

La sociedad en constitución

Trabajo destinado a los «Estudios homenaje
al profesor Rodrigo Uría»

SUMARIO: 1. *Interés del tema.*—2. *Delimitación del concepto de sociedad en constitución:* 2.1. Diferenciación de la sociedad irregular. 2.2. Diferenciación del procedimiento de constitución. 2.3. Diferenciación del precontrato o promesa de sociedad.—3. *La sociedad en constitución en el Derecho comparado:* 3.1. Líneas generales de su regulación. 3.2. Concepciones doctrinales.—4. *La sociedad en constitución en la legislación española:* 4.1. El Código de Comercio. 4.2. Las Leyes de sociedades anónimas, de sociedades de responsabilidad limitada y de cooperativas. 4.3. El Anteproyecto de Ley de sociedades anónimas de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia.—5. *Régimen positivo actual de la sociedad en constitución en nuestro ordenamiento:* 5.1. Delimitación temporal del período de sociedad en constitución. 5.2. Los gestores de la constitución de la sociedad: 5.2.1. Concepto de gestores. 5.2.2. Actuación contractual de los gestores. 5.2.3. Responsabilidad de los gestores derivada de esta contratación. 5.2.4. Concepto y régimen jurídico de los «actos necesarios». 5.2.5. Concepto y régimen jurídico de los contratos estipulados en nombre de la sociedad en constitución. 5.3. Régimen de las aportaciones sociales durante el período de sociedad en constitución. 5.4. La transmisión de las participaciones sociales en período de sociedad en constitución.—6. *Conclusiones.*

1. INTERES DEL TEMA

En el estudio de las sociedades mercantiles cabe distinguir dos tipos de temas: los referidos a la estructura, organización y características de la sociedad y los referidos a su dinámica. Desde este segundo punto de vista en la vida de la sociedad destacamos una serie de momentos o trances que plantean una sugestiva problemática a la doctrina, dada la presencia de numerosos intereses que deben ser protegidos. Por orden cronológico, tales trances serían: la sociedad prometida, proyectada o sociedad en proyecto; la sociedad en constitución; la sociedad irregular; el procedimiento legal de constitución; las modificaciones sociales (de

estatutos en sentido estricto, transformación, fusión, escisión); la disolución; la liquidación, y la extinción de la sociedad. Estos fenómenos se estudian principalmente en relación con la Sociedad Anónima, pero debe hacerse un esfuerzo por obtener una teoría general, en la medida de lo posible. Teniendo en cuenta para ello que los distintos tipos sociales pertenecen a una misma «familia» (de modo que, por ejemplo, la ley permite el fácil paso de uno a otro mediante la transformación) y que muchos de los problemas que plantean responden a la nota común con otras organizaciones jurídicas de servir de forma de organización a una empresa. Esto ocurre en el régimen de la sociedad en constitución. De ahí que omitamos en el título el término «mercantil» para poder incluir sin inconveniente a las Cooperativas (que, en rigor, en nuestra opinión, ni son sociedades ni son mercantiles) e incluso dejar abierta esta teoría para su posible aplicación a la constitución de empresas bajo otras formas jurídicas actuales de empresa, como la fundación, y otras que puedan establecerse legalmente en el futuro. No en balde los problemas aquí estudiados vienen referidos, en la doctrina comparada, no sólo a la Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada u otras sociedades mercantiles, sino, en general, a la «persona jurídica en formación» (1).

El tema de la sociedad en constitución o en formación se enclava en el centro de una amplia problemática, que comprende fundamentalmente las siguientes cuestiones:

1.^a ¿Es el contrato de sociedad mercantil un contrato formal o, tanto en las sociedades personalistas como en las capitalistas, nace con el mero consentimiento, si bien para su plena eficacia, tanto interna como externa, precisa el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil? ¿O, como hace la doctrina española, hay que distinguir según se trate de sociedades personalistas, cuyo «acto constitutivo» sería consensual, y las capitalistas, en las que sería formal?

2.^a El Código de Comercio español, en sus artículos 117 a 120, que tienen o, al menos, tenían, al ser promulgados, por destinatarios a todas las sociedades mercantiles, ¿regula el supuesto de sociedad irregular? ¿O más bien regula el supuesto de sociedad en constitución, de modo que la aplicación de estos preceptos, al menos directamente y no por analogía, a la sociedad irregular resulta inadecuada?

(1) BÜTTER, H.: *Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischen Personen*, Bielefeld, 1967; AURICCHIO, «La cosiddetta rappresentanza di persona giuridica futura», en *Dir. e Giurisprudenza*, 1960, 540 ss. En relación con la cooperativa, TROLLER, P.: *Betrachtungen zur Gründung der Genossenschaft mit spezieller Berücksichtigung der rechtlichen Verhältnisse während der Gründungszeit*, Biele, 1947.

Entre nosotros, IGLESIAS CUBRÍA, M.: *Los derechos patrimoniales eventuales*, Oviedo, 1961, I, 313 ss.

3.^a Cuando preceptos como los artículos 120 del Código de Comercio, 7.^o de la Ley de Sociedades Anónimas, 6.^o de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 41 de la Ley de Cooperativas (al igual que sus paralelos de la legislación comparada) imponen una responsabilidad a los gestores frente a los terceros con quienes contratan en nombre de la sociedad en constitución, ¿establecen una solución que es justa y aplicable en cualquier supuesto de contratación?, ¿o habrá que discriminar, aplicándolos o no, según las circunstancias en que se celebraron tales contratos?, ¿cuál es, pues, el presupuesto, naturaleza y consecuencias de esta responsabilidad?

4.^a ¿Puede fijarse el comienzo de las operaciones sociales (y con él, el fin del período de sociedad en constitución) en un momento anterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, apoyándose en el artículo 7.^o de la Ley de Sociedades Anónimas, sin alterar el régimen de responsabilidad limitada de los accionistas, de los socios de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, de una Cooperativa de Responsabilidad Limitada o de una Comanditaria, en su caso?

5.^a ¿Cuál es el régimen de las aportaciones sociales, total o parcialmente desembolsadas, hasta el momento de la inscripción de la sociedad? ¿Pueden ser objeto de transmisión las participaciones sociales antes de la misma?

El tema es interesante porque constituye un buen ejemplo de la complejidad del Derecho y del pensar jurídico, así como de la insuficiencia de la ley para resolver todos los problemas (2), y por ello mismo exige un riguroso planteamiento metodológico. Como veremos, ante un

(2) Como dice el Profesor URÍA, «el tratamiento que nuestras leyes especiales sobre S. A. y S. R. L. ofrecen de la sociedad en constitución... evidentemente no es, ni mucho menos, perfecto» («Las Sociedades y el Registro Mercantil», en *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*. Centro de Est. Hipotecarios, Madrid, 1971, 194), y CÁMARA afirma, con razón, que es «uno de los aspectos más defectuosamente regulados por las leyes especiales» (*Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1972, tomo I, vol. 1.^o, 139). Es difícil suscribir hoy la opinión del Profesor GARRIGUES de que artículo 7.^o L. S. A., haya respetado las «exigencias de la realidad» (*Comentario a la L. S. A.*, Madrid, 1952, I, 175, y 3.^a ed., 1976, 188, con la colaboración del Profesor MANUEL OLIVENCIA y de los discípulos de éste. Profesores G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y R. ILLESCAS ORTIZ (a partir de ahora, citado simplemente por GARRIGUES..., 3.^a ed.)).

Pero también similares preceptos, en Derecho comparado, han originado graves dificultades de aplicación. Así, FLECK ha podido hablar del «espinoso camino» recorrido por la jurisprudencia alemana en la interpretación de los artículos 41-1.^o AKTG y 11-2.^o GmbHG («Die neuere Rechtsprechung des BGH. zur Vorgesellschaft und zur Haftung des Handelnden», en *ZGR*, núm. 4/1975, 212), y lo mismo vemos en otros ordenamientos. Así, respecto a la aplicación del artículo 5.^o de la LSC francesa, ver los encontrados comentarios a la jurisprudencia en MERLE, Ph., y CHEVALLIER-MERLE, E., «L'application jurisprudentielle de la Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales», París, 1976, quienes afirman que «el artículo 5.^o es uno de los textos más controvertidos de la nueva legislación» (pág. 17).

problema de la vida—la promoción, en las mejores condiciones posibles, de una futura empresa—no bastará con aplicar mecánicamente la ley, sino que, dadas sus deficiencias, habrá que interpretarla, investigando el supuesto de hecho que tuvo en cuenta el legislador e intentando resolver de manera justa los problemas actuales, de acuerdo con los intereses en presencia (los cuales, por hipótesis o postulado jurídico insoslayable, deben constituir también el objeto de atención de la vieja norma).

2. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD EN CONSTITUCION

La sociedad en constitución o en formación es la situación jurídica que se produce como consecuencia de un contrato de sociedad («acto constitutivo») que, otorgado o no en escritura pública, aún no ha desplegado sus plenos efectos, tanto internos como externos (3). Qué efectos despliega, cuál es su régimen, he aquí la cuestión.

En principio, seguimos la doctrina española mayoritaria, que interpreta que en las sociedades colectivas y comanditarias el requisito de forma—escritura pública—se exige sólo *ad irregularitatem*, es decir, como instrumento para la inscripción registral y la obtención de los beneficios de esta publicidad legal frente a terceros (4), y que, por tanto,

(3) Con rara unanimidad, la doctrina ha visto desde muy pronto en los artículos 117 a 120, Código de Comercio, la normativa de la sociedad irregular y no de la sociedad en constitución. Así, BENITO ENDARA, L., *Manual de Derecho Mercantil*, 1.ª ed., Madrid, 1929, III, 217 ss.; GONZÁLEZ ECHAVARRI, J. M., *Comentarios al C. de Comercio*, 2.ª ed., Valladolid, 1930, II, 191 ss.; GAY DE MONTELLÁ, R., *Código de Comercio español comentado*, Barcelona, 1936, II, 51 ss. Igualmente, la doctrina reciente (ver notas 14 a 16). Una cierta duda apunta en GARRIGUES («Teoría general de las sociedades mercantiles», *R.D.M.*, núms. 132-133, 1974, 229): «La denominación de sociedad irregular no aparece en el C. de Comercio, mas la falta del doble requisito ha creado en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la imagen (subrayado nuestro) de la sociedad mercantil irregular» (texto reproducido en el *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed., 1975, revisada por A. BERCOVITZ, 338). Más bien, diríamos, que los artículos 117-120 han creado la ilusión de que allí esté regulada la sociedad irregular.

Por el contrario, la doctrina sólo «ve» regulada la sociedad en constitución en la L.S.A. y otras leyes especiales: GARRIGUES, «Teoría general», cit., 237-239; GIRÓN, *Derecho de S.A.*, Madrid, 1952, 162, 6, 165; CÁMARA, ob. cit., 114 ss.; URÍA, «Las sociedades...», 192.

(4) RODRÍGUEZ ALTUNAGA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1917, 74 ss.; ALVAREZ DEL MANZANO-BONILLA-MIÑANA, *Tratado de Derecho Mercantil español comparado con el extranjero*, Madrid, 1916, II, 620 y 632; GAY DE MONTELLÁ, *Código de Comercio español comentado*, Barcelona, 1936, II, 69-70; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1.ª, Madrid, 1943; 1951; *Comentario a la L.S.A.*, Madrid, 1952, 150; «Teoría general...», cit., 233, y «Curso», cit., 297; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español*, Madrid, 1954, I, 409; GIRÓN, «Las sociedades irregulares»,

la escritura de constitución no es un requisito *ad solemnitatem* o indispensable para la existencia del contrato de sociedad como tal. Ello no obstante, forzoso es reconocer que esta interpretación se basa más bien en datos externos a los artículos 117 a 120 del Código de Comercio. De la estricta interpretación de los mismos podría igualmente desprenderse la conclusión de que el contrato de sociedad mercantil (para todos los tipos sociales contemplados en el Código) es formal (5), ya que el artículo 117 se limita a reconocer validez y obligatoriedad recíproca a los pactos estipulados por los fundadores, que les obligan internamente a cumplir los requisitos para la constitución de la sociedad. En efecto, como se ha advertido por la mejor doctrina (6), la expresión «cualquiera que sea su forma» del artículo 117 no puede referirse a la «forma» de constitución, sino a la «forma de organización» o tipo social. Es decir, que expresa el carácter común de la norma, por aplicable a todas las sociedades mercantiles, y no la naturaleza consensual del contrato de sociedad mercantil. Nos encontraríamos entonces ante un contrato preliminar o promesa de contrato de sociedad, cuya ejecución, la efectiva estipulación del contrato de sociedad, habría de otorgarse necesariamente en escritura pública. Sin embargo, aun dentro de esta perspectiva,

ADC, IV, fasc. IV, 1291 y en sus *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, 125 ss. (de donde tomaremos las citas) y en *Derecho de sociedades*, Madrid, 1975, I, 227 ss.; URÍA, *Las sociedades...*, 198 ss., y *Derecho Mercantil*, 11.ª ed., 1976, 124-125; POLO DÍEZ, «Comentario a la Sentencia de 14 de febrero de 1945», RDP, 1945; BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, 3.ª ed., Madrid, 1977, 157; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 6.ª ed., Valladolid, 1976, 132. El Tribunal Supremo sentó una jurisprudencia bastante uniforme, reconociendo efectos obligacionales a la sociedad constituida por el mero consentimiento o en documento privado: SS. de 10 de noviembre de 1890, 14 de noviembre de 1890, 24 de enero de 1900 (respecto a una SA), 2 de diciembre de 1902 (*Col. Leg.*, tomo 12, 611 ss.), 27 de diciembre de 1905, 4 de abril de 1921 (*Col. Leg.*, tomo 71, 10 ss.), 2 de enero de 1928 (*Col. Leg.*, tomo 98, 67 ss.), 12 de mayo de 1932, 14 de febrero de 1945 (Cfr. POLO, A., *Leyes merc. y ec.*, I, 609 ss., y RODRÍGUEZ NAVARRO, «Jurisprudencia mercantil», relativa a los arts. 117 y ss.). También las más recientes de 13 de noviembre de 1953, 23 de marzo de 1954, 21 de diciembre de 1955, 17 de diciembre de 1956, 12 de marzo de 1958, 2 y 12 de mayo, 4 de julio y 21 de octubre de 1959, 11 de marzo y 7 de octubre de 1961, 21 de noviembre de 1969 (GARRIGUES, 3.ª edición, I, 160).

(5) En este sentido, BENITO ENDARA, ob. cit., 215, aun criticando la solución legal y reconociendo ciertos efectos a las sociedades irregulares. También la S. del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1930. La S. del TS de 30 de noviembre de 1972 ha afirmado que la inscripción es constitutiva para todas las sociedades mercantiles. Relativiza la importancia de estas decisiones GIRÓN, *Derecho de sociedades*, 241. También URÍA (*Der. mercantil*, 124) parte de una interpretación formalista del contrato, para recoger luego la corrección doctrinal y jurisprudencial de esta calificación.

(6) GARRIGUES, *Comentario...*, 1.ª ed., I, 150, y 3.ª ed., I, 159; URÍA, *Derecho Mercantil*, 125, donde dice: «no parece lícito sacar la conclusión de que el artículo 117 haya querido dar validez a efectos internos al contrato de sociedad no elevado a escritura pública».

habría que concluir que, al menos *inter partes*, en base al artículo 117, la promesa de sociedad debería producir los mismos efectos que el contrato efectivo (o «acto constitutivo») de sociedad (7).

El valor vinculante del consentimiento en la estipulación de un contrato de sociedad constituida para desarrollar una actividad mercantil o industrial expresado sin la forma de escritura pública, se fundamenta por la doctrina en las siguientes razones: a) En los artículos 117 y siguientes del Código de Comercio, interpretados de acuerdo con la E. de M., y el espíritu liberal del Decreto de Bases de 1869 para la redacción del Código, que suponen una innovación sustancial con respecto al régimen del Código de Comercio de 1829 en la materia. b) En las diversas consecuencias que, según los casos, se siguen de la falta de requisito de forma exigido en el Código de Comercio (interpretación del art. 52). c) En el régimen de la publicidad registral, en protección de los terceros de buena fe, y en la naturaleza, en principio meramente declarativa, salvo disposición expresa, de la inscripción en el Registro Mercantil (interpretación de los arts. 23, 24 y 29 del Código de Comercio). d) En la doctrina científica y—en parte—jurisprudencial sobre las sociedades irregulares, que se califican como válidas y existentes y con capacidad para estipular contratos válidos y demandar y ser demandadas, aun cuando no se hayan otorgado en escritura pública (las «sociedades irregulares de segundo grado», en expresión de UTANDE y antes de BENITO ENDARA).

Con respecto a la Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada, que mientras les fue aplicable el Código de Comercio, si se ha de seguir la doctrina mayoritaria, nacerían por el mero consentimiento, aunque sufriendo los inconvenientes de la falta de publicidad

(7) Sobre los efectos de la promesa de sociedad, ver STEIGER, F., «Pactum de ineunda societate (Vorgründungsvertrag)», en *La società per azioni alla metà del sec. XX. Studi Sraffa*, 1961, II, 711 ss.; GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 89. Entre nosotros, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950 que admitía el otorgamiento de escritura pública de venta por el juez en sustitución del promitente rebelde supuso una renovación de los estudios sobre promesa del contrato. Ver en especial CASTRO, «La promesa de contrato, algunas notas para su estudio», ADC., 1950, 133 ss., y Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, I, 205 ss. Según esta doctrina, muy fundadamente, si el contrato de sociedad fuese formal, no cabría admitir una promesa de contrato de sociedad otorgada sin el requisito de forma, pues sería tanto como admitir el fraude a la ley, al obtener la validez y exigibilidad del contrato sin cumplir la forma (Díez PICAZO, ob. cit., 213). Por lo demás, el TS, en SS de 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1941 entendió que la promesa de sociedad como «pactum de contrahendo» no podía ejecutarse mediante intervención del juez. En la primera sentencia, no obstante, al carácter «personalísimo» de la obligación el TS añadía el de «específicamente indeterminada», por no haberse previsto el tipo social a constituir (*Rep. Ar.*, 1940/691) lo que sitúa el supuesto fuera de la promesa de sociedad en sentido estricto, pudiendo calificarse como mero «pacto o trato previo». Sobre el tema ver también Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2.ª ed., 1973, I, 348 ss.

(lo que nos merece evidentes reservas), la doctrina actual sostiene unánimemente, en base a los artículos 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 5.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que el contrato no existe en tanto no se otorgue la escritura de fundación y se inscriba en el Registro Mercantil. O sea, que se afirma que el primero o ambos requisitos, en relación con las sociedades capitalistas, son *ad solemnitatem* (8). Sin embargo, tampoco esta tesis es absolutamente indiscutible. Los artículos 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 5.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo dicen que la personalidad jurídica se origina como consecuencia de la inscripción. No dicen expresamente que antes de ese momento o del otorgamiento de escritura no exista contrato de sociedad (con los efectos queridos por los contratantes o presumidos por la ley). Así, podría afirmarse que el artículo 19 de la Ley de Sociedades Anónimas regula un supuesto de perfección del contrato de sociedad antes del otorgamiento de escritura, mediante la sucesiva adhesión de los suscriptores al Programa de Fundación: un supuesto de formación sucesiva de los contratos (9). En tal caso, el artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas no diría más de lo que ya decía el artículo 119 del Código de Comercio para todos los tipos sociales, y el artículo 19 de la Ley de Sociedades Anónimas sería una especie de «aplicación» o paralelo del 117 del Código de Comercio.

(8) GARRIGUES, *Comentario...*, 1.ª ed., I, 152, y 3.ª ed., 161 y ss., y «Teoría general...», 236-238, donde dice que: «Todo contrato de S. A. que no adopte la forma de escritura pública tendrá la consideración jurídica de un pacto preparatorio...»; y que «mientras la inscripción no se produce existirá una relación de sociedad difícil de calificar (sic), pero no habrá ninguna S. A. ni regular ni irregular... sólo (de) sociedad regular en periodo de fundación»; GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 91; RUBIO, *Curso de Derecho de S. A.*, 3.ª ed., Madrid, 1974, 168 y 205; URÍA, *Der. Mercantil*, 125-126 y 189-192; CÁMARA, ob. cit., 310 y 369; BROSETA, 201-202; SÁNCHEZ CALERO, 170; VELASCO ALONSO, *La L. S. A. Anotaciones y concordancias*, Barcelona, 3.ª ed., 1974, 65; RODRÍGUEZ, *Tratado de Derecho de S. A.*, México, 1959, I, 25.

(9) GARRIGUES, *Comentario...*, 1.ª ed., I, 227, y 3.ª ed., 294, y antes, 205-207, califica el contrato de suscripción de acciones como un «contrato sui generis» que «no puede confundirse con el de sociedad. Es más bien un contrato preparatorio de éste. La sociedad no se constituye... sino por el otorgamiento de escritura pública de constitución». En el mismo sentido VELASCO, ob. cit., 129. GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 122 ss., por el contrario, afirma que «realizadas las aceptaciones (de las suscripciones)... el negocio privado de organización está perfecto... (si bien) esta perfección no implica la adquisición definitiva de la condición de socio».

Creemos, en efecto, que la suscripción de las acciones constituye en la fundación sucesiva el «negocio fundacional» o «acto constitutivo» de la sociedad. Sobre el concepto de acto constitutivo, ver CÁMARA, «Estudios...», 351, quien, sin embargo, dice que en la fundación sucesiva se emite en momentos distintos, lo que nos parece defendible. La posible modificación de los Estatutos por la J. Constituyente, por unanimidad de los presentes, parece partir de la aceptación o sumisión inicial anticipada del suscriptor (así, GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 130).

Dejando, pues, de lado estas cuestiones previas, podemos volver al tema de la sociedad en constitución. Es una situación temporal que atraviesa la sociedad antes de su inscripción, que viene determinada o definida por las siguientes circunstancias: 1.^a La existencia de un contrato de sociedad («acto constitutivo») que, aun ya perfeccionado, no ha desarrollado sus plenos efectos. 2.^a La producción de algunos efectos derivados de aquél, entre ellos la designación o nombramiento de unos gestores encargados de la constitución, con facultades especificadas negocial y legalmente, y la constitución de un depósito con las aportaciones dinerarias o de bienes muebles realizadas de inmediato por los contratantes a la sociedad. 3.^a La presencia de una pluralidad de intereses que la ley y su adecuada interpretación deben proteger, a saber: los intereses de los socios, que han encargado a los gestores la realización de todas las formalidades conducentes a la constitución del tipo social proyectado; los intereses de los terceros, que no deben verse sorprendidos en su buena fe contratando con pretendidos representantes de una sociedad inexistente; los intereses de los gestores, que, por el contrario, si actúan lealmente, no deben sufrir ningún perjuicio en su gestión, y, por último, los intereses de la futura sociedad, contemplada en tanto que es una empresa, la cual los socios y la comunidad en general desean ver en pronta y rentable explotación.

Así definida la sociedad en constitución, debe ser cuidadosamente diferenciada, para su mejor comprensión, de otros supuestos.

2.1. DIFERENCIACIÓN DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

La sociedad en constitución se distingue de la sociedad irregular en sentido propio, o sea, la sociedad mercantil por su objeto publicada a los terceros de hecho y no por el Registro Mercantil (que no hay que confundir con la sociedad oculta o interna, contemplada por el art. 1.669 del Código civil), atendiendo a la voluntad y conducta de los socios fundadores. En la sociedad irregular, los socios, en su totalidad o en parte, rebeldes o al margen de la voluntad del legislador de que se cumplan determinadas formalidades, deciden iniciar las operaciones sociales sin proceder a la previa inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (10). Los efectos de esta voluntad (atípica, si no contraria,

(10) GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 230-231, quien precisa mucho más, exigiendo como requisitos: 1.º) que se trate de tipos sociales mercantiles; 2.º) que actúen en el tráfico como sociedades; 3.º) que no se hayan inscrito; 4.º) que no sean S. A. ni S. R. L. No vemos justificación a este último requisito, pues, en realidad, la sociedad irregular tampoco es, en rigor, ni una Colectiva ni una Comanditaria, lo que impide, como veremos, la «conversión» total en Colectiva; y, por otro lado, la

a la hipótesis contemplada por el legislador en los arts. 117 y sigs. del Código de Comercio) han sido muy debatidos, tanto en Derecho comparado como en Derecho español.

En Francia, la jurisprudencia y la doctrina crearon la doctrina de las sociedades irregulares o de hecho, con el fin de mitigar los injustos efectos de la nulidad absoluta y retroactiva de la sociedad y de los contratos estipulados por ella con terceros, consecuente al incumplimiento de los requisitos formales de constitución (11). Aun llegando con ella a una construcción dogmáticamente tan incomprensible que nó en balde maravillaba a BONELLI (12).

En Italia, en torno a los artículos 98 y 99 del Código de Comercio de 1882 (13) (que, en nuestra opinión, no quedaba claro si regulaban la sociedad en constitución o la sociedad irregular), los más grandes juristas elaboraron una doctrina muy polémica y contradictoria, que constituye uno de los ejemplos más sorprendentes de la ineficacia de un pensar jurídico que descuida el riguroso planteamiento o investigación previa del supuesto de hecho de la norma (14). Así, al extrapolar solu-

exigencia de responsabilidad personal y solidaria puede exigirse a los socios que inician operaciones antes de inscribir una S.A. o S.R.L. (así, URFA, «Las sociedades...», 202 ss.).

(11) HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés de fait*, 2.^a ed., París, 1926; HAMEL-LAGARDE, *Traité de droit commercial*, París, 1954, I, 557. Tanto el artículo 42 del Código de Comercio francés como el artículo 56 de la Ley de Sociedades Mercantiles de 1867 exigían el depósito de la escritura en el Tribunal de Comercio y a partir de 1919 la inscripción en el R.M. bajo pena de nulidad respecto de los interesados; nulidad que no podrá oponerse por los socios a los terceros. La nueva Ley de 1966 ha suprimido esta sanción y prevé diversos remedios (ver GARRIGUES, «Teoría general...», 229, nota 69; HÉMARD, J., TERRÉ, F. y MABILAT, P., *Sociétés commerciales*, París, 1972, I, 171 ss.; TEMPLE, H., «Les sociétés de fait», *LGDI*, París, 1975, prefacio de J. CALAIS-AULROY; RIVES, G., «Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales», *RTDC*, 1969, 407 ss.; y MERLE y CHEVALLIER-MERLE, ob. cit., 18 ss.).

(12) BONELLI, «Sulla teorica delle società irregolari», *RDC*, 1906, I, 9 y ss.; cita recogida por GARRIGUES en *Teoría general...*, loc. cit.

(13) Los artículos 98 y 99 del Código de Comercio italiano de 1882 fueron denunciados como «vivo documento de las graves incertidumbres e incluso contradicciones que se encuentran en los trabajos preparatorios...; tanto es así que aquellos artículos han constituido y constituyen el tormento de los escritores y de los magistrados, empeñados en asir el sistema que parece escapárseles» (NAVARRINI, «Delle società e delle associazioni commerciali», en *Commentario al Codice di Commercio*, Bibl. Giuridica Contemp., II, 183). También FRE («Società per azione», en *Commentario al Codice Civile*, Scialoja-Branca, 4.^a ed., 1972, 92) nos recuerda el artículo 98 como «una de las normas más oscuras de nuestra legislación...», originando incertidumbres que el artículo 2.231 del Codice Civile, según él, ha eliminado al conceder sólo efecto constitutivo a la inscripción de la sociedad.

(14) La bibliografía italiana es tan abundante en la materia que no puede recogerse en este trabajo. Las aportaciones doctrinales más clásicas (ERRERA, VIDARI, VIVANTE, MARGHERI, BONELLI, SRAFFA, MANARA, BOLAFIO, etc.) fueron recogidas por NAVARRINI, ob. cit., 193 y ss. Tras el C. Civile (a pesar de su art. 2.231) ha seguido

ciones legales sólo comprensibles para la situación de sociedad en constitución a la sociedad irregular, no se comprende, por ejemplo, la tesis de que la responsabilidad de quienes contratan en nombre de la sociedad futura sea una responsabilidad añadida a la de los socios (BONELLI, MANARA, MARGHERI), lo que no viene expresamente establecido en el Código, si no se aclara (en contra de la que parece ser la hipótesis legal) que los socios han consentido en dicha contratación. Como tampoco se comprende que se trate de una responsabilidad subrogada o en sustitución de la responsabilidad de los socios, diciendo, sin embargo, que los socios no pueden oponer la irregularidad frente a los terceros (BOLAFFIO, NAVARRINI), pues en tal caso lo lógico es que el Código hubiese establecido, y expresamente, la responsabilidad de los socios junto a la de los estipulantes o gestores, o bien exclusivamente la de aquéllos.

Por último, por referirnos a los ordenamientos continentales de mayor influencia, en Alemania, la falta de inscripción sólo tiene trascendencia en las sociedades con personalidad jurídica (no en la colectiva y comanditaria simple). La realización de actividades por parte de una sociedad por acciones (AktG o Kom.AktG) o por parte de una Sociedad de Responsabilidad Limitada (GmbH) no inscrita dan lugar a la sociedad de hecho (15).

En España, la doctrina de las sociedades irregulares se ha venido elaborando sobre el pie forzado de la suposición de que los artículos 117 a 120 del Código de Comercio se ocupan de esta materia. En consecuencia, la doctrina de la sociedad irregular en España es también polémica, confusa y contradictoria. Podemos distinguir tres tendencias interpretativas bastante claramente diferenciadas:

1.^a La de quienes consideran que la aplicación directa de los artículos 117 a 120 del Código de Comercio a la sociedad no constituida con los requisitos legales conduce a las siguientes consecuencias: a) la sociedad carece de personalidad jurídica; b) los contratos estipulados en su nombre son nulos (art. 118, interpretado «a contrario»); c) frente a los terceros contratantes responden sólo, personal y extracontractualmente, los gestores que estipularon los contratos (16). Estas soluciones,

preocupando el tema de la sociedad de hecho. Por todos, ver ALTIERI, F., «Società di fatto, criteri vecchi e nuovi», *Riv. dir. fall.*, 1950, II, 262 ss. y «Ancora sulla così detta "esteriorizzazione" della società di fatto», *Riv. dir. fall.*, 1963, II, 400 ss.; ARNABOLDI, F., «Alcuni aspetti del problema delle società irregolari di persone e della loro disciplina», *Riv. società*, 1956, 474 ss.; LANZA, A., «La regolarizzazione delle società irregolari», *Riv. società*, 1959, 925 ss. Ver también nota 21

(15) GIRÓN, «Derecho de sociedades», 236-237.

(16) BENITO ENDARA (*Manual*, 217 ss.) distinguía los supuestos de sociedad otorgada en escritura, pero no inscrita, y sociedad no otorgada en escritura. Con respec-

entendidas como régimen jurídico de la sociedad irregular, evidentemente resultan poco satisfactorias y están en contradicción con el régimen elaborado doctrinalmente en otros países europeos, en base a la noción de «sociedades de hecho». Y, sin embargo, hay que reconocer que esta doctrina constituye la mejor interpretación de los artículos 117 y siguientes. La más «normal». Lo que resulta insatisfactorio es trasladar el régimen de la sociedad en constitución, previsto en dichos artículos (establecido en protección, tanto de los socios como de terceros), a la sociedad irregular, en la que los socios no merecen ser protegidos.

2.^a Una segunda dirección, acogida pronto en la jurisprudencia, aun partiendo de la aplicabilidad de los artículos 117 y siguientes al supuesto de sociedad regular y de las sanciones que conllevan, entiende que para la seguridad del tráfico jurídico deben descartarse las consecuencias funestas que se derivarían de una nulidad absoluta y retroactiva de toda la actuación de la sociedad. En consecuencia, se postula el reconocimiento de la existencia de un fondo común, jurídicamente relevante, integrado por las aportaciones de los socios, siempre que los terceros prueben el contrato de sociedad, así como la responsabilidad de los socios (basada en su consentimiento al funcionamiento de la sociedad), como responsabilidad *añadida a la de los gestores* (17).

3.^a Por último, el profesor GIRÓN TENA, seguido con más o menos matices por otros autores (18), estima que los artículos 117 a 120 del Código de Comercio son aplicables directamente a la sociedad irregular, pero que no deben interpretarse como lo hace la doctrina mencionada en primer lugar. Afirma que una interpretación *a contrario sensu* es siempre peligrosa, pero niega que los artículos 118 y 119 establezcan expresamente la ausencia de personalidad jurídica de la sociedad y que el artículo 120 tenga que ser interpretado en el sentido de que imponga una única y exclusiva responsabilidad a los gestores. Las «sanciones»

to a ésta, e interpretando fielmente los artículos 117-120 del Código de Comercio, como aplicables al supuesto, decía que «como el Estado no puede prohibir la existencia de hecho de estas compañías de constitución irregular, la situación legal de las mismas, aun no teniendo carácter mercantil, es más favorable a los socios que la de las compañías de constitución regular». De ahí que aconseje su constitución (págs. 222 y ss.). Más recientemente, podemos mencionar en esta dirección a UTANDE, «Sociedades mercantiles irregulares en el Derecho español», *RDP*, 1944, 123 ss.; GARRIGUES, *Tratado*, «Teoría general...», 233 ss., y *Curso*, 338 ss. No cabe duda, en nuestra opinión, que «la interpretación correcta» (pág. 235, nota 73) de tales artículos es la de GARRIGUES, y si conduce a «consecuencias excesivas» es porque son aplicables a la situación de sociedad en constitución y no a la sociedad irregular.

(17) LANGLE, «La compañía mercantil irregular», *RDM*, núm. 25, 1950, 7 ss.; BROSETA, «Manual», 157-158.

(18) GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, 163 ss. y *Derecho de sociedades*, 239 ss.; CÁMARA, «Estudios», 119; RODRÍGUEZ, *Tratado de sociedades mercantiles*, 14.^a ed., México, 1971, I, 149-150.

a la irregularidad así deducidas de tales artículos (ausencia de personalidad jurídica, nulidad de los contratos) han sido, en su opinión, «inventadas» por la doctrina y en contra precisamente de lo que exigen los intereses en presencia, que obligan a defender a los terceros, perjudicando o sancionando, en todo caso, a los gestores y a los socios de la sociedad irregular. Tal como se concluye en la doctrina comparada sobre la misma. Entiende GIRÓN TENA que el Código sólo estableció dos sanciones: la inoponibilidad de los pactos sociales a los terceros, quienes, sin embargo, pueden invocarlos a su favor (art. 24 del Código de Comercio), y la responsabilidad de los encargados de la constitución, según el artículo 120, que ha de interpretarse como una responsabilidad añadida a la de los socios y no como una responsabilidad exclusiva. En base precisamente al artículo 24 del Código de Comercio (efectos de la publicidad registral frente a terceros de buena fe y posibilidad de invocar éstos la existencia de la sociedad) fundamenta GIRÓN TENA la tesis de que la sociedad irregular debe quedar sometida al régimen de la sociedad mercantil colectiva, a falta de otro tipo social «básico», por ser el que impone un régimen más riguroso de responsabilidad a los socios, en la debida protección a los terceros. A la idea así expresada de «conversión» de la sociedad irregular, cualquiera que sea el tipo pactado o proyectado, en sociedad colectiva, se adhieren también otros autores (19).

Nuestra opinión parte del principio, hipótesis o postulado de que el Código de Comercio no ha previsto ni regulado el supuesto de sociedad irregular (no sólo no la ha querido, sino que, además, no ha previsto siquiera su existencia, si se quiere, acaso con la salvedad del art. 24), sino el supuesto de sociedad en constitución, es decir, de sociedad que se halla en un período intermedio entre el acuerdo de los socios de constituir la sociedad, designando a los gestores que han de encargarse de ello, y el momento de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Como corolarios de este postulado básico podemos hacer las siguientes afirmaciones: 1) Creemos que el Código de Comercio se separa del civil en el régimen del reconocimiento de la personalidad jurídica (y consiguiente reconocimiento de un patrimonio separado) a las sociedades. Aun dentro del sistema «normativo», la inscripción en el Registro Mercantil constituye en el sistema del Código de Comercio un acto adminis-

(19) URÍA, «Las sociedades...», 201-202; BROSETA, «Manual», 158; RUBIO, ob. cit., 204-205, respecto de las sociedades personalistas, negándolo respecto de la SA por la responsabilidad limitada que en ella tienen los socios. Generalmente, los autores no extienden la posibilidad de conversión al supuesto de que la sociedad proyectada sea una S.A. o S.R.L. (excepción notable es URÍA, ob. cit., 202 ss.).

También parece defender la «conversión» SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones...», 134.

trativo de control de legalidad, aunque esté dotado de efectos de publicidad registral meramente jurídico-privados (20); con respecto a la escritura social, téngase en cuenta que se concibe como instrumento indispensable para la inscripción (principio general del art. 8.º del Reglamento del Registro Mercantil y art. 19 del Código de Comercio) y que, en consecuencia, los pactos particulares entre los fundadores, aun siendo válidos y vinculantes, como reconoce el artículo 117, no serían, en rigor, por sí mismos, el contrato de constitución de sociedad, que ha de ser llevado a la calificación del Registrador mercantil como funcionario del Estado. 2) Por otro lado, como hemos dicho, el Código de Comercio no prevé el supuesto de sociedad irregular, sino el de sociedad en constitución, una situación «interina» (en expresión de GIRÓN TENA referida al art. 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas). Así se explica que proteja a los socios, y sólo en un segundo plano (en concreto, para el supuesto de que los encargados de la gestión sean solventes) a los terceros, en su global composición de intereses. Protección que no tiene razón de ser cuando los socios, saliéndose del supuesto del Código (cfr. artículo 119), deciden iniciar las operaciones sociales sin otorgar la escritura o sin inscribir ésta en el Registro Mercantil.

En suma, *todo intento de resolver los problemas que plantea el régimen de la sociedad irregular con ayuda de los artículos 117 y siguientes sólo puede conducir a incongruencias*. En nuestra opinión, la sociedad irregular, en nuestro Derecho, al igual que ocurrió en otros ordenamientos que establecían o establecen el sistema de constitución «formal» de las sociedades mercantiles, constituye un ejemplo de las llamadas «relaciones de hecho», cuyos efectos jurídicos, en principio no queridos o implícitamente negados por la ley, son impuestos poco a poco por la naturaleza de las cosas y, como ya demostró HAUPT (21), suponen el

(20) Sobre la naturaleza jurídica de la inscripción, ver PAVONE LA ROSA. *Il Registro delle imprese*, Milano, 1954, 73 ss. y 549 ss., que nos recuerda la doctrina administrativa italiana (ZANOBINI, CORRADO) según la cual existe «una administración pública del Derecho privado», antes atribuida a los jueces y considerada jurisdicción voluntaria.

Evidentemente, cuando la E. de M. de nuestro C. de Comercio se refiere a la «ausencia completa de la intervención gubernativa en la vida interior de estas personas jurídicas» lo dice en el sentido de que «se prescinde de la previa autorización del Gobierno». O sea, excluye la «intervención gubernativa» en sentido estricto, de actividad de policía, y no de actividad jurídica en sentido amplio. En el mismo sentido se expresa la doctrina francesa, sobre todo ante el artículo 5.º de la LSC (HÉMAR-D-TERRE-MABILAT, ob. cit., 141: quien concede la personalidad jurídica viene a ser el encargado del registro). Ver entre nosotros GARRIGUES, «Comentario», 3.ª edición, I, 171 y ss., y Res. DGRN de 11 de febrero de 1974.

(21) HAUPT, en 1941, englobó el concepto de «relaciones contractuales de hecho» diversidad de supuestos clasificables en tres tipos: situaciones creadas por el mero contacto social; nacimiento de contratos de la realización de determinados

triumfo de la autonomía de la voluntad sobre las normas formalistas.

El régimen de la sociedad irregular, por tanto, debe construirse al margen de los artículos 117 y siguientes del Código de Comercio y en base a las siguientes razones: 1.^a Que tanto si el contrato de constitución de sociedad mercantil es un contrato formal como si no lo es (como, aun con reservas, dejamos admitido, en base a la E. de M. del Código de Comercio), lo bien cierto es que *la voluntad de los socios puede crear situaciones de hecho diversas, que pueden ser:* a) bien la «interina» de la sociedad en constitución, contemplada y perfectamente regulada en el Código de Comercio, que se caracteriza porque aún no existe un fondo social que responda de las operaciones sociales frente a terceros; b) o bien la de sociedad irregular (no prevista en el Código), en que el fondo constituido por las aportaciones de los socios debe empezar a responder de las obligaciones contraídas, porque aquéllos han consentido en el comienzo de las operaciones sociales antes de cumplirse los trámites legales de constitución. 2.^a Al crear estas situaciones de hecho, y en especial la segunda, los socios deben responder de sus propios actos, siquiera sea en base a la teoría de la representación (puesto que han autorizado a los gestores a contratar e iniciar las operaciones sociales). Para esta afirmación no basta invocar el artículo 24 del Código de Comercio, que parte de la existencia de una escritura de constitución de sociedad, pues igual solución debe darse al supuesto de sociedad pactada verbalmente o incluso tácitamente (22). Es dudosa, sin embargo, la tesis del profesor GARRIGUES de que el artículo 24 se refiera sólo a la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de la escritura y de que, en rigor, nada resuelva directamente sobre los contratos estipulados por la sociedad, pues no se comprende qué alcance habría que dar en tal caso al precepto (23).

actos considerados en el tráfico como típicos para originar tales obligaciones, y relaciones contractuales que se cumplen a pesar de descansar en un negocio ineficaz por no haberse respetado los requisitos legales (así, la «sociedad de hecho»). Ver Díez PICAZO, *Fundamentos*..., 96-97.

Especialmente interesante en el tema es la reciente doctrina italiana, sobre todo laboralista: ZAGO-GARELLI, C., «I rapporti di fatto, con particolare riguardo al rapporto di lavoro», Milano, 1964, 16 ss. y 135 ss.; RICCA, L., «Suí cosiddetti rapporti contrattuali di fatto», Milano, 1965, 156 ss. y sobre la prestación laboral de hecho, 113 ss.; DELL'OLIO, M., «La prestazione di fatto dal lavoro subordinato», Padova, 1970. El art. 2.216 C. civil italiano como el 55 LCT española reconocen efectos al contrato de trabajo nulo.

(22) BENITO ENDARA (qb. cit., 219 ss.) establecía distintos efectos según la sociedad se hubiese otorgado o no en escritura. No obstante, el Tribunal Supremo pronto les reconoció idénticos efectos, e incluso fundó esta solución en el propio artículo 24 del Código de Comercio. Ver Sentencias de 17 de febrero de 1887, 6 de diciembre de 1887, 29 (no 24, que se cita por error) de abril de 1901 (verla en nota 25), citadas por el propio BENITO ENDARA (pág. 220, nota 1).

(23) GARRIGUES, *Curso*, 342. Sin embargo, en «Teoría general», 235, nota 73, se

3.ª Los terceros contratantes, se dice por la doctrina, no pueden invocar la ausencia de inscripción de la sociedad, puesto que al contratar con ella se descarta su calificación como terceros de buena fe. Pero también es cierto que puede darse el caso de que hayan contratado sin saber si la sociedad funciona como tal o no y, en consecuencia, pueden hallarse en situación de ser protegidos. Máxime si se tiene en cuenta que al no haber surgido la personalidad jurídica de acuerdo con las previsiones del Código de Comercio, tampoco se puede considerar constituido un fondo social separado, de modo que las aportaciones de cada socio queden a cubierto de las ejecuciones de sus respectivos acreedores particulares (art. 174 del Código de Comercio). Por todo ello hemos de llegar a la conclusión de que en nuestro Derecho *de lege lata* no es posible la equiparación o conversión total de la sociedad irregular en sociedad colectiva. Tan sólo podrá equipararse en cuanto a la responsabilidad de los socios que consintieron en la iniciación de operaciones sociales. Pero no puede afirmarse, con carácter general, que los terceros queden vinculados con la sociedad y que, menos aún, la existencia de la sociedad pueda ser opuesta a los acreedores particulares de cada socio, por parte de los demás socios o por parte de los acreedores sociales. Su total «conversión» en sociedad colectiva se hace imposible. La legitimación procesal, tanto activa como pasiva, reconocida jurisprudencialmente a la sociedad irregular como tal, y no como un mero litisconsorcio activo o pasivo, nos merece también graves reservas en este sentido (24).

Esta es también la mejor doctrina jurisprudencial en torno a la sociedad irregular, en aplicación del Código de Comercio vigente (dentro del maremagnum de sentencias, en el que no podemos entrar ahora por salirse de nuestro tema). Refiriéndonos a las sentencias más antiguas, en la de 29 de abril de 1901 el Tribunal Supremo ya afirmaba que «los artículos 118 y 119, que declaran nulos e ineficaces los contratos estipulados por sociedades no inscritas, no son aplicables a casos como el actual, en que el contrato ha sido voluntariamente ejecutado» (25), y la

limita a citar la tesis de GIRÓN sobre la posibilidad de que los terceros invoquen la escritura, en lo que les resulta favorable, sin someterla a crítica alguna.

En el «Comentario», 3.ª ed., I, 158, insiste de nuevo en su tesis.

(24) Ver, sin embargo, sobre el tema, OLIVA SANTOS, A., *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Pamplona, 1971, sobre todo, 185 ss.

La Ley argentina de sociedades comerciales, núm. 19550, de 25 de abril de 1972, regula la sociedad irregular (de hecho y nula) en base al reconocimiento de personalidad «limitada». En España, en el Proyecto de Bases de una Ley de sociedades mercantiles, en elaboración por la Comisión de Codificación, Libro I. Título II (ponente, Prof. MENÉNDEZ), la Base 19, último párrafo, refiere la legitimación activa y pasiva no a la sociedad, sino a los socios.

(25) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 115, 638 ss. También es interesante la S. del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1896 (ver POLO, A., *Leyes merc. y ec.*, I, 629-630) en la que, habiendo iniciado una sociedad sus operaciones sociales sin

sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1906 decía que la acción cambiaria ejercitada por una sociedad irregular «dimana de actos y vínculos establecidos libre y espontáneamente por éste (el demandado) con la referida, y no le es lícito ahora alegar la falta de personalidad de la misma, ya que el artículo 24 del Código de Comercio no puede entenderse en el sentido de considerar como tercero a quien contrata con una sociedad aun cuando no esté registrada» (26).

Téngase en cuenta, sin embargo, como hemos anticipado, que como no tercero, en cuanto a esta publicidad de hecho, no puede considerarse, sin más, a cualquiera que contrata con la sociedad, a través de los que se dicen representantes de ésta. No tercero y, por tanto, obligado a pasar por la validez de los contratos, sería sólo aquella persona que supiera que la sociedad funcionaba económicamente, explotando sus instalaciones fabriles o comerciales. A un contratante a quien hubieran engañado sobre esta circunstancia, si ciertamente él no tenía conocimiento de la actividad real de esta sociedad precisamente por no haberse iniciado ésta, debería considerársele «tercero registral», pudiendo alegar la inoponibilidad de la sociedad e invocar la nulidad de los contratos y su inexigibilidad. Por el contrario, para la fundamentación del concepto del otro «tercero», el que fiado en la apariencia de que la sociedad existe contrata con ella, no necesitamos partir del reconocimiento de su personalidad jurídica para la aplicación de normas como el artículo 24 del Código de Comercio. En efecto, en base a una norma como ésta, el artículo 28 del Código de Comercio de 1829, en su último inciso, el Tribunal Supremo reconoció efectos a los contratos estipulados con terceros por la sociedad no constituida legalmente, antes de la promulgación del presente Código. O sea, en base al Código de Comercio de 1829, que consideraba el contrato de sociedad como absolutamente formal y por ello inexistente e inexigible si no se había otorgado escritura pública (27). Para la validez y exigibilidad de estos contratos valdría invocar el principio de la buena fe, recogido en el artículo 57 del Código de Comercio, o la doctrina de los actos propios. En suma, el tercero indu-

estar inscrita, se reconoce validez a las obligaciones contraídas por el socio que, según la escritura, no tenía atribuido el uso de la firma social, para lo cual se invoca el artículo 120 (aunque, en realidad, al parecer, responden todos los socios, al tratarse de un supuesto de sociedad irregular).

(26) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 2, 13 ss. El mismo enfoque del problema parece dar la S. del T.S. de 5 de mayo de 1922 (*Col. Leg.* tomo 74, 235 ss.), «dado el hecho de que la sociedad ha tenido existencia efectiva...».

(27) Sentencias del T.S. de 25 de enero de 1968, 14 de febrero de 1870, 9 de enero de 1872, 30 de mayo de 1875, 3 de julio de 1876, 10 de enero de 1882, citadas, entre otros, por ROMERO GIRÓN, *El nuevo C. de Co. para la Península y las Antillas*, 2.ª ed., Madrid, 1886, 150; y DEL VISO, *Lecciones elementales de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Valencia, 1907, 169.

cido a contratar con una sociedad en constitución presentada a él como existente invocará los artículos 118 y 120. El tercero enfrentado con una verdadera sociedad irregular se apoyará en el artículo 24 y los principios que lo inspiran (28).

Por supuesto, con este planteamiento que hacemos del régimen de la sociedad irregular, cabe aplicarlo aun cuando la sociedad en constitución o proyectada fuera una anónima o limitada, tal como se reconoce hoy en la doctrina y se prevé en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas (29). En el caso de que los fundadores de una de estas sociedades, rebeldes a la voluntad del legislador de que esperen a tener la sociedad inscrita, inicien las operaciones sociales, deberán quedar sometidos a la responsabilidad personal y solidaria propia de los socios colectivos, como expresamente se prevé en alguna legislación sudamericana (30). Si bien, insistimos, no puede hablarse de conversión total en sociedad colectiva.

2.2. DIFERENCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO LEGAL DE CONSTITUCIÓN

La situación y régimen de la sociedad en constitución se distingue con facilidad del tema del procedimiento o trámites legales para la constitución, que tanto interés ha despertado recientemente en la doctrina, en especial como consecuencia de la Primera Directriz del Consejo de la CEE de 9 de marzo de 1968 y su recepción en los diversos Estados comunitarios, en orden al régimen de publicidad, validez de las obligaciones estipuladas con terceros en nombre de la sociedad, nulidad y prevención y solución de supuestos de nulidad, regularización o disolución de la misma, entre los que puede figurar (cfr. art. 3-7.º) el tratamiento de la irregularidad (31). Pero aun tratándose de temas distintos, en mu-

(28) Sobre el concepto de tercero registral mercantil, ver MENÉNDEZ, A., «La buena fe y el Registro Mercantil», Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil, C.E.H., Madrid, 1972, 169 ss.

(29) URÍA, «Las sociedades...», 202 y ss., y artículo 6.º Ant. LSA. También en Italia, donde la propia «Relazione» al C. civile preveía el sometimiento a otro tipo social si los socios no esperaban a la inscripción de la S.A. (ver *Casi e materiali sul diritto commerciale. 1. Società per azioni*, Milano 1974, I, 130 ss., donde se comentan Sentencias de Apelación de Florencia y Solmona que califican el supuesto de sociedad colectiva sin exigir que se haya realizado actividad social).

(30) Así, en Colombia, Decreto 2510/50, art. 21; en Chile, Código de Comercio, art. 441.

(31) Referencia al tema, en nuestra doctrina, en GARRIGUES, «Teoría general...», 242, nota 80; GIRÓN, *Derecho de sociedades*, 226-227. VAN OMMESSLACHE, P., «La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés», *Cahiers de Droit Européen*, 1969, 495 ss.; PERRET, F., «Coordination du droit des sociétés en Europe: La première directive de la CEE en matière de sociétés et le droit suisse», Genève, 1970; SIMONT, L., «La loi du 6 mars 1973 modifiant la legisla-

chos puntos del régimen de la sociedad en constitución debe tenerse en cuenta el procedimiento de constitución, en especial, como veremos, en el caso de la fundación sucesiva de Sociedades Anónimas.

2.3. DIFERENCIACIÓN DEL PRECONTRATO O PROMESA DE SOCIEDAD

También es posible distinguir entre sociedad en constitución y contrato preliminar, precontrato o promesa de sociedad, que STEIGER calificó como *pactum de ineunda societate* (32). La sociedad en constitución se inicia con el «acto constitutivo» de la sociedad, que incluye la declaración de voluntad de constituirla; la aceptación de sus estatutos o régimen de funcionamiento; la realización de las aportaciones sociales por parte de los socios, consecuente o unida a su declaración de voluntad de querer constituir la sociedad denominada «X», destinataria de las aportaciones, cuando alcance su personalidad jurídica, y la designación de los gestores encargados de los trámites legales para su constitución. No basta, pues, un mero acuerdo de constituir una sociedad para que nos encontremos ante el supuesto o problema de la sociedad en constitución. Ello no obstante, nada impide admitir que una o varias personas, autorizadas o no previamente por otras, contraten en nombre de una sociedad «en proyecto», con tal que se haya determinado su *nomen juris* o resulte identificable por cualquier otro medio. Como consecuencia de ello, el régimen de los contratos estipulados en nombre de una sociedad en constitución es igualmente aplicable a los estipulados en nombre de una sociedad en proyecto o meramente prometida (33).

tion relative aux sociétés commerciales», Bruxelles, 1975. En estos trabajos el artículo 7.º de la directriz sobre actos estipulados en nombre de una sociedad en constitución es estudiado en sus antecedentes e incorporación a las legislaciones estatales.

(32) STEIGER, *Pactum de ineunda societate...*, 711 ss.; GARRIGUES, «Comentario», 1.ª ed., 173, y 3.ª ed., 187, distingue entre «S.A. en constitución» y «sociedad entre fundadores», que es anterior; GIRÓN, *Derecho de S.A.*, 89-90, siguiendo a la doctrina alemana, distingue entre «precontrato de S.A.» o «Vorgründungsvertrag» y la sociedad en constitución, que califica de sociedad civil: respecto al D. italiano, ver FERRI, «Le società», en *Trattato di diritto Civile italiano*, de Vassalli, Torino, 1961, 96 ss.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Régimen jurídico de las Sociedades anónimas. Nacimiento y extinción de las SA». *Pretor*, núm. 88, 1975, 485 ss., distingue entre precontrato de sociedad y constitución (e inscripción, que él admite, frente a CÁMARA), bajo condición suspensiva.

(33) Así aparecía previsto expresamente en una primera redacción del Anteproyecto de L.S.A. (redacción aprobada el 19 de diciembre de 1969. Libro I, título II, Base C). En Francia, la doctrina estima que el régimen excepcional de «reprise» del artículo 5.º LSC sólo funciona a partir de la existencia de un acto oponible a los terceros (firma de los estatutos; desembolso y depósito de aportaciones dinerarias o nombramiento de «commissaire aux comptes» en las aportaciones «in na-

3. LA SOCIEDAD EN CONSTITUCION EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. LÍNEAS GENERALES DE SU REGULACIÓN POSITIVA

En la legislación comparada, la situación de sociedad en constitución ha preocupado casi exclusivamente en punto a los contratos estipulados en nombre de la sociedad en constitución, con normas que establecen la responsabilidad de los estipulantes si la sociedad no los confirma o asume, lo que viene a suponer la prohibición implícita de su estipulación (34). Sólo en algunas leyes se encuentra la norma expresa de que el comienzo

tura», y depósito del Programa de Fundación en la fundación sucesiva o con llamada pública al ahorro de S.A.). Si los actos se estipulan antes, la asunción de las obligaciones por la sociedad seguiría el régimen común, exigiendo el consentimiento del tercero acreedor (así HÉMAR-D-TERRE-MABILAT, 153 ss., quienes citan en igual sentido a DAGOT, «La reprise, par une société commerciale, des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce», *JCP*, 1969, J. 2277, núm. 9).

En Alemania, ya el Reichsgericht aplica el artículo 34 de la Ley de acciones de 1937 en un caso en el que los estipulantes habían actuado antes del otorgamiento del contrato de sociedad (ver GODIN-WILHELM, *AKtG*, 3.ª ed., Berlín, 1967, I, 195).

(34) La norma prohibiendo la emisión de acciones y la responsabilidad personal y solidaria de quienes estipulen éstos en nombre de la sociedad antes de su inscripción aparece en el C. de Comercio alemán de 1861, artículos 178 y 211 (para sociedades comanditarias por acciones y S.A., respectivamente). Luego es reproducida por el artículo 98 del C. de Comercio italiano de 1882 y el 120 del español de 1885.

También las modernas leyes de S. A. y S. R. L. recogen la implícita prohibición de estos contratos al responder personal y solidariamente los estipulantes si la sociedad no asume o aprueba aquéllos: artículos 41, 41-1.º *AKtG* y 11-2.º *GmbHG*; 2.231 y 2.475 (respecto de la SRL) C. C. italiano; 645 C. O. suizo; 36-g C. de Comercio holandés (que prohíbe su estipulación, además, antes del desembolso de las acciones sustituyendo al menos riguroso art. 40 de la Ley de 1928), y más recientemente, la Ley holandesa de 2 de abril de 1971, que incorpora la Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968; 5.º L.S.C. francesa de 24 de julio de 1966 y arts. 26, 67 y 74 del D. de 23 de marzo de 1967; artículo 7.º Directriz del Consejo de la CEE de 9 de marzo de 1968; artículo 13 bis de las *Lois coordonnées des Soc. Commerciales belges* (introducido por Ley de 6 de marzo 1973) que incorpora aquella norma de la Directriz. De este modo, la norma expresa que hace responder a los estipulantes en nombre de la sociedad, salvo asunción de las obligaciones por ésta, se ha extendido, de la legislación germánica e italiana, a Francia (cuya Ley de 24 de julio de 1966 se inspiró ya en el proyecto de Directriz) y Bélgica, Holanda y Luxemburgo. También el artículo 19-2.º Anteproyecto Regl. Soc. Europea introduce una norma similar, sin admitir pacto en contrario. Idéntica orientación observamos en la legislación latinoamericana: artículos 7 y 102 L.G.S. de México, artículo 4.º L.S.M. de Perú, etc. (ver «El régimen de las S.A. en los países de la A.L.A.L.C.», Instituto para la Integración de América Latina, Buenos Aires, 1971, epígrafe III-6-20).

Por el contrario, no contiene ninguna norma especial sobre estos actos la Ley de Sociedades comerciales argentina de 25 de abril de 1972. Con lo cual se deroga el art. 324 del C. de Comercio que establecía también esta responsabilidad e implícita prohibición.

de las operaciones no debe producirse antes de la inscripción de la sociedad en el Registro (35). Con respecto al régimen de las aportaciones desembolsadas antes del momento de la inscripción, en pocas leyes se regula un régimen expreso de depósito, si bien de la prohibición expresa de emitir y de transmitir las acciones antes de la inscripción se puede deducir que con anterioridad a ese momento no existen en realidad acciones ni, por tanto, fondo social. La aportación del socio aún no ha sido sustituida por la participación en la sociedad que a él corresponde (36).

3.2. CONCEPCIONES DOCTRINALES

Junto a esta escasa normativa positiva existen, sin embargo, abundantes construcciones doctrinales, que intentan resolver los diversos problemas que se plantean en la situación de sociedad en constitución. Concepciones que influyen a veces de forma muy evidente, *a posteriori*, en la propia redacción de las leyes, y que, en todo caso, se integran con el tenor literal de ellas a través de la interpretación, como si constituyeran el propio Derecho escrito. Dos son los problemas que más preocupan en relación con la sociedad en constitución: el de la actuación de los gestores en interés de la futura sociedad y el del régimen de las aportaciones sociales.

1. En relación con el primer tema es de destacar la evolución jurisprudencial en Derecho anglosajón, por su interés para plantear el tema, prescindiendo del «prejuicio» que supone la existencia de una norma positiva expresa. La jurisprudencia inglesa ha declarado que los contratos estipulados en representación de una sociedad no inscrita son nulos, pues la sociedad en ese momento carece de capacidad para estipularlos; no pueden obligar a los estipulantes, que actuaban en nombre de la sociedad, y con ello advertían que no se obligaban por sí mismos, y tampoco es posible que la sociedad ratifique tales contratos, pues según el *common law* esto no es posible si el principal o representado no existía cuando se estipuló el contrato (caso «Kelner v. Baxter», 1866). Si en base a la *equity* en una ocasión se admitió que la sociedad podría asumir (*to adopt*) tales contratos (caso «Spiller v. Paris Skating Co.», 1878), en casos posteriores se ha afirmado que *ratification* y *adoption* son idénticas y ambas deben someterse a las reglas de *common law*

(35) Artículos 5.º L.S.C. francesa y 18 Ley irlandesa.

(36) La prohibición de transmitir las acciones antes de la inscripción figura en el mismo precepto que regula (y en realidad, también prohíbe) la estipulación de contratos nombre de la sociedad en la AktG, artículo 41, y en el C.C. italiano, artículo 2.331.

(casos «Natal Land and Colonization Co. v. Pauline Colliery and Development Syndicate», 1904, y «Re National Motor Mail Coach Co. v. Clinton's Claim», 1908). Por tanto, sólo podrían valer como *gentlemen's agreements* o, por el contrario, como contratos estipulados entre los *promoters* y los terceros. Pero además de no ser válidos para la sociedad, son *provisionals*, es decir, tampoco vinculan a los terceros contratantes, de modo que una vez aceptados por la sociedad ya constituida será necesario de nuevo el consentimiento de los terceros. A diferencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde se ha entendido que los terceros quedaban ya vinculados con su oferta y que la sociedad perfeccionaba definitivamente el contrato con su aceptación (37). La jurisprudencia inglesa cierra toda posible virtualidad y utilidad a estos contratos e ignora las exigencias de la futura empresa y de los terceros, quienes disponen de escasos medios jurídicos para recuperar sus prestaciones ya realizadas o resarcirse de los gastos. En especial tras la sentencia que negó todo derecho a quien haya realizado servicios o gastos en favor de una sociedad no inscrita, en tanto no contrate con ella directamente una vez constituida (caso citado, «Re National Motor Mail Coach», 1908).

PENNINGTON lo expresa con la habitual y descarnada claridad anglosajona: «Por lo anterior queda claro que es desaconsejable e incluso peligroso estipular contratos en nombre de una sociedad en constitución, como representante suyo. El camino más sencillo para evitar las *dificultades creadas por la ley* (subrayado nuestro) es inscribir primero la sociedad y entonces hacerla estipular a ella el contrato.» Caso de que convenga obligar a los terceros aconseja que los promotores estipulen personalmente con aquéllos los contratos y que cedan luego los efectos a la sociedad una vez constituida; el inconveniente que entonces se sigue para los promotores de quedar obligados personalmente, se puede evitar obligando al tercero a exonerar a aquéllos de responsabilidad si la sociedad acepta un contrato idéntico una vez constituida. Y si se trata de comprar algún bien—sigue aconsejando PENNINGTON—pueden contentarse adquiriendo una opción de compra, que luego transmitirán a la sociedad y que no los obliga al cumplimiento (pero que supone un coste, por el precio de la opción) (38). Como se ve, todas estas «soluciones» para evitar las «dificultades creadas por la ley» son bastante insatisfactorias, tanto desde el punto de vista jurídico sustantivo como fiscal. Por el contrario, en la jurisprudencia americana se admite que el gestor (*promoter*), que estipula un contrato en nombre de la sociedad, sea

(37) GOWER, L. C. B., *The Principles of Modern Company Law*, 3.^a ed., Londres, 1969, 280-282; PENNINGTON, R. R., *Company Law*, 3.^a ed., Londres, 1973, 87 ss.

(38) PENNINGTON, *ob. cit.*, 90.

considerado un *trustee* o gestor de negocios de ésta, de modo que la sociedad puede asumir (*to adopt*) tales contratos. Siguiendo el mismo criterio, algunos Estados miembros de la Commonwealth británica regulan esta posibilidad de aprobación o asunción por la sociedad una vez constituida (39).

La posibilidad de entrada de la sociedad en tales contratos se ha reconocido con mayor facilidad en los países del sistema jurídico continental. En algunos de ellos, como Francia (antes de la LSC de 24 de julio de 1966), Bélgica (antes de la Ley de 6 de marzo de 1973, introductoria de la Primera Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968), la doctrina y jurisprudencia aplicaban el Derecho común sobre gestión de negocios ajenos, resultando, al parecer, una escasa protección a los terceros, que se ha reforzado, quizá exageradamente, con la incorporación del artículo 7.º de la Directriz de la CEE citada (40). En otros países existen normas, que se remontan a mitad del siglo pasado, que regulan el supuesto, atendiendo también, sobre todo, a la protección de los terceros. Pero las distintas leyes lo explican en base a esquemas dogmáticos diversos, que, además, como veremos, son sometidos a forzadas adaptaciones. La legislación alemana (arts. 41 AktG y 11 GmbHG) parte de la calificación del supuesto como una *asunción de obligaciones*, si bien para su plena eficacia, al menos dentro del plazo establecido en la ley, basta la notificación a los terceros acreedores y no es necesario el consentimiento de éstos: subrogación subjetiva, pues, en virtud de la ley, sin consentimiento del acreedor. Pero subrogación en la que no aparece claro el sujeto subrogado o inicialmente obligado, que puede ser bien el estipulante o bien la «presociedad». Al esquema de subrogación responden también el artículo 645 C.O. suizo, el artículo 7.º de la directiva de la CEE de 9 de marzo de 1968, el artículo 5.º de la Ley francesa de 24 de julio de 1966, el actual artículo 13 bis de las «Lois coordonnées» belgas. Por el contrario, el artículo 2.338 del Codice Civile italiano y nuestro artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas parecen explicar el fenómeno como actuación representativa sin poder.

Estas calificaciones, en nuestra opinión, fuerzan la normal realidad

(39) Ley de Sudáfrica, núm. 46, de 1926, artículo 71; Ley irlandesa de 1965, artículo 37.

El Comité Jenkins («Report of the Company Law Committee», Board of Trade, Londres, 1962, parágrafo 44, pág. 14) propuso una norma en que se admitiera expresamente que la sociedad, una vez constituida, puede aceptar tales contratos, respondiendo entre tanto de ellos los promotores estipulantes. Pero la «Companies Act», de 1967, no incorporó esta norma.

(40) Para Francia, ver ESCARRA-RAULT, *Traité des Sociétés Commerciales*, París, 1951, II, núm. 540. Para Bélgica, ver DE PAGE, VAN RYN y VAN OMMELAGHE, referencias en el trabajo del último «La première directive...», 638, y en SIMONT, «La loi...», 71.

de los hechos, puesto que si el gestor, como es habitual, contrata «en nombre de la sociedad X, en constitución», *ni contrata en nombre propio* (y, en consecuencia, no puede haber subrogación, pues no nacen efectos jurídicos directos en el estipulante) *ni se arroga una falsa representación*, pues es claro que advierte que actúa en nombre de la sociedad futura, sin representación alguna. Y si esta responsabilidad es *ex lege*, como algunos dicen, quedando satisfechos con ello, evidentemente habrá de responder—valgan los latines—a alguna *ratio legis*. O, por el contrario, como creemos nosotros y se demostrará más adelante, al menos en lo que respecta a nuestro artículo 7.º y concordantes, tal responsabilidad sólo se producirá o será exigible en determinados supuestos, y no siempre y en todo caso.

La doctrina, sin embargo, apenas se ha maravillado ante este régimen tan extendido. Que sepamos, sólo la doctrina suiza y WEILLER, en un comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione italiana de 22 de enero de 1958, han advertido lo inadecuado de una aplicación indiscriminada de este régimen (41). Entre nosotros, tan sólo el profesor GIRÓN TENA se detiene a pensar en el rigor del artículo 7.º para con los gestores, que lo imputa a un «conceptualismo exagerado que quiere extremar las consecuencias de la inscripción» (42). Distinta consideración merece el artículo 7.º de la Primera Directriz de la CEE y las disposiciones estatales que la siguen, en que se entiende como una responsabilidad sólo derogable mediante pacto expreso (43).

2. Con respecto al régimen de las aportaciones sociales, en Derecho alemán ha pesado decisivamente la concepción de las «dos socieda-

(41) STEGWART reconoce que el artículo 645 C.O. no intenta regular todas las hipótesis de contratos estipulados en nombre de la sociedad (cit. por PERRET). Al igual que STEIGER, F., «Le droit des S.A. en Suisse», Lausanne, 1973, 143 ss. Conforme también PERRET, F., «Coordination...», 45. En la doctrina italiana es especialmente crítico WEILLER, A., «Riferibilità alla società degli atti compiuti dagli amministratori prima dell'iscrizione», *BBTC*, 1959, II, 162 ss.

(42) GIRÓN, «Derecho de S.A.», 164.

(43) En efecto, el artículo 7.º de la Directriz establece dicha responsabilidad «salvo pacto en contrario». En Francia, el Proyecto de LSC núm. 1.003 no contenía norma alguna sobre los actos estipulados en nombre de la sociedad en constitución. La Comisión de Leyes de la Asamblea Nacional introdujo una norma según la cual tales actos vincularían a la sociedad «a no ser que expresamente rehúse ratificarlos en las condiciones y plazos previstos por Decreto». Además, una enmienda del señor Pléven añadía la invocación del régimen del Código civil sobre gestión de negocios útil. Fue el conocimiento del Proyecto de 1.ª Directriz el que orientó al Parlamento en otra dirección (HÉMARD-TERRÉ-MABILAT, 150-151). La doctrina discute el alcance de la responsabilidad que impone el artículo 5.º. Así, SORTAIS entiende que la norma no es imperativa (ver MERLE, 29). Por contra, HÉMARD-TERRÉ-MABILAT ni siquiera admiten la renuncia expresa del tercero ni la estipulación bajo condición suspensiva (págs. 155-156). El resultado práctico de esta segunda dirección podría ser tan perjudicial para la futura empresa como la propia jurisprudencia inglesa.

des» (presente también en la subrogación en los contratos), que distingue entre la sociedad preliminar (*Vorgesellschaft*) y la definitiva sociedad por acciones (44). Recientemente, las llamadas «doctrinas unitarias» superan ya esta contraposición, reconociendo que la sociedad constituida en la escritura pública (*errichtete Gesellschaft*) es ya la sociedad por acciones futura (*entstandene Gesellschaft*), aunque la primera carezca aún de personalidad jurídica, y con ella carezca de capacidad de obrar, de legitimación procesal activa y pasiva y de capacidad para ser declarada en concurso (45). Pero se sigue afirmando por toda la doctrina que las aportaciones sociales, una vez realizadas, aun en momento muy anterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, integran un fondo común, el cual, caso de no llegar a inscribirse la sociedad, requiere una previa *liquidación social* para ser restituido a sus aportantes. Esta liquidación social debe realizarse con la venta de las aportaciones no dinerarias, el pago de los gastos necesarios de fundación y la distribu-

(44) FISCHER, R., *Las S.A. Su régimen jurídico* Trad. cast. de W. Rocas. Madrid, 1934, 148 ss.; GODIN-WILHELMI, «AKtG», cit. 105 y 144 ss. (Comentario al art. 29 AKtG, donde recogen las diferentes calificaciones dadas por la doctrina a la «Vorgesellschaft»: sociedad de Derecho civil; «Verein», sin personalidad jurídica, y S.A. que carece de ciertas características que le da la inscripción en el Registro); WÜRDINGER, «Aktien und Konzernrecht», 109; FISCHER, «Grosskom. zum AKtG», Gadow-Heinichen, par. 22, apart. 4; HACHENBURG-SCHILLING, «Komm. zum GmbHG», parágr. 11, apart. 2.º

(45) MUELLER-ERZBACH, *Das Privatrecht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens*, 1948, 188 ss.; SCHOLZ, *GmbH. Rundschau*, 1956, 3 v ss.; GIERKE, AKtG, comentario al artículo 41. IV-2; TEICHMANN-KOEHLER, AKtG, íd., apartados 2 y 3; SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKY, AKtG, apart. 2 y 3; KRAFT, *Kölner Komm. zum AKtG*, comentario al artículo 41. *passim*; GODIN-WILHELMI, comentario al artículo 41, apart. 3 y 4 (págs. 188 ss.); SCHOLZ-FISCHER, *Kleinkomm. zum GmbHG*, 7.ª ed., comentario al artículo 11, apart. 5, y HACHENBURG-SCHILLING, comentario al artículo 11, apart. 2.º

Los contradictores de la teoría unitaria oponen la clara subrogación que el artículo 41-2.º AKtG establece con respecto a las obligaciones contraídas antes de la inscripción (BRODMANN, *Komm. zum HGB*, artículo 200, 1-a; GADOW, *Her. R. Jahrb.*, 87, 251 ss.; BAUMBACH-HUECK, AKtG, apartado 1, que excluyen la aplicación del artículo 117 BGB sobre ratificación de contratos estipulados sin poder, y GmbHG, 13.ª ed., comentario al artículo 11, apartado 5

GODIN-WILHELMI (págs. 190-191) concluyen aconsejando «investigar la voluntad del legislador a partir de la propia Ley, teniendo en cuenta la especialidad de la situación y los intereses públicos y privados que deben ser protegidos. Debemos precavernos contra los conceptos, en especial de los tomados de otras parcelas jurídicas, así como contra las consecuencias que derivan de ellos...». En el mismo sentido, rechazando lo que sería una «jurisprudencia de conceptos», BAUMBACH-HUECK, AKtG, 13.ª ed., 1968, 105.

Al tema de la «presociedad» la doctrina germánica ha dedicado un gran esfuerzo. Entre otras muchas monografías recientes, además de las citadas, conviene mencionar: SCHULZE-LESSAUL, «Gedanken zur Rechtsnatur der sogenannten Vorgesellschaft», en *Festschrift Karl Olivecrona*, 1964, 654 ss.; KUECHLER, R., *Haftung der Gründergesellschaft*. Zürich, 1971; RIEDEL, E., *Die Vertretungsmacht bei Handlungen für die werdende Kapitalgesellschaft*, Neue Jur. Woche, 1971, 351 ss.

ción de la ganancia o pérdida resultante de estas operaciones liquidatorias en proporción a lo aportado por cada fundador o suscriptor y hasta el límite de su aportación respectiva, al igual que ocurriría en una sociedad ya constituida (46).

Esta construcción, muy peculiar de la doctrina alemana y que no se apoya en precepto positivo alguno, ha tenido evidentes repercusiones entre nosotros. Así, la doctrina francesa ha distinguido hasta la Ley de 1966 entre constitución definitiva e inscripción de la Sociedad Anónima (47). Pero contrasta con la concepción doctrinal mayoritaria de los países latinos, según la cual, antes de la inscripción no existe aún verdadera sociedad ni hay constituido fondo social, que requiera una previa liquidación social en toda regla para su restitución a los aportantes.

4. LA SOCIEDAD EN CONSTITUCION EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA

4.1. EL CÓDIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio, en sus artículos 117 y siguientes, regula el régimen de la sociedad en proceso de constitución con carácter general para todas las sociedades mercantiles. Para su exacta comprensión, como decíamos antes, estos preceptos hay que interpretarlos contrastándolos con el régimen de la constitución de sociedades mercantiles en el Código de Comercio de 1829. De acuerdo con nuestra personal interpretación o «lectura» de los mismos, tales artículos dicen lo siguiente:

(46) GODIN-WILHELMI, 205 ss.

(47) No obstante, la doctrina francesa ha recibido con desagrado el artículo 5.º de la Ley de 1966, que fija el momento de nacimiento de la personalidad jurídica en la inscripción y no en el acto constitutivo, como para todas las sociedades establecía antes el Código civil. Así, BASTIAN, D., *La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce*, Etudes Cabrillac, París, 1968, 30; SORTAIS, J. P., *Repertoire Dalloz. Sociétés*, vol. V: *Société anonyme*, 2.ª ed., núm. 332 ss.; HOUIN, notas a SS. en *RTDC*, 1972, 114, y *RTDC*, 1975, 526. Por el contrario, HEMARD-TERRÉ-MABILAT (ob. cit., 139 ss.) defienden la solución del artículo 5.º LSC.

Con respecto a la doctrina italiana también subsisten diversidad de opiniones: ver PAVONE LA ROSA, *Il Registro*..., 333 ss.; OPPO, «Forma e pubblicità nelle società di capitali», *Riv. Dir. Civ.*, 1966, I, 109; COTTINO, «Considerazioni sulla forma del contratto di società», *Riv. soc.*, 1962, 284. Prevalece la tesis de que sólo existe S.A. una vez completado el procedimiento de constitución, que incluye actos privados y públicos (FERRI, «Le società», *Trattato di dir. civile italiano*, de VASSALLI, Torino, 1971, 611).

- También GARRIGUES parece partir de una «constitución» de la S.A. antes de la inscripción, al admitir que existen acciones desde la determinación del capital social (*Comentario*, 1.ª ed., I, 253-255. y 3.ª ed., 204 y 275).

Los socios se obligan, por el mero consentimiento, en todo aquello que hayan pactado (art. 117); pero en su voluntad está que antes de iniciar la sociedad sus operaciones sociales, los encargados de la gestión tienen que inscribirla en el Registro (para lo cual todos y cada uno de los socios quedan obligados, en virtud del pacto inicial, a otorgar la necesaria escritura pública, previa a la inscripción); entre tanto, los encargados de la gestión social no podrán estipular contratos con terceros en nombre de la sociedad, so pena de incurrir en responsabilidad personal (sean o no socios), y si son varios, solidaria (art. 120), en tanto que los socios no estipulantes no contraerán ninguna responsabilidad derivada de tales contratos. Los terceros no quedan obligados por tales contratos ni pueden exigir su cumplimiento a la sociedad, ya que son nulos (art. 118), pero ostentan una acción para exigir responsabilidad a los gestores por los perjuicios sufridos en el caso de que realmente sean culpables de ellos. Esta es la interpretación o «lectura» que con todo rigor hace de tales artículos el profesor GARRIGUES, sólo que pretende aplicar este régimen a la situación de «sociedad irregular», para la que, como decimos, no están concebidos.

Como vemos, este régimen está dirigido a impedir, en la práctica, la estipulación de toda clase de actos y contratos antes de la inscripción de la sociedad, en protección de los socios. Pero, como se comprende fácilmente, ello puede suponer un grave inconveniente para preparar la plataforma de despegue de la nueva empresa (48). Los encargados de la gestión social se ven imposibilitados de aprovechar las oportunidades que se les ofrezcan de celebrar contratos en interés de la futura sociedad, para que ésta pueda iniciar su actuación de la forma más inmediata y ventajosa posible, al momento de ser inscrita. Sin embargo, el rigor de esta conclusión puede mitigarse si interpretamos que este régimen «represivo», previsto contra los encargados de la gestión social que estipulen contratos en nombre de la sociedad antes de haberla inscrito en el Registro, *no debe ser aplicado a situaciones, en nuestra opinión, no contempladas por el legislador, y que son fundamentalmente las siguientes:*

a) Como ya hemos dicho anteriormente, el régimen de los artículos 117 y siguientes del Código no es aplicable a la sociedad irregular, en la cual los socios consienten la iniciación de operaciones sociales antes de la inscripción y, en consecuencia, no merecen la protección que les dispensa el legislador.

(48) Las «ventajas» de este régimen las señalaba BENITO ENDARA (ver nota 16). Los inconvenientes de esta implícita prohibición de contratar respecto artículo 7.º LSA, UrfA, *Las sociedades...*, 194.

b) Con respecto a la realización por los encargados de la gestión social de actos o contratos aislados distintos a la iniciación de operaciones sociales en sentido estricto, creemos que hay que distinguir una variedad de supuestos, reconducibles, en principio, a las siguientes situaciones:

b-1. *Actos necesarios para la constitución de la sociedad:* Parece que no deben quedar prohibidos por el artículo 120, puesto que constituyen el contenido implícito indispensable del mandato conferido a los «encargados de la gestión», como se desprende de aquel mismo precepto. El problema quedaría planteado, respecto de estos actos, en lo que se refiere a la amplitud del concepto de «necesidad» o «necesariedad» relacionado con la constitución. Sobre el tema, que puede ser contemplado con carácter general para todas las sociedades mercantiles y para las cooperativas, volveremos más adelante (5.2.4.).

b-2. *Contratos estipulados y cumplidos (al menos, por el tercero) antes de la inscripción de la sociedad:* De éstos deberán responder, en principio, los encargados de la gestión social, por haber iniciado operaciones sociales o contratado en contra de la voluntad implícita o explícita de los socios, a no ser que éstos expresamente aprueben *a posteriori* tales contratos.

b-3. *Contratos estipulados, pero pendientes de ejecución, para el momento en que la sociedad los apruebe y los cumpla por sí misma:* La situación de pendencia puede ser indicada o advertida por los encargados de la gestión social, bien contratando con la expresión «en nombre de la sociedad X, en constitución» (cuyo significado debe considerarse suficientemente claro, según la práctica negocial y la buena fe en sentido objetivo) (cfr. art. 57 del Código de Comercio), o bien con la cláusula expresa de «salvo aprobación de la sociedad X, cuando esté regularmente constituida». Estos contratos no serían nulos (como podría desprenderse *a contrario sensu* del art. 118 para todos los contratos estipulados en este período), sino válidos y, además, unilateralmente vinculantes para el tercero, quien no podría invocar el artículo 1.259 del Código civil para revocarlos, basándose en la ausencia de autorización para contratar que afecta a los encargados de la gestión social estipulantes de los contratos, pues esta circunstancia era perfectamente conocida de aquellos terceros. Naturalmente, esta vinculación unilateral debería presumirse sometida a plazo, el cual, a falta de expresa estipulación, podría ser fijado por el Juez a requerimiento de los terceros, en base al artículo 1.128 del Código civil. Los gestores estipulantes, por el contrario, no contraerían ninguna responsabilidad, pues su conducta es perfec-

tamente leal (y, en consecuencia, debe entenderse que queda fuera del supuesto sancionado por el art. 120). Por último, la sociedad y los socios o fundadores no responderían de tales conductas, pues no estaban vinculados por ellos, salvo expresa autorización o aprobación de los mismos antes o después de su celebración (49).

En conclusión, el régimen establecido en los artículos 117 y siguientes del Código de Comercio para la sociedad en constitución contempla sólo determinada situación, en la cual los socios merecen la protección del legislador. Pero no puede impedir, en perjuicio de éstos, ni tampoco en perjuicio de los gestores y de los terceros, una serie de actuaciones, cuando las circunstancias de la actuación de los gestores o de los propios socios hagan innecesaria la aplicación de aquel régimen protector.

4.2. LAS LEYES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y DE COOPERATIVAS

Mejor tratamiento ha recibido la sociedad en constitución en las leyes especiales, aunque tampoco sea completo ni totalmente satisfactorio.

Con respecto a los contratos estipulados por los gestores antes de la inscripción de la sociedad, el artículo 7.º (reproducido por los arts. 6.º de la LSRL y 41 de la LC), siguiendo la orientación del Derecho comparado, no declara la nulidad de los mismos ni expresa ni implícitamente (como parece hacerlo el Código de Comercio). Sino que, en una línea más favorable a su estipulación, dice que *su validez queda condicionada* a la aprobación de la sociedad dentro de los tres meses siguientes a su inscripción, respondiendo en defecto de aquélla los gestores frente a quienes hubieran contratado. Se excluyen de este régimen los gastos necesarios para la constitución, los cuales corren siempre a cargo de la sociedad una vez constituida y sin necesidad de aprobación. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974 ha declarado aplicable el precepto a los contratos estipulados en España en nombre de una sociedad constituida en Liechtenstein, por no regular una cuestión de capacidad, sino negocial (regla *locus regit actum*, art. 11 del Código civil). Solución conforme también con el artículo 15 del Código de Comercio. Por el contrario, la sentencia de 10 de diciembre de 1969 excluye su aplicación a la licitación a una concesión administrativa, porque en la documentación se exige hacer constar los datos de una sociedad ya constituida.

(49) Apunta esta construcción STEIGER, *Le droit des S. A. en Suisse*. 143-144.

En el procedimiento de fundación sucesiva, los artículos 28 y 21, a), parecen duplicar innecesariamente el régimen del artículo 7.º Aunque, como veremos luego, se hace necesario integrarlos con este último precepto, teniendo en cuenta que aunque la Junta Constituyente apruebe las «gestiones» de los promotores y nombre administradores, éstos, en rigor, no pueden iniciar las operaciones sociales propiamente dichas, sino que, aun siendo administradores, deben ser calificados como meros «gestores» de la constitución (art. 7.º) hasta el momento de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Por otro lado, otra dificultad inmediata podría venir planteada por el hecho de que el artículo 28 parece responder al «sistema germánico» de la subrogación o novación subjetiva de los contratos, según el cual los promotores quedarían obligados *personal y contractualmente*, en tanto la sociedad no «asuma»—como dice el precepto—«las obligaciones legítimamente *contraídas por ellos*». Ahora bien, estas expresiones no deben interpretarse literalmente, pues, de lo contrario, a falta de una especial derogación del régimen de la asunción de deudas (derogación que hemos observado en el art. 41 de la Ley de Acciones alemana y se presume en ausencia de norma expresa por la doctrina suiza o francesa), sería necesario el consentimiento de todos los acreedores sociales (artículo 1.205 del Código civil), y desde el punto de vista fiscal se originarían dos actos tributables, todo lo cual no parece corresponder a la voluntad del legislador. Así, pues, en este punto también el artículo 28 coincide con el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

Con respecto a este mismo problema en la Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, el régimen de la sociedad en constitución del artículo 41 debe ser integrado, en tanto no se promulgue un nuevo Reglamento, con el régimen establecido en el Reglamento de Cooperación de 13 de agosto de 1971, que está vigente con carácter reglamentario en lo que no se oponga a la normativa de la nueva ley. En esta materia, el Reglamento de 1971 contiene algunas normas muy acertadas. En especial, el artículo 30, que prohíbe expresamente la iniciación de operaciones sociales antes de la inscripción de la Cooperativa en el Registro General y de su confirmación en la Junta o Asamblea de Constitución (50).

Con respecto al régimen de las aportaciones dinerarias antes de la inscripción de la sociedad en el Registro, la Ley de Anónimas sólo contempla implícitamente el régimen de depósito de las mismas en relación con el procedimiento de fundación sucesiva (arts. 17 y 19), como si no

(50) VICENT, «Análisis crítico del nuevo Regl. de Coop.», *RDM*, núms. 125-126, 478.

fuera necesario establecerlo en la fundación simultánea, para asegurarlas debidamente en tanto no se produzca la inscripción. Tampoco las Leyes de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Cooperativas se ocupan de esta importante cuestión. Por su parte, el artículo 43-6.º de la Ley de Sociedades Anónimas presume que la emisión de acciones ha de venir precedida por la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, aun olvidando la prohibición expresa de emitir las acciones antes, que encontramos en otras legislaciones, y el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas prohíbe a los «accionistas» transmitir las acciones antes de la inscripción de la sociedad, precepto que, orientado a evitar el fraude en la transmisión, plantea una interesante problemática, que hemos estudiado en otro lugar (51).

4.3. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE LA COMISIÓN DE CODIFICACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Parece indispensable tener en cuenta el tratamiento que se da a la sociedad en constitución en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, tanto por su posibilidad de convertirse en ley en un futuro no lejano como por el nivel científico de los trabajos prelegislativos en la materia, dada la colaboración de eminentes mercantilistas en la Subcomisión encargada del tema (52).

El artículo 8.º del Anteproyecto, en su actual redacción, establece que «del cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes del otorgamiento de la escritura de constitución o antes de su inscripción en el Registro Mercantil responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado». Pero añade: «Los contratos se entenderán automáticamente asumidos por la sociedad después de su inscripción, así como los gastos ocasionados hasta obtenerla: 1) si resultaren indispensables para su constitución; 2) si se aceptasen expresamente por ella dentro del plazo de tres meses desde la inscripción, 3) o si hubiesen sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas designadas

(51) BROSETA, M., y VICENT, F., *La prohibida transmisión de acciones antes de la inscripción de la S. A. en el R. M.*, Valencia, 1975, 13 ss.

(52) Inicialmente la Subsección de D. Mercantil de la Sección de D. Privado de la Comisión de Codificación del M. de Justicia fue encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de sociedades mercantiles, encargo que luego se redujo, y con carácter de relativa urgencia, a un Anteproyecto de Ley de anónimas. Debemos advertir que en punto a la contratación en nombre de la sociedad en constitución se ha ido pasando por diversas redacciones, en ocasiones muy sugestivas, que no pueden reproducirse aquí.

Intervienen en la elaboración del Anteproyecto los Profesores J. GARRIGUES, A. POLO, A. MENÉNDEZ, F. SÁNCHEZ CALERO, M. BROSETA y A. BERCOVITZ.

a tal efecto por todos los socios. En estos supuestos—concluye el precepto—*cesará la responsabilidad solidaria, a que se refiere el párrafo anterior, siempre que el patrimonio social sea suficiente para hacer frente a las obligaciones contraídas.*»

Por su parte, el artículo 9.º del Anteproyecto establece el paso automático al régimen de sociedad irregular si la escritura no se inscribe en el plazo de un año, «quedando afectados—en tal caso—los bienes aportados a la sociedad y sus frutos al cumplimiento de los actos y contratos estipulados, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de las personas a que se refiere el artículo anterior».

En la fundación sucesiva, el artículo 32 del Anteproyecto respeta el reiterativo régimen actual diciendo que «una vez constituida la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará de los gastos realizados, siempre que: 1) su gestión haya sido aprobada por la Junta General, a que se refiere el artículo 25 (es decir, la Junta Constituyente, o 2) que los gastos hayan sido necesarios. Los promotores (al igual que se dice en el actual art. 28 de la Ley de Sociedades Anónimas) no podrán exigir estas responsabilidades de los simples suscriptores, a menos que éstos hayan incurrido en dolo o culpa».

Con respecto al régimen de las aportaciones, el artículo 14, párrafo 3.º, del Anteproyecto exige mencionar en la escritura de fundación la exhibición al Notario de los resguardos de depósito a nombre de la sociedad. Y el artículo 33 bis prevé—si bien sólo en el procedimiento de fundación sucesiva—que «transcurridos quince meses desde el depósito del Programa de Fundación sin inscribirse la escritura, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones». O sea, que en este caso no se establece el paso automático del régimen de la sociedad en constitución al de sociedad irregular, sino que, al parecer, aunque tampoco se diga expresamente, se sigue el sistema (en nuestra opinión, más satisfactorio) de la resolución automática del contrato con devolución de las aportaciones en depósito, que establecen el Código civil italiano, en su artículo 2.329, último párrafo; la LSC francesa (arts. 38-2.º y 39-2.º), y el art. 76 del Decreto de 1967 (53). La valoración crítica del régimen proyectado en estos preceptos se hará al analizar cada uno de los problemas que plantea el actual Derecho positivo.

(53) Estas normas permiten a los suscriptores exigir la restitución de las aportaciones dinerarias si la sociedad no se constituye en el plazo previsto. Pero la doctrina extiende esta facultad a las aportaciones *in natura* (ver HEMARD-TERRÉ-MABILAT, ob. cit., 773).

5. REGIMEN POSITIVO ACTUAL DE LA SOCIEDAD EN CONSTITUCION EN NUESTRO ORDENAMIENTO

5.1. DELIMITACIÓN TEMPORAL DEL PERÍODO DE SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN

Con el fin de comprender los problemas que se presentan en la situación de sociedad en constitución conviene, en primer lugar, delimitar el período en que se comprende esta situación. Con respecto al *momento inicial*, ya decíamos que la situación de sociedad en constitución se desencadena a partir del llamado «acto constitutivo» con la estipulación del contrato de sociedad, la aceptación de sus estatutos o régimen, el nombramiento de gestores encargados de llevar a cabo la constitución y el desembolso, en su caso, total o parcial de las aportaciones. Es la realización de este desembolso el dato que permite fundamentalmente distinguir entre una sociedad *en proyecto* y una sociedad en constitución.

Mayor interés tiene señalar el *momento final* del período de sociedad en constitución. Normalmente, este momento debe coincidir con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, a partir del cual la sociedad puede iniciar sus operaciones sociales. Pero también puede producirse en un momento anterior, si los socios deciden iniciar las operaciones sociales antes de la inscripción, pasando entonces, en opinión no generalizada, a la situación de sociedad irregular.

Con referencia al procedimiento de fundación sucesiva de la sociedad anónima, no parece que este momento final pueda darse con la aprobación por la Junta Constituyente de las gestiones de los promotores (art. 21, *a*), de la Ley de Sociedades Anónimas). Y no tanto porque, como dice el profesor GARRIGUES (54), esta aprobación sea un acto interno y no un acto de la sociedad (criterio que inspirará también su tesis de que la Junta Constituyente no puede «aprobar» los contratos estipulados en nombre de la sociedad), porque, en tal caso, ninguna legitimación como órgano social tendría tales administradores, sino, sobre todo, porque, en nuestra opinión, los «administradores» nombrados en aquella Junta no pueden iniciar la explotación del objeto social antes de la inscripción de la sociedad (55). Pueden, sin embargo, como verdadero órgano social, celebrar otros negocios de su competencia, como la delegación de funciones o facultades y el apoderamiento, ya que éste cons-

(54) «Comentario. », 1.^a ed., I, 179; y 3.^a ed., 194.

(55) Así, en la doctrina italiana y francesa, por todos, FERRI, *Le società*, 612, y HOUIN, *RTDC*, 1975, 528 ss.

tituye un acto interno de autoorganización que no implica relación con los terceros (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1973).

La afirmación de que la sociedad no puede iniciar sus operaciones sociales (o explotación de su objeto social) antes de la inscripción, choca con la práctica notarial de fijar en la escritura de constitución el comienzo de las operaciones en momento anterior a la inscripción, coincidiendo con el de otorgamiento de la escritura o incluso antes de él. En este sentido nos parece especialmente criticable la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 1970 (56), que declaró inscribible la escritura de constitución de la Sociedad «Simbar», cuyos Estatutos decían que «había dado comienzo a sus operaciones en un día anterior al de otorgamiento de escritura», añadiendo, para justificar este pacto, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas». En nuestra opinión, a pesar de la aparentemente brillante argumentación del Notario, acogida por la Dirección General, la calificación del Registrador al denegar la inscripción de la escritura era correcta, pues no se puede confundir el concepto de operaciones sociales (o, como decía el Registrador, las «operaciones de giro y tráfico») con el de contratos celebrados, pero no ejecutados, en nombre de la sociedad (o, como él decía, «contratos previos y limitados»). En efecto, no puede ampararse en la doctrina civil de la ratificación de contratos estipulados por persona ajena, el desarrollo de una actividad en régimen de responsabilidad limitada, antes de existir sociedad anónima (u otro tipo de sociedad con responsabilidad limitada de sus socios). Por lo mismo que se dice que no puede haber «sociedad anónima irregular», tampoco es admisible un régimen de responsabilidad de los socios propio de accionistas cuando, por el contrario, no se han sometido al cumplimiento de los requisitos formales de constitución. Además de que podría darse el caso de que nunca se llegara a constituir la sociedad anónima, en cuyo caso, sorprendentemente, en lugar de responder los socios, que han consentido en la iniciación de operaciones sociales, como es de rigor en el régimen de la sociedad irregular, sólo responderían los gestores o estipulantes de los contratos (art. 7.º de la

(56) Ver nota crítica de E. FERNÁNDEZ CABALEIRO en *RCDI*, 1970, 1001 ss.

GARRIGUES, «Comentario», 3.ª ed., 163 (y «Curso», I, 370), considera que esta interpretación encuentra apoyo en la dicción del art. 102-d, que califica de «presente histórico». También CÁMARA, «Estudios», I, 134 ss. y 369 ss., igualmente como medio para subsanar la irregularidad, entendiéndolo, además, que como los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación, los contratos celebrados con posterioridad a ésta no precisan aprobación de la sociedad (ob. cit., I, 371).

Ley de Sociedades Anónimas). Así, pues, la tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado no puede ser más desacertada. Por otro lado, como el Centro Directivo recoge en su primer considerando, es claro que los artículos 11-3-d) de la Ley de Anónimas y 98-5.º y 102 del Reglamento del Registro Mercantil (a diferencia del art. 21 del Código de Comercio para el comerciante individual) ya no prevén que se exprese, como lo hacía el Reglamento de 1919, «la fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones». Sino que tales preceptos se refieren clara y rotundamente al futuro: «la fecha en que *dará comienzo* a sus operaciones» (art. 11-3-d LSA) y a «la fecha de comienzo de las operaciones» (arts. 98-5.º y 102-d del RRM). La Dirección General admite textualmente que «un comienzo anticipado de las operaciones sociales no es contrario a los textos legales y alcanza plena eficacia *si el proceso constitutivo llega a feliz término* (subrayado nuestro) y la sociedad ratifica tales operaciones en término hábil». Creemos que con ello adopta una actitud peligrosa y desvirtúa claramente la letra y el espíritu de la ley.

En el sentido o interpretación que proponemos, además, se habría pronunciado ya la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1956, diciendo textualmente que «demostrada la existencia de la sociedad actora a partir de 1.º de enero de 1946 (fecha anterior a su inscripción), la mención de esa fecha en el artículo 5.º de los Estatutos sociales como la que empezó la compañía sus operaciones mercantiles, *se refiere a la de su existencia como sociedad irregular...*, y en este sentido ha podido estimar la Sala sentenciadora que *'Maquinaria Ceres, S. A.'*, *había dado comienzo a sus operaciones cinco meses antes de otorgar la escritura pública correspondiente*, sin haber incurrido, por tanto, en las infracciones denunciadas en el citado motivo 2.º».

Aún tiene menos fundamento la práctica notarial de hacer constar en la escritura de constitución que «se reúne la Junta general universal, con la presencia de todos los socios, por primera vez, para designar el primer Consejo de Administración, integrado por los siguientes señores: ...». En realidad, la Junta general, como órgano social, no existe antes de la inscripción de la sociedad anónima en el Registro. No creemos que pueda trasladarse a ella la doctrina de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1973, antes citada, que reconoce a los administradores una capacidad actual de autoorganización antes de hallarse inscrita la sociedad. Admitir esto sería contrario al sentido de la ley cuando se refiere a los «administradores designados en el acto constitutivo» (art. 72, como excepción a la regla general del art. 71 de que son elegidos en Junta general), bien

entendido que «acto constitutivo» es el «convenio entre los fundadores», como dicen el art. 9.º o la «escritura social» del art. 14 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por otro lado, si se admite su nombramiento en Junta general «universal» anterior a la inscripción de la sociedad, habría de aceptarse, lógicamente, también por una Junta general no universal. A esta conclusión, evidentemente, no querrían llegar los Notarios. Pero tan «órgano» es una Junta como otra.

Esta cláusula, pues, formalmente nula, sólo puede admitirse como válida por conversión. Es decir, calificándola, más que como un acuerdo de Junta general «universal», como un mero pacto social o escriturario, en el «acto constitutivo», en la medida en que se adopta por unanimidad de todos los socios (56 bis).

Por último, volviendo al tema de la delimitación temporal del período de sociedad en constitución, parece que un pacto de iniciación de las operaciones en momento posterior a la inscripción de la sociedad tendría el efecto de prolongar la situación de sociedad en constitución. Ahora bien, los administradores quedarían vinculados por dicho pacto tan sólo internamente, de modo que nada impediría que pudiesen vincular a la sociedad con terceros contratantes de buena fe que no conocieran aquel pacto.

5.2. LOS GESTORES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

5.2.1. *Concepto*

Con el término genérico de «gestores» (paralelo, en cuanto a su amplitud, al de *promoters* del Derecho anglosajón) (57) podemos designar a todas las personas que se encargan de realizar los trámites de constitución de la sociedad antes de iniciar las operaciones sociales. En este concepto amplio podemos incluir diversas figuras legales: 1) a los «encargados de la gestión», contemplados en el artículo 120 del Código de Comercio, a quienes, entre otras cosas, se ha confiado la constitución de la sociedad, siguiendo los trámites legales; 2) a los «gestores» contemplados por el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas; 3) a los

(56 bis) La Sentencia del T. S. de 22 de octubre de 1974 (R. 3.970), por el contrario, admite que este acto no forma parte del acto constitutivo, y, con ello, que a los administradores designados en él no les afecta el plazo máximo del artículo 72 LSA. Ver sobre ella el excelente comentario de Mercedes CARIB FOSAS, en *RJC.*, núm. 2/1976, 173 ss., en concreto, sobre el concepto de «acto constitutivo», 195 ss. El art. 19 del Anteproyecto de LSA establece que los primeros administradores «deben ser designados en la escritura de constitución», con el fin de terminar con esta viciosa práctica.

(57) GOWER, 270 ss.; PENNINGTON, 463 ss.

«promotores» de la fundación sucesiva de sociedad anónima (arts. 16 y sigs. de la Ley de Sociedades Anónimas), y a los «promotores» de la fundación de la cooperativa (art. 41 de la Ley de Cooperativas); 4) a los «administradores» designados en la Junta Constituyente, en tanto no se inscriba la sociedad. La estipulación de negocios jurídicos en nombre de una sociedad en constitución por quien no tenga ninguna relación con ella—por quien no sea «gestor» de la constitución—queda fuera de nuestra consideración por caer de lleno dentro del régimen común de la gestión de negocios ajenos.

Frente a este concepto amplio, omnicomprensivo (gestores-encargados de la constitución), aparece el concepto de «gestores que hayan contratado», «estipulantes» o «actuantes», que, a su vez, puede tomarse, en un sentido restringido, de quienes personalmente han contratado o estipulado (en caso de un negocio unilateral) (58), o en un sentido amplio, de aquellos gestores de la constitución que hayan consentido en ello (59).

5.2.2. *Actuación contractual de los gestores en nombre de la sociedad en constitución*

Para comprender la posición jurídica de los gestores en el proceso de constitución de la sociedad hay que distinguir dos tipos de relaciones: a) la relación existente entre ellos y sus mandantes (bien sean éstos los demás fundadores, bien los promotores, los suscriptores o la propia Junta Constituyente), y b) la relación que pueda nacer en su día entre ellos y la sociedad una vez constituida.

La primera relación, que deriva del contrato de sociedad, es fácilmente reconducible al mandato o comisión (arts. 1.709 del Código civil y 243 del Código de Comercio). En su virtud, si los gestores actúan en

(58) Ver HOUIN, *RTDC*, 1972, 111 (nota a la S. del Trib. de París de 11 de junio de 1971), y *RTDC*, 1973, 803 (nota a la S. Cass. de 3 de abril de 1973 recaída en el mismo caso). Aunque se admite el mandato para actos concretos, no basta una mera autorización general en favor de los gestores para que puedan vincular a la sociedad.

(59) Especialmente problemático ha sido el concepto de «Handlender», una «pesada cruz» para la jurisprudencia alemana (FLECK, ob. cit., 223 ss.), divididas las propias Salas del BGH. entre una interpretación amplia, que hace responder a todos los fundadores que hubiesen consentido la estipulación de los contratos, y la estricta, que, considerándola una sanción personal, sólo la entiende aplicable a los estipulantes. En Francia el tema se ha planteado en las SS. referidas en la nota 47 y en la S. Cass. de 1 de abril de 1974 (*RTDC*, 1975, 528 ss., nota HOUIN), reconociendo la responsabilidad de los demás administradores en base al mandato. En Italia el problema se plantea en relación con los administradores designados en el acto constitutivo, en sus actuaciones antes de la inscripción de la sociedad (ver FERRI, *Le società*, 615).

La doctrina española sobre este punto también está dividida: Ver notas 69 y 70.

cumplimiento de las instrucciones recibidas, comprometen la responsabilidad de sus mandantes frente a terceros (60). La segunda relación es la que ha suscitado mayores dudas en la doctrina y legislación: 1) Por un lado, las legislaciones alemana, suiza y francesa, como hemos visto, parten de la idea de que los gestores se obligan negocial y personalmente, subrogándose posteriormente la sociedad en sus obligaciones. O sea, que los gestores contraen una responsabilidad contractual (61). 2) Por el contrario, el Código civil italiano, con el sistema de la «aprobación», parece responder a la idea de que los gestores actúan como representantes sin poder, contrayendo, por tanto, una responsabilidad extracontractual. Este último parece ser el «sistema» o encuadramiento dogmático del supuesto que hace el artículo 7.º de nuestra Ley de Sociedades Anónimas (y 6.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 41 de la Ley de Cooperativas).

Ahora bien, aun situándonos dentro de este segundo sistema, en atención a nuestra positividad jurídica, ya antes destacada (ver 4.2.), las calificaciones del supuesto en la propia doctrina italiana son muy contrapuestas. Podemos destacar las siguientes posturas fundamentales: a) La sentencia de la Corte di Cassazione de 18 de noviembre de 1958 (62) rechaza, con razón, la calificación de contrato en favor de tercero, y se inclina indistintamente por la calificación de gestión de negocios útil, defendida por un importante sector de la doctrina (63), o por la ratificación, con eficacia retroactiva, de la actuación representativa sin poder o de *falsus procurator* (64). b) DE FERRA, en su comentario a la sentencia de 28 de julio de 1958 (65), critica estas calificaciones por considerar imposible la retroactividad de los efectos en cualquiera de ellas y defiende como solución la nulidad e ineficacia de tales contratos,

(60) Así, STEIGER, *Le droit...*, 144, interpretando el artículo 645 C. O. argumenta que de lo contrario los verdaderos interesados delegarían en hombres de paja, cuya escasa solvencia sería una burla para los terceros.

(61) GODIN-WILHELMI, e91 ss.; STEIGER, *Le droit...*, nota 228; BASTIAN, *La situation*, 31-32, y HEMARD-TERRE-MABILAT, ob. cit., 158, que explican la «reprise» por la sociedad con carácter retroactivo debido a una enmienda del Senado basada en motivos fiscales, y SIMONT, *La loi...*, 71-72, que entiende que el artículo 13-bis, «Lois coordonnés», hace oponible la ratificación frente a posibles terceros adquirentes de derechos en el período de retroacción de aquélla.

(62) Ver *Casi e materiali...*, cit., 120 ss.

(63) DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, 248; AURICCHIO, *La cosiddetta rappresentanza...*, cit., 540 ss. Entre nosotros, sobre todo, GARRIGUES, «Comentario», 3.ª ed., 200, que llama «contratación oficiosa» a toda esta actuación.

(64) FERRI, *Le società*, 615 y nota 1; GRAZIANI, A., *Dir. delle società*, 5.ª edición, Napoli, 1963, 21 2ss.; FRE, G., *Società per azioni, Commentario del Codice civile*, SCIALOJA-BRANCA, 4.ª ed., 1972, 94 ss.

(65) DE FERRA, «Nullità degli atti compiuti in nome della società per azioni prima dell'iscrizione nel reg. delle imprese», *RDC*, 1957, II, 355 ss.

sólo convalidados por la aprobación de la sociedad. c) Por último, FERRARA, seguido por WEILLER, en el comentario a la sentencia de 22 de enero de 1958 (66) censura abiertamente el régimen legal, afirmando que la sociedad antes de la inscripción ya está «constituída» y posee capacidad para otorgar poderes con el fin de que se contrate en su nombre.

En nuestra opinión, nos parecen igualmente discutibles y, en fin de cuentas, rechazables las calificaciones adoptadas por los dos sistemas legales, porque desvirtúan la realidad de este tipo de contratación. En efecto, normalmente, en la práctica, los gestores o encargados de la constitución de la sociedad ni contratan en nombre propio (sino que lo hacen «en nombre de la sociedad X, en constitución») ni defraudan a los terceros fingiéndose representantes de sociedades inexistentes, pues del modo indicado o de cualquiera otro advierten a los terceros la verdadera situación en que se halla la sociedad.

Según las circunstancias concretas del caso, y salvo que se incurra por los gestores en estos dos supuestos, que por extraños o patológicos deben ser, en principio, descartados, en nuestra opinión, la celebración de contratos en nombre de una sociedad en constitución nos sitúa: a) O bien ante la gestión de negocios útil, cuando los actos estipulados sean necesarios para la fundación y, por consiguiente, además, normalmente se habrán ejecutado ya, al menos por el tercero, antes de la inscripción. b) O bien ante la estipulación de contratos, pendientes de ejecución, en nombre de la sociedad en constitución. Este segundo supuesto, en nuestra opinión, en circunstancias normales (a las que nos estamos refiriendo) debe calificarse como estipulación de contratos, salvo aprobación, confirmación o aceptación de la futura sociedad. Es decir, salvo aceptación de la oferta de contrato que de modo irrevocable, durante cierto plazo, legal o convencional, dirigen a la sociedad los terceros, a invitación de los gestores. De modo que la perfección del contrato sólo se produce en el momento de la aprobación por la sociedad y sus efectos no deben remontarse a época anterior. No en balde, y es curioso destacarlo, la doctrina alemana entiende que los contratos estipulados en nombre de la sociedad en constitución, una vez asumidos por ésta, tienen naturaleza mercantil, en la medida en que la sociedad inscrita (*entstandene*), a diferencia de la presociedad (o *errichtete Gesellschaft*), que es civil, es un comerciante (67).

(66) FERRARA (Jr.), *Gli imprenditori e le società*, 4.ª ed., Milano, 1962, 342 y nota 37, que entiende que los administradores designados en la escritura ya son representantes sociales, cuya actuación queda sometida a la *conditio juris* de que nazca la sociedad representada. WEILLER, cit., 162.

(67) GODIN-WILHELMI, 190-191.

5.2.3. Responsabilidad de los gestores derivada de esta contratación

La responsabilidad de los gestores, derivada de la estipulación de estos contratos, depende de su forma de actuación (ya hemos visto cómo, en principio, no deben soportar responsabilidad alguna si no han inducido a confusión a los terceros). El tema se desdobra en dos cuestiones fundamentales:

1.ª La de si responden individual o colectivamente. 2.ª La de si responden contractual o extracontractualmente.

En principio, teniendo en cuenta que su actuación al estipular los negocios normalmente es individual y no colegiada, lo lógico sería que la responsabilidad la soportase sólo quien o quienes hubiesen celebrado los actos o contratos y sólo respondieran los demás gestores si habían consentido o encargado esta actuación. Sin embargo, como ya advertía el profesor RUBIO al presentar el Dictamen de la Ley de Sociedades Anónimas a las Cortes (68), para mejor proteger a los terceros la Comisión dictaminadora había decidido separarse del Derecho comparado, haciendo responder expresamente a todos los fundadores y promotores, aunque no hubiesen intervenido en la estipulación de los contratos. A favor de esta interpretación se pronunció también en su día el profesor GIRÓN TENA (69). En contra, argumentan los profesores GARRIGUES y SUÁREZ LLANOS (70).

En nuestra opinión, un análisis de los preceptos de la ley, interpretada prescindiendo de los deseos de sus redactores y fundándonos más en razones objetivas y en lo que dicen los preceptos (interpretación «objetiva»), permite distinguir en este punto entre promotores y fundadores. Parece que la ley establece bastante claramente la responsabilidad colectiva de los promotores por los contratos estipulados por cualquiera de ellos en nombre de la futura sociedad. Responsabilidad que, además de colectiva, será solidaria o exigible en un todo a cualquiera de ellos. Por el contrario, existen razones para excluir esta responsabilidad objetiva en el caso de los «gestores» contemplados en el artículo 7.º, en especial si con ella se pretende referir tal responsabilidad a todos los

(68) *Bol. Cortes*, 1951, núms. 350-384, 6720 ss. (El Proyecto fue publicado en el *Bol. Cortes* de 2 de octubre de 1950.) En el mismo sentido se expresa el profesor RUBIO en su *Curso de Derecho de S. A.*, 3.ª ed., cit., 205-206.

(69) *Derecho de S. A.*, 164. También VELASCO ALONSO, ob. cit., 74 ss.

(70) GARRIGUES, *Comentario*, 1.ª ed., I, 183, y 3.ª ed., 199; SUÁREZ LLANOS, L., «La S. A. en formación: Efectos de la escritura antes de la inscripción registral (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1964)», *RDP*, 1964, 685.

También URÍA, «Las sociedades . . .», 193; y, antes, LÓPEZ BARRANTES-MEJÍAS GONZÁLEZ, «Sociedades anónimas», 1953, 59.

fundadores. Tales razones, siguiendo al profesor SUÁREZ LLANOS, son las siguientes: 1.ª Los fundadores, en el procedimiento de fundación simultánea, a diferencia de los promotores en la sucesiva, son simples «socios», que no intervienen, en principio, en los trámites y gestiones para la constitución de la sociedad. 2.ª La segunda razón se basa en la literalidad del precepto, que se refiere a los «gestores» (expresión nueva y distinta a la de «fundadores» y «promotores»), en relación con «que hubieren contratado». 3.ª La tercera razón es fundamentalmente teleológica, y es la de que si la ley impusiera una responsabilidad generalizada a todos los fundadores sería tanto como forzarlos a aprobar los contratos (bien antes de la inscripción de la sociedad o bien luego, una vez constituidos como accionistas en Junta general) con el fin de sustituir la responsabilidad solidaria e ilimitada que les impone el artículo 7.º, por la subsidiaria y limitada que les corresponde como accionistas. Desvirtuando así de algún modo la voluntad del legislador de que la sociedad apruebe «libremente» los contratos. No obstante, la responsabilidad deberá alcanzar a todos los gestores, o a todos los fundadores, que hayan prestado su consentimiento expreso o tácito o hubieran conferido mandato para la estipulación de los actos en cuestión.

La segunda cuestión, en punto a responsabilidad derivada de esta contratación, es la relativa a la naturaleza de tal responsabilidad. Parece que si los gestores no contratan en nombre propio, sino en nombre de la sociedad en constitución, no debe considerárseles ligados contractualmente. La contratación en nombre propio, como dicen algunos autores, queda fuera del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales (71), del mismo modo que, en nuestra opinión, queda fuera del artículo 120 del Código de Comercio. A pesar de ello, como vimos, en el sistema germánico, acogido en el artículo 7.º de la Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968, se entiende que quedan obligados personal y negocial o contractualmente. En el mismo sentido, algunos autores españoles parecen estimar la existencia de una responsabilidad contractual (72). A esta conclusión podría lle-

(71) GARRIGUES, *Comentario*, 1.ª ed., I, 178, y 3.ª ed., 192, y *Teoría general*..., 235; GIRÓN, ob. cit., 164. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, «Manual Teórico Práctico de Sociedades Mercantiles», 138; URÍA, «Derecho mercantil», 186; VELASCO ALONSO, ob. cit., 75; CÁMARA, ob. cit., 132.

(72) RUBIO, *Curso*..., 206: «la ratificación no afecta a la validez del contrato, sino al sujeto obligado...; los negocios realizados por los gestores se entienden concluidos con ellos...». IGLESIAS CUBRÍA, «Los derechos...», cit., 338 ss., en polémica con GARRIGUES (que en «Comentario», 1.ª ed., 179, condicionaba la «validez» del contrato a la aceptación); GARRIGUES, «Comentario», I, 3.ª ed., 200-201; URÍA, «Las sociedades...», 192 ss.; CÁMARA, ob. cit., 132; VELASCO, ob. cit., 74 ss. Partidarios de una interpretación «literalista» (en expresión del «Comentario», 3.ª ed.) serían GIRÓN TENA, «Derecho de S.A.», 163 y ss.; GONZÁLEZ OR-

varnos también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias. Aunque creemos que un análisis cuidadoso de tales sentencias desvanece la primera impresión, ya que generalmente se trata de casos de sociedad irregular y no de sociedad en constitución.

Así, la sentencia de 11 de marzo de 1961 (73), que erróneamente califica el supuesto de sociedad irregular, reconoce que la sociedad no se había dado a conocer explotando su actividad social, sino que el gerente había contratado en nombre propio y en su propio interés. Por su parte, la sentencia de 28 de enero de 1969 (74) trata de un contrato no meramente estipulado, sino cumplido o ejecutado por el Arquitecto a quien el gestor de la constitución encargó un proyecto en nombre de la futura sociedad inmobiliaria, la cual no llegó a constituirse. Por su parte, la sentencia de 28 de junio de 1973 (75) contempla el supuesto del gestor que no llegó a inscribir la sociedad y es declarado responsable de la restitución de cantidades «recibidas y utilizadas por la sociedad, que no llegó a tener vida legal», porque—dice la sentencia—«si él—el gestor—aceptó la obligación de pago, responde ante la sociedad actora». Menos

DÓÑEZ, ob. cit., 138 ss., y, con las precisiones que siguen en el texto, el autor del presente trabajo.

Y en relación con el artículo 120 del Código de Comercio, CÁMARA, *Estudios*, 116, invocando las SS. del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1961 y 10 de abril de 1970 (ver nuestras observaciones a ellas en nota 69), y GARRIGUES, *Tratado*, I, 1.º, 452-453, donde decía que los encargados de la gestión «se subrogan en el lugar de la compañía», y tomo I, vol. 2.º, 883, que afirma la responsabilidad «contractual». Tesis que abandonará luego por la de la responsabilidad extracontractual (ver *Curso*, 7.ª ed., cit., 341). También GIRÓN puede inducir a confusión: al entender aplicable el artículo 120 a la sociedad irregular, predica de él una responsabilidad contractual, reconocida efectivamente en Sentencias del Tribunal Supremo como las de 5 de diciembre de 1946, 11 de marzo de 1961, 6 de abril de 1961 y 10 de abril de 1970, que el autor invoca, advirtiendo que «aparece oscuro si lo que el Tribunal Supremo ha querido decir es que los gestores quedan obligados o si, por el contrario, permanece la idea de que son simplemente responsables. Pero es lo primero lo que parece desear afirmar la Jurisprudencia (*Derecho de sociedades*, 244). Y es muy cierto, en la medida en que se contempla la contratación de estos gestores en tanto que socios de una sociedad irregular, y no en nombre de una sociedad en constitución, que era en realidad el supuesto del artículo 120 del Código de Comercio.

(73) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 191, 322 ss. El Tribunal Supremo admite el recurso porque el recurrente, pretendido socio, demuestra que el estipulante de los contratos con quien tenía establecido un contrato de sociedad había actuado siempre por su cuenta y nunca hubo sociedad irregular, y la vendedora se había dirigido contra él personalmente y a su domicilio, y no contra la razón social ni al domicilio social fijado en el contrato de sociedad.

(74) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 42, 304 ss.

La Sentencia fue comentada elogiosamente por RUBIO MARTÍNEZ, F., «La determinación del momento de nacimiento de la responsabilidad *ex lege* de los gestores en el supuesto de falta de inscripción de la S. A. en el R. M.», *RDP*, 1969, 740 ss.

(75) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 358, 524 ss.

interés tienen sentencias como la de 6 de febrero de 1964 (76), que reconocen simplemente la obligatoriedad interna que deriva de la escritura de fundación, que obliga a los socios a gestionar la constitución.

Tampoco puede afirmarse que el Tribunal Supremo haya reconocido la responsabilidad contractual de los encargados de la constitución, según el artículo 120 del Código de Comercio (77).

En nuestra opinión, pues, es claro que la responsabilidad que pueden contraer los gestores es extracontractual—«disposición penal semejante a la del artículo 120 del Código de Comercio», llamó el profesor GARRIGUES al artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas (78)—. Su *ratio legis*, por otro lado, no puede basarse en el puro y simple hecho de haber estipulado, leal y diligentemente, contratos en nombre de una «sociedad X, en constitución», sino tan sólo en el hecho de que los gestores, al estipular tales contratos, han confundido a los terceros, actuando en nombre de una sociedad inexistente, sin advertir debidamente a aquéllos de tal circunstancia. En suma, la *ratio legis* de esta responsabilidad no puede ser otra que la «culpa extracontractual» de los gestores, al incurrir en la omisión de datos que la buena fe (en sentido objetivo: art. 57 del Código de Comercio) exige mencionar en el tráfico jurídico, con perjuicio para terceros. En efecto, frecuentemente esta norma se asienta en preceptos que, al propio tiempo, prohíben la venta de acciones antes de la inscripción de la sociedad, como ocurre en el artículo 41 de la Ley de Acciones alemana y en el artículo 2.331 del Código civil italiano. Y en este sentido ya tenemos la experiencia de la interpretación del artículo 14 de nuestra Ley de Anónimas (que, sin embargo, trata la prohibición de venta de acciones en lugar separado de la prohibición—implícita—de contratar en nombre de la futura sociedad), así como de su

(76) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 98, 157 ss.

La Sentencia es interesante porque el Tribunal Supremo rebate los argumentos del recurrente apoyados en la teoría de la naturaleza civil de la presociedad, porque «siempre habría de reputarse mercantil por su objeto y siempre resultará la vinculación de la recurrente al pacto social que le obliga a la constitución de una S. A.», lo que, unido a la falta de previo aviso a los restantes socios que exige el artículo 1.705 (del Código civil, o sea, argumentando «en el terreno» del recurrente), privaría a la actora del requisito de la buena fe precisa para que aquella pretensión prospere».

(77) En las SS. del T. S. de 6 de abril de 1964 (*Col. Leg.*, núm. 267, 187 ss.) y de 10 de abril de 1970 (*Col. Leg.*, núm. 174, 68 ss.) se trata de supuestos de sociedad irregular de carácter mercantil por su actividad, en los que el demandado responde como gestor y como socio, y de contratos válidos y exigibles frente a todos los socios. La invocación del artículo 120 del Código de Comercio en ambos casos es de dudosa oportunidad.

(78) *Comentario*, 1.ª ed., I, 183, y 3.ª ed., 200; GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 116, dice que como consecuencia de la nulidad de los contratos no aceptados por la S. A. «queda... una responsabilidad en términos de Derecho Común».

verdadera *ratio legis*: la evitación del fraude a terceros, que no impide la validez de contratos estipulados entre personas enteradas de la inexistencia de la sociedad, como venta de cosa futura o venta sometida a condición (79).

Llegados a esta conclusión, quizá se nos podría reprochar: ¿Por qué reducir el supuesto de aplicación de la norma al caso patológico de actuación ilícita, desleal o, cuando menos, negligente de los gestores? Pero por fuerza tendríamos que replicar: ¿No es más incomprensible sancionar una conducta leal y diligente, que defiende los intereses de la futura sociedad o empresa y de los socios y no perjudica a los terceros? ¿Qué justificación puede tener, si no, esta extraña «responsabilidad *ex lege*», como la llama la sentencia de 28 de mayo de 1969? El artículo 7.º de la Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968, aun partiendo de la responsabilidad de los estipulantes, admite pacto en contrario. Lo que supone tanto como reconocer que al sancionarlos con una responsabilidad *ex lege* está presumiendo su culpa (presunción que, en ausencia de aquel pacto en contrario, sería *juris et de jure*, no admitiendo, como interpretamos en nuestro artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, la prueba en contrario). La única consecuencia del artículo 7.º, por tanto, sería que la carga de la prueba de que no había incurrido en culpa pesaría sobre el estipulante y no sobre el tercero (derogación, pues, a este efecto, del artículo 1.902 del Código civil). Pero creemos, en base al artículo 57 del Código de Comercio, que el mero hecho de haber contratado «en nombre de la sociedad X, en constitución», sería suficiente prueba.

En suma, la acción de los terceros para exigir responsabilidad a los gestores estipulantes sólo podría ser la concedida por el artículo 1.902 del Código civil, con su plazo de prescripción general de quince años, y no el de cuatro años, del artículo 949 del Código de Comercio, invocado por algún autor (80). Piénsese que en algunas legislaciones la responsabilidad civil en este supuesto va acompañada expresamente de la penal (81). Por supuesto, también en nuestro ordenamiento la responsabilidad civil establecida en el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales, así como en el artículo 120 del Código de Comercio, sería sin perjuicio de la posible respon-

(79) BROSETA-VICENT, *La prohibida transmisión de acciones*, ., 48 ss.

En relación con el art. 7.º, también GARRIGUES («Comentario», 3.ª ed., 191 y 198-199) apunta que «la ley ha querido proteger la buena fe de los terceros, que contrataron con el gestor bajo la esperanza » o «promesas que éstos probablemente les hicieron ».

(80) VELASCO ALONSO, *La L. S. A.*, 77.

(81) Así, en Ecuador, L. C., artículo 503; y en Perú, L. S. M., artículo 340.

sabilidad penal. Por ejemplo, si aparentando ostentar la representación de una sociedad aún no constituida, sin especificar esta circunstancia, el gestor induce a otras personas a desprenderse de una parte de su patrimonio (otorgando un préstamo, transmitiendo un bien mueble o inmueble, etc.), es cierto que estaríamos ante un claro delito de estafa (cfr. art. 529-1.º del Código penal).

Partiendo, pues, de que, caso de originarse la responsabilidad establecida en aquellos preceptos, sería una responsabilidad por culpa extracontractual, *dicha responsabilidad*, frente a lo que opina algún autor en nuestra doctrina (82), *debería subsistir, aun después de la aprobación de los contratos por la sociedad, al menos con carácter subsidiario*, para el caso de que ésta no contara con suficiente patrimonio para cumplir las obligaciones contraídas. Esta es la solución prevista en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, como ya hemos visto, aunque deje en la oscuridad el presupuesto, causa o *ratio legis* por el que se establece dicha responsabilidad. Y ésta es la doctrina italiana mayoritaria, aunque suponga una anomalía dentro del esquema de la representación sin poder seguida de ratificación por la sociedad en que los autores se mueven (83). Y supondría también una anomalía en nuestro Derecho, frente al artículo 1.892 de nuestro Código de Comercio, que equipara la gestión de negocios ratificada al mandato expreso. Ahora bien, la permanencia de esta responsabilidad no ofrece reparos si se reconoce que la responsabilidad en cuestión deriva de una actuación ilícita o negligente. Como tampoco que pueda ser exigida de inmediato, sin necesidad de esperar el rehúse de la sociedad, coincidiendo con la tesis de la responsabilidad contractual (83 bis).

La cláusula de exoneración de esta clase de responsabilidad, inserta en los contratos estipulados con los terceros, válida en opinión de muy autorizada doctrina (84), tropezaría entonces con el límite del artículo 1.102 del Código civil, que impide excluir contractualmente la responsabilidad por dolo (al que se equipara la culpa grave). Y, más aún, si admitimos que el supuesto de responsabilidad de los artículos 7.º de la

(82) GARRIGUES. *Comentario*, 1.ª ed., 184, y 3.ª ed., 202.

(83) GRAZIANI, ob. cit., 214-215; también FERRARA, *Gli imprenditori*..., 343; tesis acogida por la S. Cass. de 28 de julio de 1960 (ver comentario en *Riv. Dir. Fall.*, 1960, II, 850). En contra, parece opinar GUGLIEMMETTI. «Responsabilità per gli atti compiuti tra la stipulazione dell'atto costitutivo di società per azioni e l'iscrizione nel registro delle imprese», *Riv. società*, 1957, I, 487.

(83 bis) RUBIO MARTÍNEZ, ob. cit., en base a la S. de 28 de enero de 1969; CÁMARA, ob. cit., 138 ss.; GARRIGUES, 3.ª ed., 201-202.

(84) GARRIGUES. *Comentario*, 1.ª ed., 184, y 3.ª ed., 195 y 202; GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 164; CÁMARA, ob. cit., 139. El pacto en contrario viene admitido expresamente en el artículo 7.º de la Primera Directriz de la CEE, donde la responsabilidad, sin embargo, aparece con una distinta naturaleza.

Ley de Sociedades Anónimas y concordantes es el de haber «fingido» la actuación representativa por una sociedad inexistente, habrá que convenir que tal actuación difícilmente podrá sustraerse a la calificación de dolosa o gravemente culpable. En consecuencia, el margen de efectividad de la cláusula de exoneración de responsabilidad (que la doctrina referida parece enjuiciar partiendo de la «buena fe» de los gestores, en cuyo caso, repetimos, según nuestra interpretación, no puede ni debe surgir responsabilidad alguna) sería realmente escaso. En efecto, una cosa de dos: o bien la actuación de los estipulantes es leal y diligente, contratando en nombre de «la sociedad X, en constitución», y en tal caso no deben contraer responsabilidad alguna, o bien silencian la situación en que se halla la sociedad, y en tal caso la inserción de una cláusula de exoneración de responsabilidad sería, incluso, por sí misma, una prueba de su conducta o intención dolosa y carecería de efectividad. El artículo 7.º de la Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968, que admite pacto en contra, parece partir de la presunción de la voluntad de los interesados de hacer responder a los estipulantes en nombre de la sociedad de tales actos o más bien de la presunción de la ignorancia de los terceros con respecto al estado en que se halla la sociedad. El pacto expreso en contrario, en tal caso, supone la remoción de esta presunción y, con ella, de esta responsabilidad, que, en ausencia de culpa del estipulante, en realidad no debería haber nacido.

Hemos llegado a la conclusión, pues, de que los gestores sólo incurrir en responsabilidad en caso de actuación ilícita o dolo, silenciando el estado de la sociedad en cuyo nombre contratan. Pues bien, ahora queda por estudiar el régimen aplicable en nuestro Derecho a su actuación normal, que generalmente es lícita y leal. Su actuación en tal caso se desdobra en dos supuestos distintos: 1.º La realización de «actos necesarios» para la constitución. 2.º La estipulación de contratos en nombre de la sociedad en constitución. Dejamos fuera, por no constituir contratación en nombre de la futura sociedad, la estipulación de contratos en nombre propio, pero en favor de aquélla (en cuyo caso la sociedad no responde de ellos, sólo obtiene los derechos y beneficios de ellos derivados).

5.2.4. Concepto y régimen jurídico de los «actos necesarios»

Como con frecuencia ocurre con los conceptos jurídicos, que no pueden acotar con precisión matemática las realidades de la vida, cabe formular un concepto estricto y un concepto amplio de actos necesarios para la constitución de la sociedad.

A falta de una definición o enumeración legal, en sentido estricto serían «actos necesarios» los «indispensables» (en expresión del art. 8.º del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas) para la legal constitución de la sociedad como persona jurídica. O sea, los de escritura notarial, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y derechos u honorarios según arancel de inscripción en el Registro. Téngase en cuenta que la misma expresión del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, «gastos necesarios» y no «actos necesarios», es semánticamente restrictiva.

La práctica y la justicia aconsejan, sin embargo, formular un concepto amplio de actos necesarios, que pueda incluir, por ejemplo, el encargo de la redacción de los Estatutos sociales (que GARRIGUES incluye en el concepto legal de «gastos necesarios», denotando ya cierta flexibilidad en su interpretación), así como de dictámenes, estudios y proyectos previos de carácter técnico (supuesto de la sentencia de 28 de enero de 1969, proyecto realizado por un Arquitecto, en el caso de que la sociedad hubiera llegado a constituirse), así como consultas a organismos oficiales y los gastos derivados de ellas: solicitud de beneficios fiscales, solicitud de autorización de prácticas restrictivas de la competencia, solicitud de autorización o licencia administrativa para iniciar una determinada actividad económica, solicitud de autorización para la realización de determinadas inversiones extranjeras cuando lo exija la ley, etc. La propia elaboración de la minuta de escritura y Estatutos por Letrado no constituye, en sentido estricto, «acto necesario», puesto que no viene exigido por la ley, pero sí lo es, en sentido amplio, como lo son todos aquellos estudios que sirvan para preparar la puesta en marcha de una empresa en condiciones jurídicas y económicas satisfactorias. El símil con la actividad de «armar» un buque para hacerlo a la mar nos viene ineludiblemente a la memoria.

La doctrina alemana defiende desde hace tiempo este concepto amplio de «actos necesarios para la constitución de la sociedad», como excepción a la necesidad de «asunción» por la sociedad, y precisamente ante un texto legal que ni siquiera menciona los actos necesarios. Y los define, en líneas generales, como «aquellos actos que, entrando en el objeto social, pueden considerarse dirigidos a poner a la sociedad en condiciones de iniciar su actividad sin perjudiciales pérdidas de tiempo», comprendiendo, pues, los contratos «jurídicamente necesarios» y los «económicamente necesarios» (85).

(85) SCHOLZ, *Haftung der Gründergesellschaft*, Jur. Wochenschrift, 1938, 3149 y siguientes; WIELAND, *Handelsrecht*, 75 y nota 27; TEICHMANN-KOEHLER, *AKtG*, 79; GODIN-WILHELM, *ob. cit.*, 132 ss.; SCHOLZ-FISCHER, *Klein-Komm. zum GmbHG*, 7.ª ed., comentario al artículo 11, párrafos 4 y 5; SCHILLING, en HACHENBURG-

Este concepto de «actos necesarios», en sentido amplio, no se sale del criterio jurídico de «necesidad» para invadir el criterio económico de «conveniencia» (86), y creemos que podría ser defendido en nuestro Derecho con el fin de lograr una interpretación progresiva del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales. Podemos apoyar nuestra tesis en las siguientes razones: 1) En primer lugar, en la propia *ratio legis* de los artículos 7.º y 28 de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales, en el sentido de que se excluyen de la necesidad de la aprobación de la sociedad una vez constituida, no porque la estipulación de contratos en nombre de la sociedad en sí esté prohibida y origine responsabilidad (con respecto a la cual los «actos necesarios serían una excepción»), sino porque los actos necesarios (que pueden consistir tanto en contratos como en otros actos y trámites jurídicos) no sólo han de ser estipulados antes de la inscripción de la sociedad, también tienen que ser ejecutados necesariamente antes de ella. 2) En segundo lugar, en el principio de buena fe, invocado para toda clase de actos mercantiles en el artículo 57 del Código de Comercio, que impide a la sociedad, una vez constituida, ignorar unos gastos realizados para ponerla en funcionamiento de la forma que aconseja la experiencia de los negocios en general, así como la experiencia de la actividad técnica, industrial o comercial, que constituye su objeto. 3) En tercer lugar, en el hecho evidente de que la futura sociedad debe ser contemplada, más que como una persona jurídica, como una empresa, que los gestores, los socios y el Estado legislador quieren ver funcionar lo más inmediata y rentablemente que sea posible, del mismo modo que en atención a las exigencias propias de la liquidación de una empresa, se ha venido ampliando legislativamente el ámbito legal de representación de los liquidadores (contrastar Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Cooperativas al respecto). 4) En último lugar, en base a la aceptación tácita de la gestión de negocios útil, reconocida en el artículo 1.893 del Código

SCHILLING, *Komm. zum GmbHG*, 6.ª ed., comentario al artículo 11, párrafo 4; KRAFT, *Kölner Kommentar Zum AktG*, comentario al artículo 41, párrafo 49.

Frente a ellos, un sector minoritario defiende la existencia de una mera obligación de asumir tales contratos, jurídica o económicamente necesarios (BAUMBACH-HUECK, *AktG*, 13.ª ed., comentario al artículo 41, párrafo 5, y *GmbHG*, 13.ª ed., comentario al artículo 11, párrafos 3 y 3-B).

La jurisprudencia alemana no se ha pronunciado sobre el tema más que en *obiter dicta* (FLECK, ob. cit., 218, nota 42).

En Italia, la doctrina de los actos económicamente necesarios la encontramos recogida por FRE, ob. cit., 96 y nota 15.

(86) Como afirma GARRIGUES, *Comentario*, 1.ª ed., 181, y 3.ª ed., 196; seguido por VELASCO, ob. cit., 76. Por el contrario, en favor de una interpretación amplia del concepto están LÓPEZ BARRANTES-MEJÍAS GONZÁLEZ, ob. cit., 59; y CÁMARA, ob. cit., 369. Tampoco puede decirse que la enumeración de la S. del T. S. de 4 de abril de 1967 sea «restrictiva».

civil, por el simple hecho de iniciarse las operaciones sociales, aprovechando la nueva sociedad aquellos estudios y gestiones realizados antes de su inscripción registral.

En cuanto a su naturaleza jurídica, los «actos y gastos necesarios para la constitución de la sociedad» constituyen el contenido necesario e implícito del mandato conferido a los gestores en el contrato de sociedad o preparatorio del de sociedad (86 bis). Del mismo modo, en la fundación sucesiva, los suscriptores, al aceptar el Programa de Fundación, designan a los promotores e implícitamente les encargan lo necesario para la constitución de la sociedad (cfr. art. 17 de la Ley de Sociedades Anónimas). No obstante, incomprensiblemente el artículo 28-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «los promotores no podrán exigir estas responsabilidades (y entre ellas, los gastos necesarios, si la sociedad no llega a constituirse) de los simples (*sic*) suscriptores, a menos que éstos hayan incurrido en dolo o culpa». En cuanto a las consecuencias prácticas, y en base a esta calificación jurídica, si los estipulantes han satisfecho los gastos originados («gastos necesarios» del art. 7.º y concordantes) tendrán acción contra sus mandantes para repetirlos, tanto si la sociedad se llega a inscribir como si no. Salvo aprobación expresa de los actos necesarios, sin embargo, no responderán los mandantes si los gestores estipulantes hubiesen incurrido en culpa o negligencia, por ejemplo, asumiendo gastos muy superiores al futuro capital social (cfr. art. 1.729 del Código civil). Los terceros también tendrán acción contra los mandantes si prueban el mandato, pues lo contrario sería fomentar la designación de hombres de paja como gestores o estipulantes.

La imputación de los gastos necesarios a la sociedad, una vez constituida, se justifica bien por el simple mandato de la ley o bien en base a la gestión de negocios útil, aunque resulte dogmáticamente difícil admitir estas figuras de actuación en favor de persona aún inexistente, que difícilmente puede equipararse, como lo hacen algunos autores (86 ter), a un *nasciturus*. Parece claro, según el artículo 7.º, que, una vez constituida la sociedad, si los actos resultaron verdaderamente necesarios para la constitución, los terceros ostentan acción exclusivamente contra ella, cesando en tal caso toda responsabilidad de los gestores. Ello no obstante, el artículo 8.º del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, como ya vimos,

(86 bis) De ahí que no sea necesario estipularlos en nombre de la sociedad (frente a la cual estamos ante una gestión oficiosa o sin mandato) y que los gestores puedan estipular los actos necesarios en nombre de los mandantes o (lo que es normal) en nombre propio (en este último sentido, GARRIGUES, *Comentario*, 3.ª ed., 195, y VELASCO ALONSO, *ob. cit.*, 76).

(86 ter) GARRIGUES, *Comentario*, 3.ª ed., 188; simil recogido por la Sentencia del T. S. de 19 de febrero de 1973.

no los exonera tampoco en este caso más que si el patrimonio social cubre el pago de los gastos necesarios. La solución nos parece prudente, pues tiene poco sentido exonerar de responsabilidad por los gastos necesarios a los gestores si, como puede ocurrir, el patrimonio de la sociedad, que ellos mismos han constituido y que, por tanto, conocían bien, no alcanza siquiera a cubrir aquellos gastos. El mantenimiento de dicha responsabilidad es perfectamente lógico, además, si se establece con carácter subsidiario a la que contrae directamente la sociedad frente a los terceros una vez constituida. Por otro lado, si es cierto que no es congruente con los efectos de la aceptación de la gestión de negocios por el interesado o *dominus negotii*, la norma tiene suficiente fundamentación en la presunción de culpa o negligencia de los gestores en tal supuesto. La solución coincide con la que resultaría de aplicar *de lege lata* los artículos 1.892 y 1.729 (éste ya antes invocado), partiendo de que asumir gastos necesarios para la constitución exorbitantes es un claro supuesto de culpa o negligencia.

Con esta construcción del régimen de responsabilidad por los gastos necesarios para la constitución, en sentido amplio, la ley permite reprimir adecuadamente a los desaprensivos que acuden alegremente a los profesionales ingenuos o bienintencionados en demanda de sus estudios y gestiones, que luego dejan sin pagar por entender quizá que el trabajo realizado por aquéllos de algún modo estaba condicionado a la «expectativa» (con su consiguiente «alea» o riesgo) de que la sociedad se constituyera, obteniendo en tal caso segura y generosa retribución con cargo al balance inicial.

5.2.5. *Concepto y régimen jurídico de los contratos estipulados en nombre de la sociedad en constitución*

El concepto de contratos meramente estipulados—y aún no ejecutados—en nombre de la sociedad en constitución, se puede obtener destacando una *nota positiva* (la de ser celebrados en nombre de la sociedad en constitución y para su ejecución por ésta) y otra *nota negativa* (la de no ser actos necesarios ni siquiera en la acepción amplia antes propuesta).

Tales contratos, por tanto, tienen las siguientes características: 1.ª Pueden celebrarse en cualquier momento anterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, tanto antes como después del otorgamiento de escritura pública. 2.ª Pueden pertenecer o no al objeto social, a diferencia de los actos necesarios, incluso en la acepción amplia de éstos, ya que la capacidad de obrar de la sociedad en nuestro Derecho es ilimita-

da (87) y, en definitiva, quien va a estipular o perfeccionar estos contratos no son los gestores, sino la sociedad una vez constituida. 3.ª Pueden tener por objeto la adquisición por la sociedad de toda clase de derechos y bienes, incluso los inmuebles, pues no existen en nuestro Derecho las exclusiones del párrafo 3.º del artículo 41 de la Ley de Acciones alemana. 4.ª Son contratos estipulados, *pero no ejecutados antes de la inscripción*, pues no pueden confundirse con las «operaciones sociales», como erróneamente hace—ya lo hemos visto—la resolución de 24 de febrero de 1970, consagrando una práctica notarial y registral inadmisibles, así como las sentencias de 28 de enero de 1969 y 12 de febrero de 1976 (87 bis), que, ajenas a este criterio de distinción, aplican el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas a contratos *ejecutados* antes de la inscripción por parte del tercero. En este caso nos encontraríamos ante un contrato estipulado por los gestores en favor de la sociedad o ante una gestión de negocios en favor de la sociedad, que será útil y vinculante para ella («actos necesarios») o bien sólo obligará a los estipulantes (actuación gestora o representativa sin poder), salvo expresa ratificación por la sociedad.

En cuanto a la naturaleza jurídica de tales contratos, siempre que se reúnan los indicados requisitos y, en especial, la advertencia a los terceros de que contratan con una sociedad en constitución, es la de contratos estipulados, salvo aprobación o aceptación de la sociedad. En caso contrario (silencio sobre el estado de la sociedad) constituyen una actuación ilícita, que origina la responsabilidad antes estudiada. Supuesto que no contemplamos ahora.

En su régimen jurídico positivo hay que tratar dos puntos fundamentales: el de los límites del período de espera o pendencia de aprobación por la sociedad y el del órgano social competente y requisitos que debe reunir esta aprobación. El artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales, siguiendo a la legislación comparada, en interpretación de la doctrina unánime, parece computar el plazo de tres meses a partir de la fecha de inscripción de la sociedad. Ahora bien, en el supuesto de haber contratado en circunstancias normales, o sea, bien con cláusula expresa de salvo aprobación o confirmación de la sociedad o bien simplemente en nombre de una sociedad «en constitución»,

(87) En este sentido ver el Consid. 1.º de la S. del T. S. de 31 de mayo de 1969. Sobre la capacidad de las sociedades en nuestro Derecho, no limitada a su objeto social, como en la doctrina *ultra vires* del D. inglés, ver la S. del T. S. de 5 de noviembre de 1959 y la Res. de la DGRN de 16 de octubre de 1964.

(87 bis) Rep. Aranzadi. 457, Consid. 7.º En su Consid. 5.º se refiere correctamente a que «la validez de los contratos, o mejor dicho, obligatoriedad patrimonial de aquéllos... queda subordinada a la aceptación de la sociedad... lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, dando ello origen al nacimiento (entonces) de la responsabilidad solidaria de los socios fundadores...».

parece que debemos pensar que el tercero queda obligado unilateralmente por el contrato, en espera de la aprobación de éste por la sociedad (88). De interpretar lo contrario, no tendría ningún interés la estipulación anticipada de tales contratos. Ahora bien, si lo interpretamos así, el plazo de tres meses fijado en la ley para la aprobación, que debería ser, obviamente, un plazo tope o límite a la vinculación unilateral del tercero, no protege suficientemente a éste.

En efecto, como advierten la doctrina (89) y la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969—aun en supuesto no comprendido, en nuestra opinión, en el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas—, dada la ausencia de plazo legal para inscribir la escritura en la constitución de cualesquiera sociedades y de la anónima en el procedimiento de fundación simultánea, y (añadimos) dada la ausencia de sanción al incumplimiento del plazo de inscripción prescrito en el artículo 26 de la Ley de Sociedades Anónimas para la fundación sucesiva, corremos el riesgo de admitir que el tercero quede vinculado *sine die* si en el contrato no se estipuló un concreto plazo de espera máximo, contado a partir de la fecha de su celebración. Máxime si tenemos en cuenta que la ley no impide estipular estos contratos antes del otorgamiento de escritura, como expresamente admite el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas. O sea, que el artículo 7.º es aplicable ilimitadamente al supuesto de sociedad «en proyecto» o meramente proyectada, tanto como al de sociedad en constitución, y permite la vinculación del tercero en contratos estipulados en nombre de una sociedad cuya constitución puede demorarse *ad calendas graecas* (90).

(88) GARRIGUES, *Comentario*. 1.ª ed., 179, y 3.ª ed., 195; en contra, CÁMARA, argumentando tan sólo sobre la base de que tal solución le parece «discriminatoria e injusta» por favorecer excesivamente a la sociedad, por lo que aconseja computar el plazo de tres meses desde la estipulación de los contratos (*Estudios*, citado, 138). La doctrina de GARRIGUES, que acogemos, coincide con la solución jurisprudencial de los Estados Unidos frente a la más conservadora del Reino Unido.

(89) CÁMARA, loc. cit., y S. del T. S. de 28 de enero de 1969 (ver nota 74).

(90) El artículo 13 bis «Lois coordonnées» belgas resuelve el problema fijando un doble plazo: «si estos contratos no son asumidos por la sociedad dentro de los dos meses de su constitución (en lugar de los tres meses habituales del Derecho Comparado) o si la sociedad no se ha constituido dentro de los dos años desde el nacimiento de la obligación». Transcurridos cualquiera de ambos plazos será, según un sector de la doctrina, cuando nacerá la responsabilidad personal y contractual del estipulante (SIMONT, *La loi...*, 65), aunque otros autores entiendan que queda obligado desde el principio (RONSE, OMMESLAGHE, cit. por aquel autor), con la incongruencia de que el contrato sería exigible antes que la sociedad pudiera asumirlo. Fuera de tales plazos, la sociedad podría aún asumir las obligaciones, pero sometándose al régimen común de asunción de deudas (necesidad de consentimiento del tercero, ausencia de retroactividad), y el tercero contratante tendría ya doble acción contra la sociedad y el estipulante (SIMONT, 73). No se puede decir

Para remediar esta enojosa situación se pueden apuntar diversas soluciones interpretativas. En primer lugar, se puede invocar el principio jurídico general de que nadie podrá quedar vinculado de forma indefinida o de por vida, permitiendo al tercero denunciar el contrato estipulado, siempre que lo haga de buena fe, esto es, de manera oportuna, con el debido preaviso, y sin afán de hacer para sí un lucro, por ejemplo, aprovechando una oferta más ventajosa que la de la sociedad. Así es como creemos debe interpretarse el principio legal contenido en los artículos 224 y 302 del Código de Comercio y 1.705-1.706 del Código civil, extendiéndolo a todos los contratos, no sólo de colaboración, sino también de duración, en la medida en que la duración o tracto sucesivo comporta siempre un ingrediente de «colaboración» (91). Ello no obstante, la reconducción del supuesto a los pactos de duración indefinida parece estar en contradicción con la realidad del supuesto de contratación con una sociedad en constitución, en la que las partes lógicamente han de partir de la idea de que la sociedad se constituye dentro de «algún» plazo. Por ello, otra vía más razonable para resolver el problema planteado sería que los terceros acudiesen al Juez invocando el artículo 1.128 del Código civil, con el fin de que aquél fijara el plazo implícitamente querido por las partes. No nos parece una buena solución al supuesto, por el contrario, que, en base a que «los fundadores insisten en permanecer asociados, pero la sociedad no puede funcionar como Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada, hay que pensar en su conversión en sociedad atípica irregular», como sugiere CÁMARA (92), a no ser que se produzca el presupuesto indispensable de esta última, o sea, la iniciación de la actividad social, por voluntad de todos o parte de los socios.

Por último, podría resolverse la cuestión, como apunta CÁMARA, partiendo de una interpretación del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas distinta a la habitual. Este precepto, si literalmente menciona el requisito de la aprobación a continuación de la inscripción de la sociedad, no dice que el plazo deba computarse a partir de esta última. O sea, que *podría pensarse que el plazo se computa a partir de la celebración de los contratos*. Esta interpretación no es totalmente arbitraria, si se tiene en cuenta que la aprobación de los contratos puede producirse antes de la

que los problemas hayan quedado totalmente resueltos con la reforma belga como con ninguno de los preceptos que se ocupan de esta materia.

(91) Así lo defendíamos en relación con las uniones de empresa en *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, 404-412.

(92) CÁMARA, ob. cit., 129-130; URÍA, *Las sociedades*, 194, donde anuncia y elogia el criterio adoptado en el Anteproyecto de LSA, de conversión automática de la S. A. en Sociedad colectiva, con el mero transcurso de un plazo legal (en efecto, el art. 9.º del Anteproyecto lo establece así, transcurrido un año desde la firma de la escritura). Ver sobre el tema, en Italia, nota 29.

inscripción, como parece desprenderse del artículo 21, a), de la Ley de Sociedades Anónimas, según un amplio sector doctrinal, por parte de la Junta Constituyente, y por parte de todos los socios fundadores en la fundación simultánea, según admitió la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1969 (92 bis). No obstante, hay que reconocer que de este modo no interpretamos el artículo 7.º de acuerdo con la verdadera voluntad del legislador, según nos demuestran los antecedentes, bien conocidos, relativos a su elaboración. Por otro lado, con esta interpretación, el plazo de tres meses resultaría excesivamente corto y obligaría a tenerlo continuamente en cuenta en la contratación para modificarlo. Ahora bien, el tercero contratante, una vez transcurrido el plazo legal y ya desvinculado, por tanto, del contrato, puede esperar y consentir una aprobación retrasada de la sociedad. El transcurso del plazo legal, establecido en favor del tercero, no impide una ulterior perfección del contrato, sin necesidad de tener que renovar ambas declaraciones de voluntad.

La aprobación por la sociedad puede realizarse antes del transcurso de los tres meses a contar de la inscripción (interpretación generalizada, como decimos, del cómputo del plazo), y puede realizarse también después si el tercero consiente o confirma entonces el contrato. Pero también se admite que pueda darse antes de la inscripción de la sociedad, bien mediante el consentimiento o aprobación unánime de todos los socios fundadores (sentencia citada de 31 de mayo de 1969) o incluso antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, como es el caso de la aprobación expresa y unánime de las «gestiones» realizadas por los promotores por parte de la Junta Constituyente.

Pasemos, pues, ahora al segundo problema enunciado, el del órgano social competente para la aprobación. Antes de la inscripción, la aprobación ha de venir del consentimiento unánime de los socios o de la Junta Constituyente, caso de que se admita que lo haga esta última (93). En

(92 bis) Sobre el tema, el T. S. se ha ocupado de dos recursos en juicios mantenidos por idénticas partes (demandante, don Enrique Tolón de Galí, y demandada y recurrente, «Almoradí, S. A.», de Alicante). En la Sentencia de 7 de junio de 1968 (*Col. Leg.* núm. 455, 138 ss.) el T. S. alega que los tres únicos socios reunidos en Junta general extraordinaria, antes de la inscripción de la sociedad, habían dado un amplísimo poder al Presidente del Consejo de Administración, pero, sobre todo, que la sociedad ratificó tácitamente este poder (Considerando 3.º). En la Sentencia de 31 de mayo de 1969 (*Col. Leg.* núm. 363, 526 ss.) se apoya en el argumento de la Audiencia de que «todos los socios tuvieron conocimiento del contrato celebrado y lo ratificaron» (Consid. 4.º).

(93) A favor de esta solución en nuestra doctrina, RUBIO. *Curso*, 207, quien precisamente refiere la posibilidad de ratificación «principalmente» a la fundación sucesiva y a cargo de la Junta constituyente. En contra, GARRIGUES, *Comentario*, 179, y 3.ª ed., 194, que entiende, sin embargo, que la sociedad queda obligada a la aceptación, bajo responsabilidad de daños y perjuicios frente a los terceros. GIRÓN TENA, *Der. de S. A.*, 169, adopta también una postura intermedia, recono-

ninguno de los dos casos puede hablarse de verdadero órgano social. Después de la inscripción de la sociedad, con la aparición de su personalidad jurídica, puede hablarse ya de órganos sociales. ¿Cuál será el órgano competente para la aprobación?

La jurisprudencia italiana exige que la aprobación sea dada mediante acuerdo de Junta General de Accionistas, en tanto que en Derecho suizo se atribuye esta facultad al órgano de administración (94). En nuestro Derecho, a falta de norma expresa sobre el órgano competente, creemos que puede aprobar los contratos el propio órgano de administración, si los contratos estipulados pertenecen al objeto social, siempre que—podemos añadir, con el fin de salvar la buena fe—no se produzca identidad de personas entre gestores estipulantes de los contratos y administradores que los aprueban (95). En otro caso sólo podrá aprobarlos la Junta General. También será necesario el acuerdo de Junta General expreso, y previo informe escrito de los administradores, en el supuesto contemplado en el artículo 32-5.º de la Ley de Sociedades Anónimas, o sea, adquisiciones de bienes a título oneroso, cuyo importe exceda de la décima parte del capital social, realizadas dentro del primer año (que, evidentemente, incluye las realizadas en base a contratos estipulados en nombre de la sociedad antes de su inscripción).

Con respecto a la forma de la aprobación, las doctrinas alemana y suiza desde siempre han admitido que la aprobación de los contratos por la

ciendo a la aprobación por la Junta constituyente meros efectos internos, si bien se refiere expresamente sólo a los actos necesarios. En Derecho comparado la tendencia es admitir la aprobación por la Junta constituyente: C. civile italiano, artículo 2.238-2.º, y Decreto francés de 23 de marzo de 1967, artículo 67, que exige que los actos objeto de aprobación figuren en una relación que se adjunta a los estatutos. El problema de *lege ferenda* aparece resuelto en el Anteproyecto de LSA, artículos 25 y 32, que admiten la aprobación por la Junta constituyente.

(94) *Casi e materiali* ..., cit., 121. En Derecho francés, en base al artículo 5.º de la Ley de 1966, se admite la «reprise» por la Junta General, posterior o incluso anterior a la inscripción, aunque el Decreto de 1967 sólo se ha ocupado expresamente de otras formas de asunción (por la Junta constituyente, por mandato expreso y concreto, etc.). Ver HOUIN, *RTDC*, 1973, 803. HOUIN deduce de la S. Cass. Comm. de 3 de abril de 1973 que no sería suficiente el acuerdo de Consejo de Administración (*RTDC*, 1972, 638-639, y 1973, 806); por contra, Mlle. BERNARD, en relación con la S. Cass. Comm. de 12 de febrero de 1974, opina que debería bastar la aprobación del órgano de administración (ver MERLE, ob. cit., 25).

En Derecho alemán, el órgano competente es en principio el «Vorstand», aunque la doctrina no se plantea en general este problema.

En Derecho suizo puede asumir las obligaciones el órgano de administración (ver STEIGER, *Le droit des S. A. en Suisse*, cit., 144-145).

(95) GIRÓN TENA, *Derecho de S. A.*, 167; CÁMARA, ob. cit., 136 ss.; GARRIGUES, *Comentario*, 3.º ed., 193. Por el contrario, habían defendido la competencia exclusiva de la Junta General LÓPEZ BARRANTES-MEJÍAS GONZÁLEZ, ob. cit., 59; y GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado de S. A.*, 80.

sociedad pueda ser tácita (96), solución aceptada también por la doctrina española y que ha sido consagrada por las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1967, de 7 de junio de 1968, de 31 de mayo de 1969 y de 5 de junio de 1972 (97). Acertadamente, sin embargo, el artículo 9.º del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas exige la «aceptación expresa», con el fin de dar la mayor seguridad a este extremo tan importante, si bien sigue sin pronunciarse sobre el órgano competente para ella, por lo que, caso de convertirse en norma positiva, creemos que podría valer la interpretación amplia propuesta.

5.3. RÉGIMEN DE LAS APORTACIONES SOCIALES DURANTE EL PERÍODO DE SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN

Durante el período de sociedad en constitución, el contrato de sociedad tiene unos efectos limitados a lograr la constitución legal o regular de la sociedad en las condiciones óptimas. Como afirma la doctrina, el contrato de sociedad se otorga bajo condición presunta por el legislador (*conditio juris*) de que la sociedad se increiba (98), a no ser—añadimos—que aparezca como voluntad manifiesta de los socios iniciar la explotación del objeto social sin haber observado los requisitos de regular constitución. Como consecuencia de esta premisa hemos de convenir en que el contrato de sociedad, aun válidamente estipulado, no es título suficiente para constituir un fondo común o copropiedad, integrado por las aportaciones realizadas por fundadores y suscriptores (99). Esto es así cualquiera que

(96) GODIN-WILHELMI, 196, comentario 11; BAUMBACH-HUECK, 108, comentario 10, quienes, aun teniendo en cuenta la necesaria notificación al tercero de la asunción de las obligaciones, admiten la asunción tácita, en especial en los contratos de duración, en los que en su opinión la buena fe exige a la sociedad una pronta decisión antes del transcurso del plazo legal de tres meses. GESSLER, 41, comentario 3. En Suiza el Tribunal Federal ha admitido la asunción tácita (STEIGER, 145). También, respecto del Derecho belga, SIMONT, ob. cit., 73.

(97) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 230, 15 y ss.; núm. 455, 138 ss.; núm. 363, 526 ss. (estas últimas ya citadas en nota 92 bis), y núm. 319, 79 ss. En doctrina, VELASCO ALONSO, *La LSA. Anotaciones y concordancias*, cit., 75. GARRIGUES, *Comentario*, 3.ª ed., 194.

(98) FRE, *Società per azioni*, 85-86. En Francia, antes de la Ley de 1966, lo afirmaba así la doctrina con respecto al contrato de aportación en caso de constitución de sociedad anónima (mientras que en las sociedades personalistas y SRL consideraban la aportación simultánea a la perfección del contrato y al nacimiento de la personalidad jurídica, que se producía antes de la inscripción). Ver LYON-CAEN y RENAULT, núm. 684; HOUPIIN-BOSVIEUX, núm. 654, cit. por CABBASSÈDES, M. J., «La nature et le régime juridique de l'opération d'apport», *Rev. des sociétés*, 3/1976, 450 ss.

(99) GARRIGUES, *Tratado*, I, 1.ª, 442 ss., y «Teoría general», *RDM*, núms. 132-133, 215. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ALMEYDA, en *AAMN*, vol. V, 222 ss. En contra estaría la tesis de ROCA SASTRE y de CÁMARA de que la aportación social no es una enajenación a la sociedad (ver CÁMARA, *Estudios*, 178 ss.).

sea el tipo social proyectado, y en el caso de fundación de una Sociedad Anónima, tanto en el procedimiento de fundación simultánea como en el de fundación sucesiva. La consecuencia lógica es que el objeto de las aportaciones sigue siendo propiedad del socio, con todo lo que deriva de ello. En especial, los acreedores del socio podrán embargar y ejecutar tales aportaciones, pues no es de aplicación el artículo 174 del Código de Comercio, que contempla una sociedad ya constituida.

Las aportaciones que se entregan de inmediato (las dinerarias), se realizan a título de depósito y no de propiedad, tanto si se entregan a los gestores o promotores como si se entregan a una entidad depositaria (régimen éste necesario en la Ley de Sociedades Anónimas, según se desprende de los arts. 17 y 19-2.º de la misma) (100). En caso de entrega de las aportaciones a los gestores o administradores nombrados en el contrato, se entenderá realizada a nombre o en favor de la futura sociedad. Será aplicable al supuesto el artículo 309 del Código de Comercio (101), que prevé el otorgamiento por el depositante al depositario de la facultad de disponer de la cosa depositada a los fines estipulados (aquí, el cumplimiento de la comisión de constituir una sociedad). En caso de entrega a una entidad depositaria, sólo los órganos sociales podrán disponer de ellas una vez constituida la sociedad, y acreditando este hecho y su condición de administradores mediante la oportuna certificación registral. Por otro lado, la estipulación del contrato de servicios de ventanilla y de depósito, generalmente instrumentado mediante apertura de una cuenta corriente bancaria, deberá calificarse como «acto necesario», a los efectos de que la sociedad satisfaga los «gastos necesarios» derivados del mismo una vez constituida, puesto que su estipulación viene impuesta por la ley. El Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, acertadamente, prevé en su artículo 14 que se haga constar la constitución del depósito a nombre de la sociedad en la misma escritura de fundación y, por tanto, también en la simultánea. Y el artículo 23, 2.º, en la sucesiva, declara indisponibles las aportaciones hasta que la sociedad quede inscrita en el RM.

En todo caso, a la restitución de las aportaciones a los socios, librándolas del régimen especial de depósito a que han quedado sometidas, no es aplicable el régimen de liquidación social. En nuestra opinión, procede simplemente la *rendición de cuentas* por parte de los gestores ante sus mandantes y la *liquidación de los gastos necesarios*, en concepto de

(100) Ver en especial CAMBASSÈDES, cit., 450 ss

(101) Sobre el artículo 309 del Código de Comercio, ver en especial GARRIGUES, *Curso*, cit., II, 135. BROSETA, *Manual*, 418, destaca el importante papel del depósito, no como contrato principal, sino accesorio de otros. En el caso que nos ocupa lo sería del contrato de sociedad, del que deriva el encargo a los gestores de cumplir las formalidades de constitución.

provisión de fondos, que hayan anticipado aquéllos. Los gastos necesarios, en tal caso, correrán a cargo de los fundadores en la fundación simultánea de Sociedades Anónimas o en la de cualquier otro tipo de sociedad, o de los «promotores» de la Cooperativa. O bien, a cargo de los promotores de la Sociedad Anónima, en caso de fundación sucesiva, a no ser que la Junta Constituyente haya aprobado expresamente las gestiones realizadas por ellos, pues, en tal caso, en aplicación del artículo 28, último párrafo, parece que los suscriptores deberán asumir ya tales gastos necesarios. En todo caso, es indudable que deberán correr con los gastos los suscriptores que votaron en favor de la aprobación en dicha Junta.

Con respecto a las aportaciones *in natura* hay que distinguir entre el efecto obligacional (la suscripción) y el efecto real (la adquisición de su propiedad por la sociedad inscrita) (102).

5.4. LA TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES EN PERÍODO DE SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN

Antes de su inscripción, la sociedad en constitución existe tan sólo como contrato, cuyos efectos aún no se han producido en su totalidad porque falta la intervención pública, consistente en la calificación e inscripción registral. No habiendo surgido la nueva persona jurídica, aún no se ha producido la transmisión de la titularidad de las aportaciones de los socios, que no constituyen un fondo común o copropiedad previa, como podría inducir a pensar el artículo 1.674 del Código civil (103). En consecuencia, la aportación de los socios aún no se ha consumado, y en sustitución de ella aún no ha aparecido la «participación» del socio en la sociedad. Existe tan sólo la condición subjetiva de parte en un contrato de sociedad en constitución, cuya transmisión exigirá siempre el consentimiento unánime de todos los socios.

Con respecto a los negocios de transmisión de las futuras participaciones estipulados en período de sociedad en constitución, hay que estar al especial grado de *intuitus personae* que la ley o el propio acto constitutivo o estatutos establezcan. Con respecto a la participación en una sociedad personalista (colectiva y comanditaria) sería necesario también el consentimiento de los demás socios (art. 143 del Código de Comercio, coincidente con el 1.696 del Código civil). Con respecto a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, el compromiso de transmisión de participaciones será válido, quedando su ejecución sometida al régimen previsto en el artículo

(102) CAMBASSÈDES, 452 ss.

(103) Así lo advierte GARRIGUES, *Teoría general*... 216.

lo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada una vez constituida la sociedad. Con respecto a la Cooperativa, el compromiso de transmitir las futuras participaciones sociales será válido, y exigible tras la constitución, si se estipula en favor de otro socio (art. 15 de la Ley de Cooperativas). Por último, con respecto a la Sociedad Anónima, la prohibición de transmitir las acciones en periodo de sociedad en constitución (artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas) intenta evitar el fraude a terceros, con respecto a la imposible transmisión de cosa aún inexistente (las acciones). Y no puede impedir el contrato de venta de las futuras acciones, de efectos puramente obligacionales, y sometido a la *conditio juris* de la inscripción de la Sociedad Anónima o, lo que es lo mismo, del nacimiento de las acciones, como cosa futura objeto del contrato. En caso de existir restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones, a la citada *conditio juris* se añadirá la condición de que se reúnan las circunstancias exigidas (cualidades del cesionario, aprobación del órgano de administración social, etc.) (104).

6. CONCLUSIONES

1.ª Los artículos 117 a 120 del Código de Comercio, así como los 7.º y 28 de la Ley de Sociedades Anónimas, 6.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 41 de la Ley de Cooperativas, regulan la sociedad en constitución, si bien de manera imperfecta e incompleta, que ha originado grandes discrepancias de interpretación en la doctrina y jurisprudencia.

2.ª Con respecto a los actos estipulados por los gestores en nombre de la sociedad en constitución, la doctrina debe aportar soluciones prácticas que atiendan debidamente a todos los intereses en presencia: de los terceros, de los socios, de los gestores estipulantes y, en relación con estos últimos, el de la futura empresa. De acuerdo con este planteamiento, hay que interpretar las normas que históricamente han impuesto la responsabilidad personal por estos actos a sus estipulantes, motivadas por un afán de impedir los fraudes a terceros.

3.ª En este sentido, los artículos 120 del Código de Comercio, 7.º y 28 de la Ley de Sociedades Anónimas, 6.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 41 de la Ley de Cooperativas establecen una responsabilidad extracontractual o por culpa en la estipulación de tales

(104) BROSETA, M., y VICENT, F., *La prohibida transmisión de acciones...*, 48 ss.

actos; pero esta presunción de culpa debe ser susceptible de prueba en contrario. Fuera del supuesto de estas normas está la contratación, en la que el tercero es debidamente advertido de la situación en que se encuentra la sociedad (contratación bajo condición suspensiva, salvo aprobación o confirmación, o bien simplemente «en nombre de la sociedad X, en constitución»). Cuando se da el supuesto de nacimiento de dicha responsabilidad, tendrá las características propias de la responsabilidad extra-contractual.

4.^a Fuera del supuesto de dicha responsabilidad, los gestores pueden estipular actos necesarios para la constitución de la sociedad, que ésta asume automáticamente una vez constituida. Las exigencias de la práctica aconsejan extender la noción de estos actos a los «económicamente necesarios».

5.^a También fuera del supuesto de dicha responsabilidad, los contratos estipulados y pendientes de ejecución por ella se han de calificar como ofertas de contrato que vinculan unilateralmente a los terceros y que la sociedad aprobará o no en su día. Este tipo de actuación, lícita y conveniente para ambas partes, no puede ser impedida por la ley. Es más, deben removerse algunas deficiencias normativas en orden a su regulación.

6.^a Antes de la inscripción de la sociedad, las aportaciones o no han salido de la propiedad y posesión del socio o bien han sido transmitidas a los gestores o a entidades depositarias a título de depósito. Su restitución al socio, si no se constituye la sociedad, no precisa de previa liquidación social, sino de una mera rendición de cuentas y liquidación de gastos necesarios dentro de las normas del mandato o comisión.

7.^a Antes de la inscripción de la sociedad, la condición de fundador o suscriptor sólo puede transmitirse con el consentimiento de los demás contratantes. La transmisión de la futura participación social puede pactarse válidamente, pero su ejecución exigirá tener en cuenta los requisitos legales y estatutarios. En este sentido debe interpretarse también el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas.

8.^a El Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, en elaboración por la Comisión de Codificación, perfecciona el actual régimen de la sociedad en constitución; pero, como hemos visto, en algunos puntos su actual redacción podría mejorarse: señalando el momento del comienzo de las operaciones sociales; estableciendo con claridad el supuesto de prohibición de estipular actos en nombre de la futura sociedad y de la consiguiente responsabilidad, así como de la transmisión de acciones; regulan-

do mejor los supuestos de actuación lícita (ampliación del concepto de «actos necesarios», contratación salvo aprobación de la sociedad, etc.); dando una mejor solución al problema de escrituras de constitución de Sociedades Anónimas no inscritas dentro de un determinado plazo legal, etcétera. En el caso de que en punto a obligaciones contraídas en nombre de la futura sociedad, se estimara preferible seguir la solución del artículo 7.º de la Primera Directriz de la CEE, habría que introducirla con su expresa admisión del pacto en contrario, con el fin de evitar posibles interpretaciones absolutistas de la responsabilidad impuesta a los estipulantes, que van en contra del interés de la sociedad en constitución.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ

Profesor agregado de Derecho mercantil
de la Universidad de Valencia