesión de los bienes aportados.

El título por el cual la Sociedad, al ser inscrita, adquiere en propiedad las aportaciones, es, según unos, un acto de enajenación, y según otros, un acto de comunicación de bienes.

Se ha dicho que la Notaría es el órgano sensorial del Registro. Pensamos, por nuestra parte, que es algo más que un órgano sensorial, pero vista la escritura desde la perspectiva que ofrece la función calificadora del Registro, aparece como un medio de prueba—prueba tasada—de que se han producido los consentimientos y las entregas. El Registrador no se halla en posición de inmediatividad respecto de los otorgantes, el

Notario sí, y puede reflejar en la escritura lo que ve y lo que oye durante el acto de otorgarse, con lo cual se forma el material probatorio, que será después objeto de examen por el Registrador, al efecto de practicar o rechazar la inscripción. En definitiva, este funcionario, a semejanza en esto al Juez al dictar sentencia, se plantea, más o menos conscientemente, un silogismo, en el que la prueba contenida en la escritura constituye la premisa menor, los preceptos legales aplicables, la premisa mayor, y el acuerdo de inscribir, suspender o denegar la inscripción en nombre del Estado, la conclusión.

10.3.2.2.1. *Planteamientos registrales*

Para la inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil, debe presentarse la escritura pública de constitución, con los Estatutos, acompañada de una certificación expedida por el Registro administrativo de denominaciones sociales, que se lleva en la Dirección General de los Registros, acreditativa de que la denominación que se pretende adoptar no aparece registrada con anterioridad a favor de otra Sociedad.

La escritura, como apunta RUBIO, es el germen de la Sociedad. Los Estatutos son su norma de vida.

«Los Estatutos constarán en la escritura de constitución, bien en el texto de ésta, por transcripción literal, bien como documento unido a la matriz y formando parte integrante de la misma, para lo cual el Notario indicará el número de folios de papel timbrado o común en que se hallan extendidos, así como las firmas o sellos que aseguren su identidad, dando fe, además, de que en el mismo acto del otorgamiento ha leído los Estatutos a los otorgantes o de que éstos los han leído en su presencia por sí mismos o por persona de su elección, y que, enterados de su contenido, los aprueban y firman o los confirman y los elevan a escritura pública si ya estuvieren aprobados y suscritos con anterioridad...» (artículo 101 del Reglamento del Registro Mercantil).

10.3.2.3. *Obligaciones de los factores respecto de la Sociedad*

Según el artículo 288 del Código de Comercio, «los factores no podrán traficar por su cuenta particular, ni interesarse en nombre propio o ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieren a nombre de sus principales, a menos que éstos les autoricen expresamente para ello». A lo que añade el párrafo 2 del mismo artículo, que «si negociaren

sin esta autorización, los beneficios de la negociación serán para el principal, y las pérdidas, a cargo del factor».

En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, no cabe que la Sociedad, que todavía no tiene personalidad jurídica, autorice la negociación. Regirá, pues, la prohibición del párrafo 1.º del artículo 288 del Código de Comercio transcrito, que está en línea con el artículo 267 del Código de Comercio, relativo a la Comisión Mercantil (8.3).

La jurisprudencia que quedó transcrita al ocuparnos de los requisitos de la gestión de negocios ajenos (9.2.7.3) proscribía el lucro ilícito, considerando tal el obtenido a costa del dueño, mediante posponer el interés de éste al interés del gestor. Pues bien, el artículo 288 del Código de Comercio va más lejos, porque contemplando el supuesto del factor que obra por su propia cuenta, presume que persigue un lucro ilícito y penaliza su actuación, aun sin probarse la ilicitud de sus actos.

10.3.2.4. *Obligaciones del comisionista frente al comitente (la Sociedad)*

Antes de iniciar la exposición de esta materia es conveniente recordar que en la Comisión Mercantil hay un contrato previo, que falta en la gestión de negocios, en la que es sustituido por la aprobación «a posteriori». Esta diferencia determina que no sean aplicables a la gestión de negocios los efectos legales de la Comisión Mercantil, que sean consecuencia de ese contrato previo. No hay que perder de vista que la normativa de la Comisión Mercantil no se aplica nunca con carácter prioritario, sino supletorio del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo párrafo 1.º exige la ratificación o aprobación (8.3).

Las principales obligaciones del comisionista son:

1.º El comisionista que sin causa legal no cumpla la comisión... empezada a evacuar, será responsable de todos los daños que por ello sobrevengan al comitente (art. 252 del Código de Comercio).

2.º Celebrado un contrato por el comisionista, con las formalidades de Derecho, el comitente deberá aceptar todas las consecuencias de la comisión, salvo el derecho a repetir contra el comisionista por faltas u omisiones cometidas al cumplirla (art. 253 del Código de Comercio). En la gestión de negocios, al aplicar el precepto, no hay que perder de vista que la obligación de comitente está subordinada a la aprobación de la gestión.

3.º Si el comisionista estuviera autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará todo lo que le dicte la prudencia y

sea compatible con el uso del comercio, cuidando el negocio como propio (art. 255 del Código de Comercio).

En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1) no es posible la autorización, ni la consulta, debido a la inexistencia de la Sociedad (comitente) al actuar el gestor (comisionista). Este debe, pues, hacer todo lo que le dicte la prudencia y sea conforme al uso del comercio, cuidando el negocio como propio.

4.º El comisionista responde de los daños y perjuicios ocasionados al comitente por malicia o abandono (art. 256 del Código de Comercio).

5.º El comisionista que tuviere en su poder mercaderías o efectos por cuenta ajena, responderá de su conservación en el estado en que los recibió. Cesará esta responsabilidad cuando la destrucción o el menoscabo sean debidos a casos fortuitos, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa (art. 266 del Código de Comercio).

6.º El comisionista será responsable de los perjuicios que ocasione su omisión o demora, si no verificase la cobranza de los créditos de su comitente, en las épocas en que fueren exigibles, a no ser que acredite que usó oportunamente de los medios legales para conseguir el pago (artículo 273 del Código de Comercio).

7.º El Comisionista no puede, sin autorización expresa del comitente, concertar una operación a precio o condiciones más onerosas que las corrientes en la plaza a la fecha en que se hizo, y si las concertara será responsable ante el comitente del perjuicio irrogado, sin que le sirva de excusa alegar que al tiempo y en iguales circunstancias hizo operaciones por su cuenta (art. 258 del Código de Comercio). En la Sociedad Anónima en creación, no pudiendo existir la autorización expresa de referencia, por falta de personalidad de la Sociedad, aún no nacida, la responsabilidad a que nos referimos será asumida en todo caso por el comisionista.

8.º El comisionista no puede darse a sí mismo entrada, como contrapartida, en el contrato que celebre como tal (art. 267, párrafo 1.º, del Código de Comercio) (10.3.2.3).

9.º El comisionista deberá observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos y será responsable de los resultados de su contravención u omisión (art. 259 del Código de Comercio).

10. El Comisionista no podrá delegar los encargos que reciba sin previo consentimiento del comitente, a no estar de antemano autorizado, pero podrá bajo su responsabilidad emplear sus dependientes en las operaciones subalternas, según la costumbre (art. 261 del Código de Comercio).

En la Sociedad Anónima en creación no cabe que la Sociedad otorgue su autorización o su consentimiento, por la razón tan repetida, de la

inexistencia jurídica de la misma, al actuar el gestor en posición de comisionista.

El artículo 261 marca, pues, una diferencia importante respecto de lo preceptuado para la gestión de negocios y para el mandato (artículos 1890 y 1721, respectivamente).

Observemos, sin embargo, que la comisión mercantil entra a regir la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación por la vía de la analogía y que la ampliación analógica exige la concurrencia de una igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el previsto por el legislador, cuya igualdad debería darse, en nuestro caso, entre el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 261 de la comisión mercantil. Y como quiera que esta igualdad no existe—porque la *ratio legis* de que en la comisión mercantil no se permita la delegación, se halla en que el comisionista ha sido nombrado en atención a la confianza que merece al comitente, mientras que en la gestión de negocios no hay nombramiento, ni el cargo de gestor es de confianza—, es lógico que el criterio del legislador sea más permisivo en la gestión de negocios que en la comisión mercantil (8.3).

De lo que antecede se infiere, a nuestro juicio, que no es aplicable el artículo 261 del Código de Comercio, sino los artículos 1890 y 1721 del Código Civil, para regir la delegación de referencia.

11. El comisionista debe rendir cuentas especificadas y justificadas al comitente, con relación a los libros que lleve (art. 263 del Código de Comercio).

Una consecuencia de la rendición de cuentas es la obligación del comisionista de transmitir o entregar, según que haya obrado, respectivamente, en nombre propio o en nombre del comitente, todo lo que tenga en su poder por la ejecución de la comisión, en términos similares al mandatario (10.3.2.5.1).

10.3.2.5. *Normativa de Derecho Civil. Obligaciones de los gestores con la Sociedad*

A pesar de que por la aprobación, conforme al artículo 1892, el gestor queda sujeto a las obligaciones del mandatario (art. 1892 del Código Civil), el *dominus* no puede exigirle responsabilidad por el incumplimiento de las mismas, porque una de dos: o la Sociedad aprueba o no aprueba la gestión dentro del marco del artículo 1892. En el primer caso el gestor queda exonerado de responsabilidad, y en el segundo no es aplicable la normativa del mandato.

En cambio, el gestor que no sea mandatario (caso del art. 1893, pá-

rrafo 1.º, del Código Civil) sólo queda exonerado de responsabilidad, si el *dominus* aprueba la gestión. En otro caso el gestor responde frente al *dominus*, conforme a los artículos 1889, 1890 y 1891 del Código Civil.

La razón de la diferencia apuntada estriba en que sólo la aprobación por el artículo 1892 desencadena la aplicación de la normativa del mandato, mientras que la normativa de la gestión de negocios sin mandato recibe siempre aplicación a través de unos u otros artículos del Código Civil: del artículo 1893 si hay aprobación o se trata de evitar determinados perjuicios, y de los artículos 1889 a 1891 en otro caso.

Sin embargo, a todos interesa conocer la normativa del mandato, que aun sin la aprobación del artículo 1892 del Código Civil será aplicable, como Derecho supletorio, después de la normativa de la gestión de negocios, tanto si ésta se aplica, a su vez, con carácter prioritario como supletorio. (*Vid.* 8.4, núm. 1.) Esta es la razón de que nos ocupemos de la materia con cierta amplitud.

10.3.2.5.1. *Caso de que medie aprobación por el artículo 1892 del Código Civil*

Al enumerar las obligaciones del gestor en posición de mandatario, distinguiremos las obligaciones de ejecución del mandato de las obligaciones posteriores a la ejecución (rendición de cuentas, transmisión y entrega).

Las primeras deben cumplirse en un momento en que el futuro mandante—la Sociedad—todavía no tiene existencia legal por falta de inscripción; las segundas en un momento posterior a esta inscripción, y por consiguiente a la adquisición de personalidad jurídica (art. 6. de la L. S. A.). Esta distinción influye poderosamente en la fijación de la medida dentro de la cual puede tener aplicación la normativa del mandato. El supuesto de que la Sociedad no haya nacido tiene que restringir forzosamente la aplicación de esta normativa. El supuesto de que haya nacido permite su aplicación normal (8.3).

A la luz de la anterior distinción, pasamos a enumerar las obligaciones del gestor que esté en posición de mandatario:

1. «El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato» (art. 1718 del Código Civil). No obstante, como quiera que al actuar el gestor la Sociedad aún no ha nacido, y por consiguiente no puede haber mandato ni aceptación, no cabe aplicar el artículo de referencia, sino el 1888 del mismo Código, que será estudiado al referirnos a las obligaciones del gestor no mandatario.

2. «El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiera anticipado, debe reembolsarlas el mandante...» (art. 1728 del Código Civil). En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación no caben los anticipos del mandante—la Sociedad—que no tiene aún personalidad jurídica (art. 6 de la L. S. A.). El mandatario debe anticipar, pues, las cantidades necesarias, con derecho a que la Sociedad se las reembolse.

3. «El mandatario, en la ejecución del mandato ha de arreglarse a las instrucciones del mandante. A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia» (art. 1719 del Código Civil). En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, por no existir todavía el mandante (la Sociedad), no puede haber dado instrucciones. El gestor en posición de mandatario deberá hacer, pues, todo lo que haría un buen padre de familia. Como es lógico, son ineficaces las instrucciones si se reciben después de la ejecución del mandato (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1964).

4. «El mandatario es responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales, según que el mandato sea o no retribuido» (art. 1.726 del Código Civil). Parece que en la culpa tiene que poderse compensar el daño con el lucro.

5. «Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones al mandante» (art. 1.720 del Código Civil). De este precepto se derivan dos obligaciones: la de tener informado al mandante durante la ejecución del mandato y la de rendir cuentas. Sin embargo, la primera no podrá tener aplicación en la gestión de la Sociedad en creación por inexistencia del mandante (la Sociedad).

6. «El mandatario no puede traspasar los límites del mandato», «cuyos límites no se consideran traspasados si el mandato fuera cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste» (arts. 1.714 y 1.715 del Código Civil). Este precepto tampoco es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, porque al no existir legalmente el mandante (la Sociedad), no puede haber mandato ni límites del mandato.

7. «El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido, pero responde de la gestión del sustituto: 1.º Cuando no se le dio la facultad de nombrarlo. 2.º Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente». «Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo» (art. 1.721 del Código Civil). «En los casos

comprendidos en los dos números del artículo anterior puede, además, el mandante dirigir su acción contra el sustituto» (art. 1.722 del Código Civil).

Lo que antecede es aplicable tanto al caso de sustitución propiamente dicha por vía de transmisión, que es un caso de cesión de mandato, que exige, como es lógico, la autorización o aprobación del mandante, como al caso de que el mandatario celebre otro contrato de mandato en el que sea mandante, dando origen a un submandato, en el que el mandatario conserva la misma posición respecto del mandante y el submandatario actúa por cuenta del submandante, ya que ambas figuras jurídicas—la cesión y la delegación—quedan comprendidas dentro del artículo 1.721 del Código Civil. En cambio, cuando se trata de meros auxiliares responderá el mandatario (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1920), no siendo aplicables los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil.

En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, el mandante (la Sociedad) no puede haber dado facultad al gestor para nombrar sustituto, ni puede habérselo prohibido, por la tan repetida razón de carecer de personalidad jurídica, al actuar el gestor en posición de mandatario. Este responderá, pues, de la gestión del sustituto, aparte de que la Sociedad pueda dirigir directamente su acción contra el sustituto (art. 1.722 del Código Civil). No cabe, por otra parte, que el mandante (la Sociedad) autorice la cesión de mandato, por la razón expuesta arriba y tan repetida en el curso de este estudio, pero sí cabe que apruebe la cesión al adquirir personalidad jurídica (8.3).

8. Rendir cuentas al mandante (art. 1.720 del Código Civil). Como apunta PUIG PEÑA, la rendición de cuentas comprende tres operaciones: 1.^a La rendición de cuentas propiamente dicha. 2.^a La justificación de las mismas. 3.^a La entrega o transmisión al mandante de lo que tenga en su poder por razón del mandato, incluso los títulos o documentos.

«El acto de rendir cuentas es el último acto de gestión, que sería incompleta si no se entregase al mandante todo lo que el mandatario ha hecho por él, es decir, todo lo que ha pagado y todo lo que ha recibido, las obligaciones que ha asumido frente a tercero y las que los terceros asumieran frente a él, debiendo resultar de la rendición de cuentas el índice de todas las operaciones, deseando que el mandante pueda tener la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario y pueda juzgar si ha administrado como un buen padre de familia» (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1969).

Según una Sentencia del Tribunal Supremo de 1891, el derecho a pedir cuentas compete al mandante y no al mandatario, quien está obligado no sólo a rendirlas, sino a justificarlas, si no se le relevó de

ello (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1946); pero si el mandante no pide ni exige comprobantes, existe una renuncia tácita de su derecho a reclamarlos (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1915).

Otra obligación del mandatario, dentro del capítulo de rendición de cuentas, es la de transmitir o entregar al mandante (la Sociedad) lo que adquirió por cuenta de éste; obligación correlativa de la que pesa sobre el mandante de hacerse cargo de lo que el mandatario le transmita o entregue, ya estudiada al ocuparnos de las obligaciones del mandante (10.3.1.2.1).

Si el gestor en posición de mandatario ha obrado en nombre propio, será el propio gestor quien habrá adquirido, y para que los bienes ingresen en el patrimonio del mandante (la Sociedad), por cuya cuenta fueron adquiridos, será necesaria una transmisión. En cambio, si el gestor en posición de mandatario obra no sólo por cuenta, sino en nombre del mandante (la Sociedad), es éste quien adquiere directamente del tercero que contrató con el gestor, y es suficiente la entrega (arts. 1.717 y 1.725 del Código Civil). Ambas figuras jurídicas—la transmisión y la entrega—están comprendidas dentro del artículo 1.720 del Código Civil, a cuyo tenor: «Todo mandatario está obligado a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiere al segundo» (10.3.1.2.1. Obligación 5.^a). El mandatario propio nombre viene obligado a realizar cuantos actos sean precisos para que lo que adquirió pase a figurar a nombre del mandante, porque si bien los derechos adquiridos por el mandatario en el mandato no representativo entran a formar parte de su patrimonio, esta titularidad es necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante.

Si proyectamos las consideraciones que preceden sobre la normativa del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el caso de que el Código Civil se aplique como derecho supletorio, veremos que, como en los actos y contratos comprendidos dentro del párrafo 1.º del artículo 7, el gestor debe obrar en nombre de la Sociedad, en ellos será bastante la entrega, y como en los actos y contratos contemplados en el párrafo 2.º del mismo artículo, el gestor puede obrar en nombre de la Sociedad o en nombre propio, en el primer caso será suficiente la entrega y en el segundo se requerirá una transmisión.

En el caso de que el Código Civil entre, en primer tiempo, a regir las obligaciones del gestor respecto de la Sociedad, porque el gestor actuante no haya asumido el encargo de constituirla, cambia el planteamiento, pero no las conclusiones. Lo primero, porque el gestor puede actuar indistintamente en nombre de la Sociedad o en su propio nombre, tanto en el supuesto del párrafo 1.º como en el del 2.º del artículo 7. Lo

segundo, porque si actúa en nombre de la Sociedad será bastante la entrega, y si actúa en nombre propio será necesaria la transmisión.

9. El gestor en posición de mandatario «debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato desde que se haya constituido en mora» (art. 1.724 del Código Civil).

10.3.2.5.2. *Caso de que sea aplicable el artículo 1.893 del Código Civil*

El gestor que, por ser aplicable el artículo 1.893, no se encuentra en la posición del mandatario, viene obligado:

1.º «A continuar la gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión si se hallase en estado de poder hacerlo por sí» (art. 1.888 del Código Civil). Nada obliga al gestor a inmiscuirse en los asuntos ajenos, pero si lo hace debe continuar la gestión hasta el fin. La simple injerencia implica, en la mente del legislador, una aceptación tácita de seguir hasta el fin. En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, la Sociedad, al actuar el gestor, no se halla en estado de poder sustituirle, por no tener aún personalidad jurídica, por cuya razón la obligación de seguir en el cuidado del asunto se presenta como única alternativa.

2.º El gestor debe anticipar las cantidades para llevar a término su gestión. Implícitamente esta obligación se deriva del artículo 1.893 del Código Civil, al aludir a que el dueño le indemnizará de los gastos.

3.º Debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.889 del Código Civil). Derivada de este precepto está la prohibición de emprender negocios de especulación.

En esta línea, el artículo 1.891 del Código Civil añade que «el gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando emprenda operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese por costumbre hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio». En lo primero podría fundamentarse la culpa; en lo segundo, el dolo.

Parece, a primera vista, que el artículo 1.891, que acaba de transcribirse, no es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, porque ésta, por su misma inexistencia, no puede haber tenido costumbre de proceder de un modo determinado. Sin embargo, creemos que es perfectamente defendible la opinión de PUIG PEÑA de que lo importante es el interés y la voluntad del dueño del negocio, según una consideración objetiva de las circunstancias del caso.

4.º «El gestor oficioso debe indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocio que

gestione. Los tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso» (art. 1.889 del Código Civil).

5.º Rendir cuentas de su gestión. «Aunque el Código Civil no imponga expresamente esta obligación, su observancia es perfectamente deducible de la naturaleza de la gestión de negocios» (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1950). «El que gestiona negocios ajenos debe dar cuenta de sus operaciones» (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1967). «Cuando se demuestra la administración de bienes y derechos, ello lleva aparejada la obligación de rendir cuentas, en los términos del artículo 1.720 del Código Civil, pues estando basada tal obligación en principios de moralidad y justicia, el acto de rendir cuentas es el último acto de gestión» (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1969). La sentencia precisa a continuación los requisitos de la rendición de cuentas, que han quedado pormenorizados anteriormente, al ocuparnos de la misma obligación a cargo del mandatario (10.3.2.5.1. Obligación núm. 8). «Allí donde hay gestión de negocios ajenos surge la obligación de ofrecer el resultado contable, que comprende los actos jurídicos, los actos económicos y aun los puramente materiales» (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1978).

6.º Entregar o transmitir a la Sociedad, al terminar la gestión, todo lo recibido por razón de la misma. La obligación es de simple entrega cuando el gestor ha obrado en nombre de la Sociedad, y de transmisión cuando ha obrado en su propio nombre. El fundamento jurídico de la distinción ya fue expuesto al ocuparnos de la misma obligación a cargo del mandatario. En esta obligación se comprende la de hacer entrega a la Sociedad de los títulos, y si el gestor ha obrado en propio nombre, la de hacerle cesión de las acciones contra tercero (10.3.2.5.1 y 10.3.2.5.3).

7.º Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la responsabilidad directa respecto de la Sociedad (art. 1.890 del Código Civil). Concuerda este artículo con el 1.722 del mismo Código, referente a la acción del mandante contra el sustituto.

8.º La responsabilidad de los gestores cuando fueren dos o más será solidaria (art. 1.890, párrafo 2.º, del Código Civil). Esta solidaridad constituye una excepción al principio de no solidaridad contenido en los artículos 1.137 y 1.138 del mismo Código. Únicamente será aplicable la responsabilidad solidaria—como es lógico—cuando la gestión sea en común, ya que si la pluralidad de gestores no fuera simultánea, sino sucesiva e independiente, cada uno responderá de sus propios actos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1977, al refe-

rirse a la responsabilidad de los gestores, a tenor del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, formula ciertas declaraciones, que a primera vista parecen incidir en la responsabilidad establecida en el artículo 1.890 del Código Civil, que estamos estudiando. No obstante, en realidad no es así, como veremos. Dice uno de los considerandos de la sentencia de referencia: «Es de notar, por una parte, que no existe responsabilidad conjunta de los gestores con la Sociedad, en orden a los contratos concluidos en nombre de ésta, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, puesto que una de dos, o la Sociedad otorga su aceptación dentro del plazo de tres meses desde aquella inscripción, en cuyo caso el contrato es válido y obliga exclusivamente a la Sociedad con el tercero, o no lo acepta dentro del referido plazo, en cuya hipótesis responden los gestores exclusivamente frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad, y por otra parte, que la solidaridad de que habla el mismo precepto (el art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas), siguiendo el precedente del artículo 120 del Código de Comercio, afecta únicamente a la responsabilidad de los gestores cuando hubieran sido varios los que contrataron con el tercero, no a la inexistente responsabilidad simultánea de los gestores con la Sociedad; de todo lo cual se infiere que habiendo sido condenada la Sociedad sobre la base de haberse ratificado por ella el contrato celebrado por su Administrador con el Arquitecto, dentro del plazo del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, jamás se podrá adicionar a esta condena otra contra el aludido Administrador, en concepto de responsable solidario con la Sociedad, sobre la base absolutamente contraria a lo anterior, de no haberse verificado la ratificación dentro del plazo legal».

Esta sentencia no desvirtúa la doctrina del artículo 1.890 del Código Civil, porque incide sobre distinto espacio jurídico. La sentencia que comentamos se refiere, en efecto, a la responsabilidad contractual de los gestores frente a la Sociedad; el artículo 1.890, párrafo 2.º, a la responsabilidad extracontractual por dolo, culpa o negligencia.

10.3.2.5.3. Si comparamos las obligaciones del gestor en los dos casos examinados: el de gestor en posición de mandatario (art. 1.892 del Código Civil) y el de gestor no sujeto a la normativa del mandato (artículo 1.893), percibimos las siguientes analogías y diferencias.

Analogías:

1.^a El mandatario queda obligado a cumplir el mandato (art. 1.728 del Código Civil); el gestor sin mandato, a continuar su gestión (artículo 1.888 del Código Civil).

2.^a Tanto el gestor en posición de mandatario de los negocios de la Sociedad Anónima en creación, como el gestor sin mandato, deben

anticipar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato o gestión, respectivamente (arts. 1.728 y 1.893 del Código Civil), ya que al actuar el gestor en posición o no de mandatario, la Sociedad todavía no tiene existencia legal.

3.^a Tanto el gestor en posición de mandatario, como el gestor no mandatario, deben hacer todo lo que haría un buen padre de familia (artículos 1.719 y 1.889 del Código Civil), así como responder de los daños y perjuicios (arts. 1.718, 1.726 y 1.889 del Código Civil) por dolo, culpa o negligencia.

4.^a Ni uno ni otro están obligados a tener informada a la Sociedad en el período de ejecución de su cometido (arts. 1.720 del Código Civil y 6 de la Ley de Sociedades Anónimas) porque aquella aún no existe jurídicamente y en la gestión de negocios, además, no puede existir comunicación previa entre el dueño y el gestor.

5.^a Tanto uno como otro están obligados a rendir cuentas (artículo 1.720 del Código Civil para el gestor en posición de mandatario, y jurisprudencia para el gestor no mandatario).

6.^a Tanto uno como otro están obligados a entregar o transmitir a la Sociedad cuanto hayan recibido (arts. 1.720 del Código Civil en el mandato, e implícitamente, art. 1.893 del mismo Código en la gestión de negocios, como contrapartida del abono de gastos al gestor) (10.3.1.2.1). En el mandato representativo, la obligación es de entrega; en el mandato propio nombre, de transmisión. En ambos casos, el derecho del *dominus* o del mandante tiene su tutela en la llamada acción directa.

7.^a Tanto uno como otro pueden delegar todos o algunos deberes de su cargo, respondiendo el mandatario ante el mandante y el gestor ante el *dominus* de los actos del delegado o sustituto, sin perjuicio de la responsabilidad directa de éste (arts. 1.721, 1.722 y 1.890 del Código Civil). La responsabilidad del gestor frente al *dominus* es, en ese supuesto, paralela a la del mandatario en el submandato.

Diferencias:

1.^a El mandatario no puede traspasar los límites del mandato. En la gestión de negocios no existe este límite porque no hay un contrato previo.

2.^a El gestor sin mandato no puede emprender operaciones arriesgadas. El mandatario puede emprenderlas si están comprendidas dentro del mandato. Ahora bien, como el gestor en posición de mandatario lo es en virtud de un mandato *a posteriori* (la aprobación de su gestión), al que la ley atribuye efectos retroactivos, y al actuar como gestor desconoce si habrá mandato (caso del art. 1.892) o simple gestión de negocios (casos del art. 1.893), no es prudente que las emprenda si quiere

asegurar la aprobación. Aparte de que ciertas operaciones arriesgadas pudieran infringir la obligación de hacer todo lo que haría un buen padre de familia.

3.^a El gestor sin mandato responde del caso fortuito si emprende operaciones arriesgadas (art. 1.891 del Código Civil). El mandatario no, siempre que la operación arriesgada esté comprendida dentro del mandato. Podrían reproducirse aquí las consideraciones hechas en el número 2 que precede.

4.^a El mandatario puede renunciar al mandato (art. 1.732 del Código Civil). El gestor sin mandato no, a menos que requiera al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí (art. 1.888 del Código Civil). No obstante, en la renuncia del mandatario, si el mandante sufre perjuicios, aquél debe indemnizarle (art. 1.726 del Código Civil). En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1), el gestor en posición de mandatario no puede renunciar al mandato, porque sólo puede adquirir tal condición, en virtud de la aprobación del artículo 1.892, cuando ya ha terminado su cometido.

5.^a Entre los mandatarios, frente al mandante no hay solidaridad, sino se ha pactado así (art. 1.723 del Código Civil). Este pacto es imposible en la gestión de la Sociedad Anónima en creación (1) por inexistencia de la Sociedad. Entre los gestores, aunque no pueda haber pacto con el *dominus*, hay solidaridad (art. 1.890 del Código Civil).

10.4. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE EL GESTOR Y EL TERCERO

Al abordar este capítulo, nos remitimos a las proposiciones básicas, formuladas al iniciar el estudio de los efectos de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (10).

Si aplicamos estas proposiciones a los actos y contratos comprendidos dentro del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y a las normativas de los factores y Comisión Mercantil, llegaremos a las siguientes conclusiones:

Con referencia a los actos y contratos comprendidos dentro del artículo 7, párrafo 1.º, es exigido para su aplicación que actúe un gestor que se encargue de la constitución de la Sociedad, que obre en nombre de ésta y que el contrato no sea necesario para la constitución de la misma, ya que si lo fuera no se aplicaría el párrafo 1.º, sino el párrafo 2.º, del artículo 7. Además, el precepto da por supuesto que el contrato se ha estipulado, pero no ejecutado.

El párrafo 2.º del artículo 7, según su tenor literal, se ocupa sólo de

las relaciones internas—el pago de los gastos de la constitución—, que ya fueron estudiadas (10.3.1.1.1). Vimos cómo los gastos necesarios se entienden aprobados automáticamente por el solo hecho de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil. Creemos que del mismo modo, la ratificación por la Sociedad de la actuación de los gestores, se entiende producida *ipso jure*, respecto de tercero, por la sola virtualidad de la inscripción de la Sociedad. Por lo demás, situándonos en el punto de vista de la jurisprudencia—que no compartimos (10.4.1.1)—, antes de la inscripción y a falta de inscripción, el gestor asume frente a tercero las obligaciones derivadas del acto o contrato otorgado. Ciertamente nada dice al respecto el párrafo 2.º del artículo 7, pero creemos que debe aplicarse el párrafo 1.º por analogía, ya que la *ratio legis* es la misma en ambos preceptos. No obstante, la aplicación a los actos y contratos del párrafo 2.º del artículo 7 de la normativa del párrafo 1.º exige, como es lógico, la presencia de los requisitos necesarios para la aplicación de este último precepto, ya enumerados antes, y que aparte de que actúe un gestor que se encargue de la constitución, son: que actúe en nombre de la Sociedad y no en nombre propio, y que el acto o contrato se haya estipulado y no ejecutado.

Los actos y contratos con finalidad constitutiva, no necesarios para la constitución, caen fuera del párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y parece que deben regirse por el párrafo 1.º, tanto respecto de la responsabilidad de los gestores frente a los terceros, como a la necesidad de que la Sociedad los ratifique para que se entiendan asumidos por la misma.

Para la aplicación de las normativas de los factores y de la comisión mercantil es necesario que el gestor se encargue de la constitución de la Sociedad y que obre por cuenta de la misma, y sólo esto último, unido a que el gestor no lo sea de la constitución, para la aplicación con carácter prioritario y no meramente supletorio de la normativa civil.

10.4.1. *Obligaciones de los gestores frente a los terceros*

10.4.1.1. *Artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas*

Al estudiar el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, no es difícil observar importantes discrepancias entre su tenor literal y la interpretación elaborada por un sector de la doctrina y recogida por la jurisprudencia.

Examinemos a continuación el texto legal y después esas discrepancias. La ley preceptúa, en el párrafo 1.º del artículo 7, que: «La validez

de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la Sociedad dentro del plazo de tres meses. En su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad».

A nuestro juicio, la interpretación correcta del precepto es que en el negocio jurídico otorgado hay sólo una oferta de contrato, que el tercero hace a la Sociedad Anónima en creación a través del gestor.

1.º No hay contrato entre el tercero y la Sociedad, porque para ello falta el consentimiento de ésta. Sólo lo habrá si la Sociedad, una vez inscrita, acepta la oferta dentro de los tres meses, cuya aceptación es completamente libre para ella. La aceptación aporta el consentimiento que faltaba y al producirse perfecciona el contrato.

El tenor literal del precepto respalda esta interpretación: A) Porque habla de aceptación y no de ratificación, con lo que da a entender que en la manifestación de voluntad del tercero hay sólo una oferta de contrato y no un contrato, porque sólo las ofertas se aceptan. Los contratos se asumen. No hay, en efecto, equivalencia entre aceptación y ratificación. En la situación jurídica que precede a la aceptación está inserta la manifestación de voluntad de una sola parte (el oferente); en la que precede a la ratificación están insertas las manifestaciones de voluntad de dos partes (el gestor que contrata en nombre del *dominus* y el tercero). El hecho de que sean varios los oferentes, los gestores o los terceros no altera el planteamiento. B) Porque el precepto subordina la validez del contrato a la inscripción de la Sociedad y a la aceptación por ésta dentro del plazo de tres meses, lo cual significa tanto como afirmar la invalidez si falta cualquiera de estos requisitos.

2.º No hay contrato entre el tercero y el gestor, porque si no lo hay para el tercero ni para la Sociedad, no debe haberlo para nadie y, por consiguiente, tampoco para el gestor. Si no hay contrato para el gestor, éste no debe asumir la obligación de cumplirlo a falta de aceptación por la Sociedad, salvo en el caso patológico de que el gestor hubiera procedido con dolo o culpa, ocultando al tercero su falta de poder (artículo 1.725 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1944). A este supuesto, y no a otro, se refiere la segunda parte del párrafo 1.º del precepto, al establecer la responsabilidad solidaria de los gestores.

De lo dicho se infiere que la Sociedad no asume ninguna obligación mientras no acepte, y que el gestor tampoco la asume, a menos que proceda con culpa o dolo. Sólo el tercero asume una obligación: la de mantener la oferta durante cierto tiempo por exigencias de la vida mercantil (10.4.2.1).

3.º Un importante sector de la doctrina sustenta, sin embargo, al respecto, un punto de vista diametralmente opuesto al que acabamos de exponer.

Entiende que los contratos contemplados en el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas son siempre válidos, con aceptación por la Sociedad o sin ella, y que la aceptación no afecta a la validez, sino a la determinación del patrimonio obligado, que será el de la Sociedad si hay inscripción y aceptación, y el de los gestores si falta cualquiera de estos requisitos.

Esta postura doctrinal, que difícilmente se armoniza—al menos, a nuestro juicio—con el texto del precepto que comentamos (el art. 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) cuenta, sin embargo, con el respaldo de la Jurisprudencia y constituye, por consiguiente, el Derecho vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Esta es la razón de que en este estudio hayamos seguido hasta aquí sus directrices y las sigamos en lo sucesivo, para no dejarlo despojado de toda utilidad práctica.

Integran la Jurisprudencia a que nos referimos, entre otras, las Sentencias que transcribimos a continuación:

La Sentencia de 12 de febrero de 1976 declara que: «No aceptado el contrato por la Sociedad después de inscrita en el Registro Mercantil, son, en su defecto, los fundadores y gestores de su constitución... los responsables de las obligaciones de aquél».

En la de 11 de mayo de 1961, se lee que: «Faltando estos requisitos, al no existir la personalidad jurídica que responda de los actos contractuales, las acciones derivadas de tales actos deben ejecutarse contra los gestores». Se trataba ciertamente de una Sociedad irregular (10.3.2.2, hacia el final) y no de una Sociedad en creación, pero el considerando es perfectamente aplicable a esta última.

En la de 28 de junio de 1973, los resultandos plantean el caso de determinada Sociedad, que dedujo demanda contra una Sociedad en constitución—y, por consiguiente, no inscrita—y contra otra persona, y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia, en cuanto condenaba al pago a la otra persona, y la revocó en cuanto a la Sociedad en constitución (1), por carecer de personalidad jurídica, en base a la siguiente doctrina: «La Sociedad no tiene existencia por falta de inscripción, lo cual debe conseguirlo el actor, y si no lo hace, como ocurre en el caso de autos, quien contrató en nombre de la Sociedad es responsable ante las personas con quienes hubiese contratado, y siendo así que ésta no está inscrita, es el demandado ante la actora el responsable, con todas las consecuencias del contrato suscrito y por tal obligación de pago...».

En la de 28 de enero de 1969, que transcribiremos más ampliamente después, en este mismo capítulo, se declara que: «La falta de inscripción

de la Sociedad en el Registro Mercantil es suficiente para desatar la responsabilidad de los gestores, siempre que las personas con quienes hubieren éstos contratado... reclamen el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato...».

Menos explícita es la Resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de febrero de 1980, que sólo citamos por lo reciente de su fecha, en la que escuetamente se afirma «la responsabilidad de los gestores frente a las personas con quienes hubiesen contratado». La Dirección, como es natural, no contempla ni puede contemplar si existe dolo o culpa, y, por consiguiente, al formular la declaración transcrita viene a situarse en la misma línea que las sentencias anteriores.

Ya colocados dentro de la órbita de la doctrina jurisprudencial que precede, aunque no la compartamos, parece obligado admitir que el artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, al subordinar la responsabilidad de los gestores frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad a la condición—*condictio iuris*—de la falta de inscripción o aceptación—cuya subordinación se infiere claramente de las palabras «en su defecto»—, da a entender que para exigir responsabilidad a los gestores habrá que esperar a que se produzca alguno de estos hechos negativos.

No obstante, el sector doctrinal al que hemos hecho referencia, considerando que este punto de vista sería, sin duda, absurdo porque no señalándose en la ley plazo para la inscripción de la Sociedad, podría dilatarse indefinidamente la perfección del contrato en perjuicio del tercero, interpreta el precepto en el sentido de que el tercero puede exigir tal responsabilidad en todo momento, siempre que su reclamación no sea extemporánea, y que sólo lo sería si se dedujera después de la inscripción de la Sociedad o antes que las obligaciones a cargo de los gestores fueran exigibles según los términos del contrato. Lo primero, porque la inscripción en el Registro imprime fijeza al plazo de tres meses, al conocerse con certeza la fecha desde la cual debe contarse. Lo segundo, porque para que pueda reclamarse el cumplimiento de cualquier obligación es requisito esencial su exigibilidad en el momento en que la reclamación se deduzca. En los contratos bilaterales, el tercero reclamante deberá haber cumplido sus obligaciones vencidas.

Es ilustrativa al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969, en parte transcrita anteriormente, en la que se declara que: «Para exigir las responsabilidades originadas por el contrato concluido en nombre de la Sociedad Anónima antes de su inscripción en el Registro Mercantil, el tercero que contrató con el gestor y da cumplimiento a sus obligaciones contractuales, no necesita esperar a que la Sociedad adquiera personalidad jurídica por la referida inscripción y que

transcurra el plazo de tres meses, y que para el supuesto de no aceptación por ésta del contrato concluido en su nombre pueda accionar frente al gestor». A lo que añade en otro considerando: «Este recurso gira en torno al momento de nacimiento de la responsabilidad *ex lege* de los gestores, y para resolverlo basta y sobra tener presente: Primero, el texto de aquel inciso cuya frase inicial es «en su defecto», la cual se refiere a la falta de los requisitos enunciados en la proposición primera de igual párrafo, pero teniendo en cuenta que la falta del primero, o sea, de la inscripción en el Registro Mercantil, implica la imposibilidad jurídica de la producción del segundo; ya no es que el defecto de inscripción es suficiente para desatar la responsabilidad de los gestores, siempre que las personas con quienes hubieran contratado en nombre de la Sociedad reclamen antes de producirse aquélla el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato. Segundo, la *ratio legis* del artículo 7, ya que conteniendo una serie de disposiciones en favor de los gestores, el tercero, lejos de encontrarse protegido, quedaría en el mayor desamparo si tuviera que esperar *sine die* a que acaso llegara a inscribirse la Sociedad en el Registro Mercantil, y a que dentro de tres meses ratificara o no ratificara el contrato, para ejercitar su acción contra ella en el primer caso, o contra los gestores o adquirentes de ellos en el segundo, cuando, por el contrario, la ley establece la responsabilidad de los gestores precisamente para dejar a cubierto los intereses del tercero del menoscabo que podría sufrir a causa de la falta de constitución de la Sociedad Anónima y para sancionar la inobservancia de las normas del artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que debe declararse que los gestores, frente a las personas con quienes hubieran contratado en nombre de la Sociedad, son solidariamente responsables si en el momento de consumación del contrato no está inscrita aquélla en el Registro Mercantil».

Al tratar de resumir la doctrina jurisprudencial que acabamos de exponer es conveniente distinguir entre la existencia y la exigibilidad del contrato.

En cuanto a la existencia, el contrato no existe para la Sociedad hasta que ésta lo ratifica. Para el gestor, en cambio, el contrato que le liga personalmente con el tercero, se reputa inicialmente existente.

Y por lo que respecta a la exigibilidad, ésta puede pasar por cinco períodos o fases: 1.º Desde la estipulación del contrato hasta que éste, según lo pactado, sea exigible, no pueden exigirse al gestor sus obligaciones contractuales. La exigibilidad se halla en fase de suspensión. No existiría esta primera fase si el contrato, según sus términos, fuera inmediatamente exigible. 2.º Desde que el contrato sea exigible hasta la inscripción de la Sociedad, el tercero puede exigir al gestor el cumpli-

miento de sus obligaciones contractuales. 3.º Desde la inscripción de la Sociedad hasta que ésta ratifique el contrato o transcurran los tres meses sin que haya ratificación, la exigibilidad de las obligaciones contractuales al gestor se halla otra vez en fase de suspensión. 4.º A partir de la ratificación, la Sociedad asume los efectos del contrato, quedando los gestores exonerados de responsabilidad, y 5.º Si transcurren los tres meses a partir de la inscripción sin que la Sociedad ratifique el contrato, se pasa de la fase de exigibilidad suspendida, a la que nos referíamos en el número 3 que precede, a una fase de exigibilidad efectiva, en la que las obligaciones contractuales de los gestores adquieren carácter definitivo y pueden ser exigidas por el tercero en cualquier momento. Las situaciones jurídicas contempladas en los períodos 4.º y 5.º, por ser contradictorias, sólo pueden producirse en forma alternativa.

Es de notar, sin embargo, que si en el contrato entre gestor y tercero, se ha pactado que el primero quede exonerado de responsabilidad o se ha condicionado la eficacia del contrato a la ratificación y la Sociedad la niega, el gestor no incurre en responsabilidad frente al tercero.

Por lo demás, llegado el caso de que por falta de inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil o de ratificación dentro de los tres meses, las relaciones jurídicas derivadas del contrato queden establecidas definitivamente entre el gestor y el tercero, con exclusión de la Sociedad, si el gestor no cumpliera sus obligaciones contractuales, el tercero podrá optar, siendo el contrato bilateral, entre exigir el cumplimiento o la resolución, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible (art. 1.124 del Código Civil).

La subrogación de los gestores en la posición de la Sociedad, frente a las personas con quienes contrataron en nombre de la misma, puede ser convertida, a voluntad del tercero, en una obligación de indemnizar daños y perjuicios, porque habiendo contratado los gestores en nombre de la Sociedad, la sustitución de ésta por los propios gestores, como parte obligada, requiere el consentimiento del tercero, de acuerdo con el artículo 1.205 del Código Civil, a cuyo tenor la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo, no puede hacerse sin consentimiento del acreedor.

Conviene matizar que la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto no establece, con su interpretación del artículo 7, la responsabilidad contractual de los gestores ante la Sociedad, sino sólo frente a los terceros.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1977, comentada al referirnos a las obligaciones de los gestores respecto de la Sociedad (10.3.2.5.2), no contradice el artículo 1.890 del Código Civil, al aludir a «la inexistente responsabilidad simultánea

de los gestores frente a la Sociedad», ya que el artículo del Código Civil se refiere a la responsabilidad extracontractual, y la sentencia, a la responsabilidad contractual.

En lo que existe completo acuerdo entre el precepto y la doctrina que lo interpreta es en el carácter solidario, siendo varios, de la responsabilidad de los gestores frente a tercero. Los efectos internos y externos de esta solidaridad serán los normales y, por consiguiente, el tercero podrá dirigir sus acciones contra cualquiera de ellos, y el gestor que pagó puede reclamar después a los demás su parte (arts. 1.144 y 1.145 del Código Civil).

La interpretación jurisprudencial que ha quedado expuesta ha sido elaborada en función de intereses y no de conceptos. Se ha querido proteger el interés del tercero y el de la Sociedad—ambos, sin duda, dignos de protección—, y se ha desatendido el tenor literal del precepto y los conceptos contenidos en el mismo.

La misma Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969, ya aludida anteriormente, reconoce que la finalidad perseguida es doble: de una parte, «dejar a cubierto los intereses del tercero, del menoscabo que pudiera sufrir por la falta de inscripción de la Sociedad», y de otra, «sancionar la inobservancia del artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas». A lo que añade la Dirección General de los Registros que el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas tiende a evitar que hasta que la Sociedad haya nacido, se vea en el trance de asumir obligaciones, que pueden ser exorbitantes, contraídas por los gestores, a los que por eso se hace solidariamente responsables.

No debe olvidarse que la protección a los terceros y los estímulos a los gestores están en razón inversa, y que por ello todo aumento de protección a los primeros provoca una disminución de estímulos a los segundos.

10.4.1.2. *Responsabilidades de los fundadores respecto de tercero*

Rige en esta materia el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas, que ya fue estudiado en ese aspecto al ocuparnos de las obligaciones y responsabilidades de los fundadores frente a la Sociedad (10.3.2.2).

10.4.1.3. *Obligaciones de los factores respecto de tercero*

Están enmarcadas dentro del artículo 287 del Código de Comercio, a cuyo tenor: «El contrato hecho por un factor en nombre propio le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado;

mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal».

Esta responsabilidad dual del factor frente al tercero, procedente del Derecho romano, marca una notoria diferencia respecto de la normativa de la comisión mercantil, que examinaremos después (10.4.1.4). En efecto, si el factor obra en su propio nombre, quien contrató con él puede proceder, a su elección, contra el factor o contra el principal (art. 287 del Código de Comercio). En cambio, si es el comisionista quien obra en su propio nombre, sólo él y no el comitente queda obligado frente al otro contratante (art. 246 del Código de Comercio).

La razón de esa diferencia de trato jurídico se encuentra en que el factor está hecho para obrar en nombre del principal, y el comisionista está hecho principalmente con vistas a que obre en su propio nombre.

La ley no quiere que el factor actúe en propio nombre, en cuyo caso, de aplicarse la normativa de la comisión mercantil o del mandato civil, el principal quedaría al margen del contrato, y para evitarlo sale al paso de cualquier presión que el principal pudiera ejercer sobre el factor, tendente a que éste obre en propio nombre, y establece que principal y factor queden obligados frente al otro contratante.

No obstante, como razonaremos al estudiar las obligaciones de la Sociedad respecto de las personas que contraten con el factor, pensamos que el artículo 287 del Código de Comercio, en lo que se refiere a la obligación del principal, no es aplicable a la Sociedad Anónima en creación, porque sólo lo es en las operaciones de giro y tráfico, que antes de la inscripción y consiguiente nacimiento jurídico de la Sociedad no pueden estar delimitadas (8.3).

Excluida, conforme al precedente razonamiento, la obligación de la Sociedad—que, por otra parte, en el caso del párrafo 1.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, no existe sin ratificación—, queda sólo la obligación del factor frente al tercero, cuya doctrina viene a coincidir con la de la comisión mercantil.

10.4.1.4. *Obligaciones del comisionista frente a tercero*

«Cuando el comisionista contrate en nombre propio no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratarse, las cuales no tendrán acción contra el comitente ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que, respectivamente, correspon-

dan al comitente y al comisionista entre sí» (art. 246 del Código de Comercio).

«Si el comisionista contratare en nombre del comitente deberá manifestarlo, y si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellidos y domicilio de dicho comitente. En el caso previsto en el párrafo anterior, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y las personas que contrataren con el comisionista, pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató mientras no pruebe la comisión, si el comisionista la negara, sin perjuicio de las acciones respectivas entre el comitente y el comisionista» (art. 247 del Código de Comercio).

Los dos artículos transcritos están en línea, respectivamente, con los artículos 1.717 y 1.725 del Código Civil, referentes del contrato de mandato, lo cual no es de extrañar, ya que el contrato de comisión mercantil es un contrato de mandato caracterizado por dos notas peculiares: tener por objeto un acto u operación de comercio y ser comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista (artículo 244 del Código de Comercio).

Los artículos 246 del Código de Comercio y 1.717 del Código Civil coinciden casi totalmente. No hay discrepancia en que no sea necesario declarar en la comisión quién sea el comitente, porque en el mandato propio nombre no hay tampoco obligación de declarar quién sea el mandante, aunque no lo diga el artículo 1.717. Hay completa coincidencia en que contratando el comisionista o el mandatario en su propio nombre, quedan ambos obligados directamente, como si el negocio fuera suyo, respecto de las personas con quienes contrataron, las cuales no tendrán acción contra el comitente o el mandante, ni éstos contra aquéllas.

No hay, sin embargo, coincidencia en la excepción prevista en el artículo 1.717 del Código Civil, y omitida en el 246 del Código de Comercio, de que cuando se trate de cosas propias del mandante, el obligado no es el mandatario, sino el mandante. Quizá pudiera defenderse la aplicación de la excepción a la comisión mercantil, pero no vamos a hacerlo, porque estudiamos aquí el paralelismo entre comisión y mandato sólo en función de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, a la que es dudoso si tal excepción le es aplicable, incluso dentro del Derecho civil, como razonaremos al comentar su normativa (10.4.1.5, al final).

Asimismo existe una coincidencia sustancial entre los artículos 247 del Código de Comercio y 1.725 y 1.727 del Código Civil, en el sentido de que tanto el mandatario como el comisionista que obren en nombre del mandante o del comitente, no son responsables personalmente a la

parte con quien contraten, ya que el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el mandante o el comitente y las personas que contrataren con el mandatario o el comisionista. Por lo demás, si el mandatario, según el artículo 1.725 del Código Civil, responde personalmente a la parte con quien contrata cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato, o bien, según la jurisprudencia, cuando obra sin poder, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes o de su falta de poder, también responde el comisionista en los mismos casos, aunque el artículo 247 del Código de Comercio sólo recoja el de que no pueda probar la comisión si el comitente la negara, supuesto equivalente al de que obrara sin poder. Hay asimismo coincidencia en el modo como se concreta la responsabilidad del mandatario o del comisionista, que en ambos casos es en la asunción de los efectos del contrato como si fuera propio, concreción establecida explícitamente en el artículo 247 del Código de Comercio, y silenciada en el artículo 1.725 del Código Civil, pero respaldada unánimemente por la doctrina (10.4.2.3).

10.4.1.5. *Normativa de Derecho civil. Obligaciones del gestor frente a tercero*

Decíamos al comentar el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas que en los actos y contratos comprendidos dentro de su párrafo 1.º, el gestor debe obrar en nombre de la Sociedad, y que en los comprendidos dentro de su párrafo 2.º, puede obrar en nombre de la Sociedad o en su propio nombre. Si en los actos y contratos del párrafo 1.º, el gestor obrara en su propio nombre, no sería aplicable dicho precepto.

Dentro del Derecho civil, no procede la distinción apuntada, porque es aplicable este Derecho—con carácter supletorio si el gestor lo es de la constitución de la Sociedad, o prioritario en otro caso—tanto si el gestor obra en nombre de la Sociedad, como si lo hace en su propio nombre.

El Código Civil, en la sección dedicada a la gestión de negocios ajenos, se ocupa sólo de las relaciones internas entre el gestor y el *dominus*, y no de las relaciones entre gestor y terceros.

El artículo 1.259 del mismo Código declara la nulidad de los contratos celebrados a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin tener por la ley su representación legal, pero no nos ilustra acerca de las responsabilidades y obligaciones que asume quien celebra tales contratos.

En la búsqueda de una normativa específica que regule las relaciones entre los gestores y las personas que con ellos contrataron, se hace

necesario acudir a la del contrato de mandato, aplicable por analogía, y dentro de ella a los artículos 1.717, 1.725 y 1.727 del Código Civil.

El artículo 1.717 del Código Civil dispone que: «Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante». «En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso de que se trate de cosas propias del mandante.»

El artículo 1.725 preceptúa que: «El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes». La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1944 declara que este precepto es aplicable al caso de ausencia total de poder cuando el gestor no pone en conocimiento del tercero su falta de poder, ya que la *ratio legis* es idéntica. El artículo transcrito no concreta en qué consiste la responsabilidad personal del mandatario o gestor. No tiene entrada en este punto el artículo 1.902 del Código Civil, que establece una responsabilidad extracontractual de indemnización de daños y perjuicios en los casos de culpa o negligencia. La responsabilidad del mandatario o gestor es contractual, ya que queda obligado frente al tercero a cumplir las obligaciones del contrato, como si el asunto fuera personal suyo. Al igual que cuando contrata en su propio nombre.

A cuya doctrina añade el artículo 1.727 del Código Civil que: «El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario hubiera contraído dentro de los límites del mandato. En lo que el mandatario se haya excedido (a cuyo caso se equipara el de ausencia total de poder propio de la gestión de negocios ajenos), no queda obligado el mandante (la Sociedad) sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente».

Cabe, pues, enmarcar las obligaciones del gestor respecto de los terceros dentro de dos figuras jurídicas distintas: cuando el gestor obra espontáneamente en su propio nombre, y cuando obra en nombre del *dominus* sin tener poder, nota característica de la gestión de negocios ajenos. En el primer caso, el obligado frente al otro contratante es el gestor. El es quien asume los efectos del contrato inicial y definitivamente, haya o no ratificación, ya que ésta, mejor llamada en tal caso, aprobación, sólo produce efecto, en el orden interno, entre el gestor y el dueño (la Sociedad). En la segunda figura jurídica, si el gestor da conocimiento al tercero que contrata con él de la falta de poder, no surge ninguna obligación a cargo del gestor. La obligación surgirá a cargo de la Sociedad, si ésta ratifica después la gestión. En cambio, si el gestor no

pone en conocimiento del tercero su falta de poder, asume las obligaciones del contrato celebrado, cuyas obligaciones se desplazarán después hacia la Sociedad, si ésta ratifica el contrato.

A pesar de que el gestor o mandatario propio nombre asuma personalmente los efectos del contrato, contrae la obligación de transmitir o entregar al dueño todo lo que haya adquirido, porque su titularidad es provisional, en el aspecto interno, en tránsito hacia el patrimonio del dueño (la Sociedad). El patrimonio del gestor o del mandatario permanece, pues, inalterado, sin experimentar incremento ni merma, salvo en el caso de gestión o mandato retribuidos (10.3.2.5.1. Obligación núm. 8).

Como observa un autor, el remedio técnico para que el *dominus* pueda hacerse responsable de las obligaciones bilaterales contraídas por el gestor propio nombre es la asunción de contrato (lado del *dominus*) o la cesión de contrato (lado del gestor). Lo cual significa un cambio en la persona del deudor, que requiere el consentimiento del acreedor o persona con quien contrató el gestor propio nombre (art. 1.205 del Código Civil).

En línea con lo que llevamos expuesto, se encuentran las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1941, 25 de febrero de 1956, 17 de diciembre de 1959, 3 de febrero de 1965 y 8 de junio de 1966, entre otras, en las que se declara que «al mandato no le es natural el principio de representación, como resulta del artículo 1.717 del Código Civil y de lo que resulta con singular aplicación a la representación misma en el artículo 1.259 del Código Civil»; que «así como el mandato no representativo liga exclusivamente las voluntades del mandante y mandatario» (el primero con el segundo, y éste con las personas que con él contrataron), «el poder a través de este último vincula la del mandante con el tercero y, por consiguiente, admitido por la doctrina que la simple ocultación a los terceros del nombre del mandante puede ser obra de una conveniencia legítima...»; que «cuando el mandatario actúa en su propio nombre no hay *contemplatio domini*, quedando el mandatario directamente obligado a favor de los terceros, como si el asunto fuera personal suyo, ya que para el tercero no hay otro contratante que el mandatario»; que «nuestro Código Civil admite el mandato puro en el artículo 1.717, párrafos 1.º y 3.º, conteniendo el primero una *denegatio actionis* entre tercero y *dominus*, y aclarándose en el segundo la vigencia de las acciones directa y contraria entre mandante y mandatario, porque si bien excluye la representación, no anula el mandato ni, por consiguiente, sus dos acciones típicas», y que «si el mandatario concertó los contratos en nombre propio, aunque por cuenta de la empresa compradora, de la que es titular su madre, sin poner en conocimiento del ter-

cero su representación, es evidente que el mandatario quedó vinculado con el tercero y que debe responder frente a él directa y personalmente».

Como resumen de lo expuesto pueden sentarse las siguientes conclusiones:

El gestor responderá directamente frente a los terceros que con él contraten:

1.^a Cuando contrate en su propio nombre, salvo que se trate de cosas propias del *dominus*.

2.^a Cuando contratando en nombre del *dominus*, se obligue a ello expresamente, garantizando así al tercero la obligación contraída en nombre del *dominus*.

3.^a Cuando contratando asimismo en nombre del *dominus*, no haya dado al tercero conocimiento de su falta de poder y el *dominus* no haya ratificado expresa o tácitamente la gestión, ya que la ratificación suple al mandato previo.

La obligación directa del mandatario propio nombre, respecto a la persona con quien contrató, tiene, sin embargo, una excepción consagrada en el artículo 1.717, a la que ya nos hemos referido: la de que se trate de cosas propias del mandante.

Al entrar en el estudio de esta excepción conviene hacer dos advertencias previas:

La primera es que no debe darse al sustantivo cosas un sentido restringido, sino el más amplio de asuntos o negocios (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1966).

La segunda, que el requisito fundamental para que sea aplicable la excepción y los efectos se produzcan en la cabeza del *dominus* y no del gestor, es que haya notoriedad en que se trata de cosas del *dominus*. La notoriedad entraña una presunción de conocimiento, y el conocimiento que aquí interesa es el del tercero. La notoriedad debe concurrir en el momento de la celebración del acto o contrato. Si el tercero conoce sólo posteriormente que las cosas son propias del *dominus* no se producen los efectos de la notoriedad. Si se hace constar en el contrato entre gestor y tercero que las cosas sobre que versa son del *dominus* quedará probado, como es obvio, el conocimiento del tercero. En otro caso, deberán utilizarse los demás medios de prueba admitidos en Derecho.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1966, ya citada, declara al respecto que «en el supuesto de negocios o cosas propias del mandante, el párrafo 2.º del artículo 1.717 del Código Civil abre las puertas a una excepción, porque aun cuando el mandatario actúe en nombre propio, como las cosas son del mandante, aparece *ipso facto* el mandato, puesto que el mandatario no puede disponer o actuar en rela-

ción a ellas sino en tal calidad, y tanto el mandante como el tercero no pueden menos que darse cuenta de que se trata de un acto de mandato; sólo cuando las cosas son notoriamente del mandante, no cabe titularidad del mandatario porque se trata de representación directa, de *contemplatio domini es facti circumstantiis sive ex re* o de poder por apariencia; mas cuando las cosas del *dominus* no tienen notoriedad suficiente para montar un poder por apariencia, sólo existirá una responsabilidad *adjectitia qualitatis*, una *actio in rem verso*, para reclamar no las obligaciones del contrato al *dominus*, sino sólo el enriquecimiento».

Dentro del marco de la Sociedad Anónima en creación, no cabe que el gestor venda en nombre propio bienes de la Sociedad, porque como ésta aún no ha nacido, no puede tener bienes, pero sí cabe que venda los del propio gestor, que haya adquirido en su propio nombre y por cuenta de la Sociedad. La venta, en este caso, requeriría menos trámites que la venta de los bienes propios de la Sociedad, porque para la venta de estos bienes por el gestor propio nombre, se requeriría que la Sociedad se los hubiera transmitido previamente—cosa imposible por carecer de personalidad—, ya que el gestor no puede vender bienes ajenos, mientras que los bienes que haya adquirido propio nombre y por cuenta del *dominus* son ya del gestor y no necesitan ninguna transferencia previa.

Cabe también que el gestor administre los bienes adquiridos propio nombre y por cuenta de la Sociedad, realizando así nuevos actos de gestión.

Asimismo cabe que el gestor compre bienes en su propio nombre y por cuenta de la Sociedad. En este grupo quedarán enmarcados la mayoría de los actos de gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación otorgados por el gestor propio nombre.

El fundamento de la excepción se encuentra en que si faltara podrían producirse grandes fraudes, quedando burlados los derechos de los terceros.

A la excepción que estudiamos se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1900 y 10 de julio de 1946, aparte de la de 8 de junio de 1966, ya transcrita parcialmente dentro de este capítulo.

En la de 1 de mayo de 1900, se trataba de unos valores depositados en un Banco. Este los devolvió al mandatario del dueño, que teniendo poder para reclamarlos, los retiró en su propio nombre. El Tribunal Supremo declaró que si se trata de cosas del mandante, aunque el mandatario obre en su propio nombre, queda aquél sujeto al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Y en la de 10 de julio de 1946, se declara que «cuando las cosas pertenezcan al mandante, las consecuencias jurídicas de lo hecho por

el mandatario afectan directamente a aquél, surtiendo iguales efectos que la verdadera representación».

No queremos silenciar, antes de cerrar este capítulo, que la aplicación de la excepción que estudiamos, a la Sociedad Anónima en creación, presenta sus dudas. En favor del sí puede aducirse que el artículo 1.717 del Código Civil es el único precepto que regula los efectos de la actuación del mandatario propio nombre en nuestra legislación civil y que, por consiguiente, es preciso recurrir a él en la contratación propio nombre del gestor, aunque sea por analogía, y que si debe ser aplicado, debe serlo en su regla general y en su excepción. Y en favor del no, que la *ratio legis* de la excepción que estudiamos es la existencia de un poder por apariencia y de la *contemplatio domini*, y en el caso de la Sociedad Anónima en creación falla el poder por apariencia, porque una Sociedad inexistente no puede haber otorgado poder, y es dudoso que el tercero contratara en contemplación de una Sociedad inexistente aún y de existencia futura incierta, y no en contemplación del gestor que contrató directamente con el tercero.

Parece que el sí es más defendible si el contrato se otorga durante el período de Sociedad en constitución, en el que por haberse ya otorgado la escritura fundacional es más probable que la Sociedad llegue a nacer, y por lo mismo más verosímil la *contemplatio domini* (10.4.2.4).

10.4.2. *Obligaciones de los terceros contratantes*

10.4.2.1. *Normativa de Derecho mercantil. Artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas*

Al estudiar las obligaciones de las personas que contrataron con los gestores de la Sociedad Anónima en creación, se plantean de entrada las siguientes cuestiones: 1.ª Si tales personas quedan vinculadas por los contratos que otorguen. 2.ª Naturaleza y clase de esta vinculación. 3.ª Efectos que de la misma se derivan.

1.º El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas guarda silencio acerca del particular, pero la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian en favor de la vinculación.

Esta tiene que producirse, incluso si se entiende que el negocio jurídico otorgado no es un contrato, sino una simple oferta de contrato, porque en Derecho mercantil las ofertas de contrato producen un efecto vinculante para el oferente. Con mayor razón, el tercero debe quedar vinculado, si se estima que el negocio jurídico otorgado es un contrato,

con efectos parcialmente suspendidos. La diferencia se encontraría en la perdurabilidad de la vinculación, más breve en las ofertas de contrato, por la agilidad que reclama el tráfico mercantil.

2.º Según la doctrina dominante y la jurisprudencia, en el negocio jurídico del tercero hay algo más que una oferta de contrato. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969, ya transcrita, al hablar de las obligaciones de los gestores respecto de las personas con quienes contrataron, se declara lo siguiente: «El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas describe uno de los casos conocidos en la dogmática jurídica con el nombre de validez o invalidez suspendida, pendiente incierta o eventual...». A lo que añade, de modo más explícito, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974, que durante el término de tres meses, el tercero no puede revocar el consentimiento que prestó. Consentimiento que, por lo demás, tampoco puede revocar antes de los tres meses, como veremos en seguida, al estudiar los efectos de la vinculación del tercero (5).

Insistiendo en lo dicho, podemos afirmar que la situación jurídica que engendran los actos y contratos encuadrados dentro del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas tiene carácter interino o transitorio.

Según ENNECERUS, caben los siguientes tipos de situaciones interinas, que enumeramos por orden de mayor a menor seguridad, en las relaciones jurídicas que originan:

A) Derechos no vencidos o a plazo. El derecho ya existe, pero su contenido no se dirige al señorío inmediato, sino al señorío cuando llegue el momento del vencimiento.

B) Derechos en estado de pendencia.

C) Derechos de expectativa en estado de pendencia.

D) Situaciones de mera vinculación originadas por declaraciones de voluntad, que si bien no producen de momento derecho subjetivo alguno, ni en particular ningún derecho de pendencia o expectativa, obtienen ya una consistencia sólida, independiente de la perduración de aquella voluntad, de suerte que al cumplirse los demás requisitos, se produce el efecto jurídico, aunque en el término intermedio el autor de la declaración de voluntad haya fallecido o perdido su capacidad, o haya perdido el derecho de que dispuso mediante la declaración de voluntad. Este estado, en el término intermedio, puede ser designado con el nombre de mera vinculación.

Las situaciones jurídicas relativas a derechos en estado de pendencia y derechos de expectativa en estado de pendencia, pueden refundirse en una sola: los derechos en estado de pendencia. En esta situación jurídica, el Derecho otorga su protección en favor de sujetos transitoria

mente indeterminados. El contenido del derecho subjetivo no experimenta alteración, pero las personas que declararon su voluntad quedan vinculadas por tal declaración, en espera de que el sujeto definitivo quede determinado. La nota más característica de estas situaciones es, pues, la incertidumbre respecto de quién será, en definitiva, el titular de los derechos subjetivos cuando la situación interina se estabilice.

Tratando de encasillar la vinculación de las personas que contraten con los gestores, dentro de los diferentes tipos de vinculación que anteceden, hay que excluir el plazo y la mera vinculación. En la vinculación del tercero hay menos seguridad o certidumbre que en las obligaciones a plazo, en las que los titulares de los derechos subjetivos están determinados, y la certeza se proyecta no sólo sobre el *sí* y el *cuando*, sino también sobre el *quién*. En la vinculación del tercero hay, por otra parte, más seguridad que en la mera vinculación.

A nuestro juicio, la situación interina que se origina en la vinculación de las personas que contraten con los gestores, es una situación de pendencia, porque los derechos subjetivos no tienen de momento un sujeto definitivo. Su titular definitivo será la Sociedad, si una vez inscrita en el Registro Mercantil, ratifica el contrato dentro de los tres meses, o los gestores que contrataron en nombre de la Sociedad, si falta la inscripción o la ratificación. Es una situación interina, en cierta manera semejante a la que cobija los derechos constituidos bajo condición, los derechos eventuales del concebido, pero no nacido, y los derechos eventuales del ausente. No hay en cambio concordancia, si comparamos la situación interina que estudiamos, con las obligaciones alternativas, en las que es incierto cuál obligación será exigible, pero no quién la podrá exigir.

En el sentido expuesto, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 enero de 1969, ya aludida en este mismo capítulo, declara que la figura jurídica de validez o invalidez suspendida a que da lugar el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas se caracteriza «porque en el período intermedio entre la fecha del contrato y aquella otra en que tengan realidad los demás requisitos particulares para la validez del negocio, aquel contrato no puede calificarse todavía de válido ni de inválido, y por consiguiente tampoco de válido condicionalmente».

3.º Los efectos jurídicos que produce la vinculación del tercero son los dos siguientes: A) Que el tercero no puede ser compelido a cumplir sus obligaciones hasta que la situación interina en la que está inmerso adquiera estabilidad; y B) Que no puede revocar su consentimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974, asimismo aludida en este mismo capítulo, se pronuncia en los siguientes términos: «El acto del mandatario (gestor) es válido y producirá efectos

—con su consiguiente responsabilidad—frente al tercero con quien contrató, pero necesita de aquella aceptación en el indicado término de tres meses, durante el cual el tercero no puede revocar el consentimiento que prestó para que vincule a la Sociedad en cuyo nombre se dijo actuar...» Esta declaración jurisprudencial de irrevocabilidad del consentimiento se circunscribe, pues, al período de tres meses siguientes a la inscripción, lo cual parece obedecer a que la cuestión litigiosa se constreñía a este término.

Pensamos, no obstante, que los dos efectos de la vinculación del tercero—la no exigibilidad de sus obligaciones y la irrevocabilidad de su consentimiento—deben alcanzar un período de tiempo más dilatado, porque ambos efectos son consecuencia de la interinidad de la situación jurídica creada, y ésta nace en el mismo momento de la estipulación del contrato y dura hasta su ratificación por la Sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción en el Registro Mercantil, o hasta el transcurso de este término sin que medie ratificación, momentos en los cuales será ya conocido el titular definitivo de los derechos subjetivos.

Según el profesor GARRIGUES, el tercero debe requerir a la Sociedad, una vez inscrita, para que declare si acepta o no. Si la Sociedad contesta que no, o no contesta dentro del término de tres meses desde la inscripción, queda liberada la Sociedad, pero el tercero no puede volverse atrás dentro de los tres meses.

El esquema precedente se quiebra, sin embargo, en dos puntos:

El primero en el supuesto de ratificación anticipada, recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1969, al declarar que la ratificación por todos los socios, después de otorgada la escritura de fundación y antes de la inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil, equivale a la ratificación por la Sociedad. Esta sentencia, que, en contra del texto terminante del artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, permite adelantar la ratificación, otorgándola en fecha anterior a la inscripción, será comentada al estudiar las relaciones jurídicas entre la Sociedad y los terceros.

El segundo, en el supuesto de exigibilidad anticipada, recogido por la sentencia de 28 de enero de 1969—transcrita ampliamente al estudiar las obligaciones del gestor frente a las personas con quienes contrató (10.4.1.1)—, que faculta al tercero que da cumplimiento a sus obligaciones contractuales para que, sin esperar a que la Sociedad se inscriba y que transcurra el plazo de tres meses sin aceptación pueda accionar contra el gestor. La misma sentencia aduce el fundamento jurídico que respalda su declaración. No es éste, sin embargo, el momento de fundamentar el fallo, sino de extraer sus consecuencias.

De la necesaria correlación entre los derechos del gestor y del tercero se derivaría que si el tercero exige al gestor que cumpla sus obligaciones, éste pueda exigir a aquél que cumpla las suyas. La Jurisprudencia ya cuida, sin embargo, de asegurar esa correlación al exigir al tercero que previamente las haya cumplido.

Independientemente del supuesto anterior, llegado el caso de que por falta de inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil o de ratificación dentro de los tres meses, el gestor llegare a ser titular definitivo de los derechos subjetivos, si el tercero que contrató con él no cumpliera sus obligaciones, el gestor, siendo el contrato bilateral, podría optar entre exigir el cumplimiento o la resolución, conforme al artículo 1124 del Código Civil, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podría, según el mismo precepto, pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

10.4.2.2. *Normativa de los factores. Obligaciones de los terceros*

Al igual que en la comisión mercantil y en el mandato civil, en dos supuestos, las relaciones jurídicas derivadas de los actos y contratos otorgados por el comisionista o por el mandatario, les involucran con las personas que contrataron con ellos, ligándolos mutuamente: 1.º Cuando el factor se excede del poder; y 2.º Cuando obra en su propio nombre.

El Código de Comercio recoge ambas figuras jurídicas. La primera, en el artículo 285, en relación con el 284. La segunda, en el artículo 287.

A continuación transcribimos los artículos de referencia.

Dice el artículo 284 que «los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales, y en todos los documentos que suscriban en tal concepto expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o Sociedad que representen».

Dispone el artículo 285 que: «Contratando los factores en los términos que previene el artículo precedente, recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones que contrajeran.» «Cualquiera reclamación para compelerlos a su cumplimiento se hará efectiva en los bienes del principal... y no en los del factor...»

De los preceptos transcritos se infiere a *sensu contrario* que si el factor obra fuera del poder, el obligado será el propio factor y no el principal.

En la gestión de negocios, la Sociedad sólo quedará obligada si ratifica la gestión (art. 7, párrafo 1.º, de la L. S. A.).

Dispone el artículo 287 que: «El contrato hecho por un factor en nombre propio le obligará directamente con la persona con quien lo

hubiera celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal.»

Tal como queda razonado en otros capítulos de este estudio (número 10.4.1.3 y 10.5.2, que tratan, respectivamente, de las obligaciones de los factores y de la Sociedad, frente a las personas que contraten con los primeros), en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación no es aplicable el artículo 287 en el punto de la responsabilidad del principal (la Sociedad), razón por la cual obrando el factor en nombre propio y por cuenta del principal, las relaciones jurídicas que se originen ligarán exclusivamente al factor y las personas que contraten con él (8.3).

Si el factor actúa en su propio nombre, las relaciones jurídicas quedan establecidas entre el factor y las personas que con él contraten. Y el tercero, más que vinculado con el factor, en el sentido que atribuimos a la vinculación, al ocuparnos de las obligaciones de los terceros que contrataron con el gestor (10.4.2.1), queda obligado con el factor. Lo cual es así porque en el supuesto que examinamos no existe incertidumbre respecto de quién será en definitiva el titular de los derechos subjetivos. Inicialmente ya se conoce que serán el factor y la persona que contrató con él (10.4.1.3).

10.4.2.3. *Normativa de la Comisión Mercantil. Obligaciones de los terceros*

Lo expuesto en la normativa de los factores es aplicable, en buena parte, a la Comisión Mercantil.

También aquí, en dos supuestos las relaciones jurídicas derivadas de los actos y contratos otorgados por el comisionista, le involucran con las personas que contrataren con él, ligándolos mutuamente: 1.º Cuando el comisionista obre en nombre del comitente y no puede probar la comisión, si el comitente la negara; y 2.º Cuando obra en su propio nombre.

El Código de Comercio recoge también ambas figuras jurídicas. La primera en el artículo 247. La segunda en el 246.

El artículo 247 dispone que «Si el comisionista contratare en nombre del comitente, deberá manifestarlo, y si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellidos y domicilio de dicho comitente.» «En el caso prescrito en el párrafo anterior, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que con-

trataren con el comisionista; pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató mientras no pruebe la comisión si el comitente la negare...»

Normalmente, pues, contratando el comisionista en nombre del comitente, las relaciones jurídicas quedan establecidas entre el comitente y las personas que contrataron con el comisionista. No afecta, pues, esta contratación a las relaciones entre comisionista y tercero, que constituyen el objeto de este epígrafe.

Sólo en el caso patológico de que negado el contrato de comisión por el comitente, el comisionista no pudiera probarlo, quedará éste obligado con las personas con quienes contrató y éstas con el comisionista. No hay vinculación del tercero (10.4.2.1), sino verdadera obligación.

Sin embargo, en la gestión de negocios, la Sociedad sólo quedará obligada si ratifica la gestión (art. 7, párrafo 1.º, de la L. S. A.).

El artículo 246 preceptúa que «Cuando el comisionista contrate en nombre propio no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente ni éste contra aquéllas...» Las relaciones jurídicas se establecen, pues, entre el comisionista y las personas que con él contrataron. El tercero queda, pues, obligado y no simplemente vinculado, frente al comisionista.

10.4.2.4. *Normativa de Derecho civil. Obligaciones de los terceros*

También aquí las relaciones jurídicas derivadas de los actos y contratos otorgados por el mandatario le involucran con las personas que contrataron con él, ligándolos mutuamente, en los dos supuestos siguientes: 1.º Cuando obrando en nombre del mandante, traspasa los límites del poder, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes o de su falta de poder (caso del gestor de negocios ajenos); y 2.º Cuando obra en su propio nombre.

El Código Civil recoge, asimismo, ambas figuras jurídicas. La primera en el artículo 1725. La segunda en el artículo 1717.

El artículo 1725 dispone que «El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.». Cuyo principio es aplicable al caso de ausencia total de poder, ya que la *ratio legis* es idéntica (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1944).

El artículo 1717 preceptúa que «Cuando el mandatario obre en su

propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante.» «En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.»

La materia ha sido ampliamente tratada en este trabajo al exponer las obligaciones de los gestores frente a las personas con quienes contratan, dentro del Derecho civil (10.4.1.5), a cuya referencia nos remitimos. Si el mandatario obra en su propio nombre, las relaciones jurídicas quedan establecidas entre el mandatario y las personas que con él contratan. Y estas personas, más que vinculadas con el mandatario, en el sentido con que hablamos de vinculación (10.4.2.1), quedan verdaderamente obligadas con el mandatario. Y esto es así porque en el supuesto que examinamos no existe incertidumbre respecto de quién será en definitiva el titular de los derechos subjetivos. Inicialmente, a diferencia del caso del artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, ya se conoce que serán el mandatario y la persona que contrató con él (10.4.1.5).

JAIME MOREY UMBERT
Registrador de la Propiedad