

*Guillermo J. Jiménez Sánchez*

Catedrático de Derecho Mercantil  
de la Universidad de Sevilla

## La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD Y NACIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. LA RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SOCIALES. 1. *Planteamientos tradicionales del tema en el Derecho español.* 2. *El nuevo marco normativo impuesto por el Derecho comunitario europeo.*—II. LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA ANTES DE SU CONSTITUCIÓN. 1. *La sociedad anónima en formación.* 2. *La responsabilidad de los «gestores».* 3. *La responsabilidad social.*—III. LA SOCIEDAD ANÓNIMA IRREGULAR: 1. *Sociedad en formación y sociedad irregular.* 2. *Fondo o patrimonio de afección.* 3. *La responsabilidad de los socios.*

**I. Introducción: constitución de la sociedad y nacimiento de la personalidad jurídica.  
La responsabilidad por las deudas sociales**

**1. Planteamientos tradicionales del tema en el Derecho español**

El contrato de sociedad, como todo contrato, surge del acuerdo de voluntades entre las partes que lo conciertan. Y este acuerdo, en principio, de conformidad con la básica regla general consensualista del Derecho contractual español, puede concluirse «en cualquiera forma» (véase art. 1.667 CC), por lo que la producción de sus efectos deriva, a falta de normas especiales en contrario, de su simple existencia.

Ahora bien, en ciertos y muy relevantes supuestos particulares, en consideración a la extraordinaria significación o trascendencia de los vínculos que genera el acuerdo social, el Ordenamiento jurídico establece las apuntadas normas especiales, sometiendo dicho acuerdo a determinados requisitos o exigencias formales, de cuyo cumplimiento o incumplimiento se derivarán importantes consecuencias. Así, en el caso de que se aporten a la sociedad bienes inmuebles o derechos reales, «será necesaria la escritura pública», a la que deberá unirse «un inventario de los inmuebles aportados» (véanse arts. 1.667 y 1.668 CC) (1). Y, cuando se trate de una sociedad o compañía mercantil, «antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacerse constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil» (véase art. 119 CCom.).

Por lo que afecta al denominado ámbito interno de las relaciones sociales, al campo propio de las vinculaciones establecidas entre los socios, los indicados requisitos formales no tienen otro valor que el de establecer un cauce para resaltar la seriedad de los compromisos asumidos y para hacer segura y fácil su prueba. Consecuentemente, el defecto de formalidad no debe extender sus consecuencias en este campo más allá de lo que determinan las normas generales sobre la eficacia de los contratos, a cuyo tenor éstos son «obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez», y, «si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez» (véanse arts. 1.278 y 1.279 CC) (2). En este mismo sentido, el Código de Comercio precisa clara-

(1) Vid. CAPILLA RONCERO, «Artículos 1.665 a 1.708 del Código civil», t. XXI, vol. 1.º, de los *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Madrid, 1986, pp. 28 y ss., y GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, t. I, páginas 229 y ss.

(2) GARRIGUES ha sostenido que las normas imperativas establecidas en los artículos 51 y 52 del CCom. privan de validez a los contratos mercantiles en caso de incumplimiento de exigencias formales o solemnes, por lo que la falta de escritura pública o de las formas o solemnidades requeridas

mente que «el contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código» (véase art. 117 CCom.) (3).

Ahora bien, en la esfera de las relaciones con terceros que no sean directamente partes del contrato social, la exigencia de una forma especial para este contrato reviste un significado distinto y las consecuencias de su incumplimiento son más amplias y trascendentes.

La sociedad, que en etapas anteriores de la historia del Derecho pudo limitar su significado al establecimiento de unos simples vínculos obligatorios entre los socios, ha llegado a ser en los Ordenamientos modernos un centro de imputación o de referencia de relaciones jurídicas. La consideración de la sociedad como una realidad patrimonial autónoma, frente a la que se predicen los derechos y obligaciones de quienes aparecen vinculados con ella, si bien en principio pudo no constituir más que un sistema de simplificación descriptiva, que obviaba la complejidad de referir aquellos derechos y obligaciones a todos y a cada uno de los socios, ha adquirido un significado más rico y profundo en el curso de una secular evolución, llegando en nuestros días a suponer la afirmación de una realidad jurídico-económica, netamente diferenciada de los socios que constituyen su substrato genético o causal. Es ésta una afirmación que alcanza su más alta expresión con la subjetivización o personificación del ente social, consagrada en la codificación decimonónica (véanse artículos 116, párr. 2.º, CCom., y 35, 2.º, CC) como una de las mayores conquistas del capitalismo mercantil (4).

El reconocimiento de personalidad jurídica a la sociedad, al atribuir frente a terceros (y no sólo frente a los terceros que se relacionen directamente con el ente creado, sino también frente a los terceros que se relacionen con los socios, a los que puede no resultar indiferente que se adscriban al patrimonio social bienes o derechos anteriormente titulados por los aportantes) una trascendencia especial al contrato constitutivo, introduce un elemento importante en la valoración del significado

para la eficacia de estos contratos determina que no sean válidos ni produzcan obligación ni acción en juicio «y, por tanto, tampoco la acción dirigida al cumplimiento de la formalidad» (vid. *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, vol. 1.º, Madrid, 1963, páginas 68 y ss.; esp. 72).

(3) Esta es, al menos, la que podría considerarse tesis mayoritaria en la doctrina mercantilista española. Frente a ella cabría apuntar la existencia de alguna reserva jurisprudencial respecto de la eficacia de los pactos sociales no consignados en escritura pública (de la que se hacen eco GARRIGUES —vid. *Curso de Derecho mercantil*, 7.ª ed., Madrid, 1976, t. I, p. 339— y GIRÓN TENA —vid. *Derecho de Sociedades*, cit., t. I, página 241—), y el carácter no pacífico de la referencia del término «forma» utilizado en el artículo 117 a las formalidades del contrato y no a las formas-tipo, sentido en que se emplea dicho término en el artículo 122

(vid. GARRIGUES, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, de GARRIGUES y URÍA, 3.ª ed., Madrid, 1976, t. I, p. 159; URÍA, «Las sociedades y el Registro Mercantil», en el vol. *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil* (año 1971), Madrid, 1972, p. 198, y *Derecho mercantil*, 16.ª ed., Madrid, 1989 —ed. cit. en lo sucesivo, a falta de indicación expresa en contrario—, pp. 150 y s.; VICENT CHULIÀ, «La sociedad en constitución», en el vol. *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 858 y s.).

(4) Vid. RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Buenos Aires, 1950, páginas 109 y ss.; GALGANO, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales*, Barcelona, 1990, pp. 82 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, 2.ª ed., Jaén, 1977, vol. I, pp. 168 y ss.

de las exigencias formales establecidas por la Ley en relación con dicho contrato. A los tradicionales objetivos que cumplen *inter partes*, en una perspectiva más amplia, *erga omnes*, los requisitos formales añaden la trascendental función de hacer cognoscible por los terceros, con seguridad y fijeza, la existencia y contenido (las «condiciones») del contrato social. De ahí la relevante importancia atribuida al cumplimiento de las formalidades constitutivas de las sociedades (el art. 118 del CCom. establece que no son válidos los contratos entre las compañías mercantiles y los terceros si no se han cumplido las exigencias formales del art. 119; y el art. 120 del mismo Código hace responsables solidariamente frente a los terceros con quienes hayan contratado a los encargados de la gestión social que no cumplan lo exigido en el art. 119) (5), y de ahí que la doctrina dominante niegue mayoritariamente la personalidad a las sociedades irregularmente (es decir, sin cumplir los requisitos formales exigidos por la Ley) constituidas (6).

La acusada tendencia a la objetivización de las relaciones sociales que caracteriza a la sociedad anónima (7), a la que a veces se ha definido como «capital con personalidad jurídica», y la trascendencia que tiene en todo el régimen jurídico de este tipo social la limitación de la responsabilidad (o, mejor, la exclusión de la responsabilidad) de los socios, ha conducido a un particularmente autorizado sector de la doctrina mercantilista clásica española (8) a considerar que el régimen propio de este tipo social haría imposible concebir la existencia de una vinculación societaria «irregularmente» constituida. La terminante regla establecida en el artículo 6 de la LSA de 1951, conforme a la cual «la sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil», y sólo «desde este momento... tendrá personalidad jurídica», cerraría, en tal sentido, la posibilidad de existencia de una figura jurídica profundamente distorsionadora, que no sería concebible ni como persona ni como sociedad. Únicamente al amparo de las reglas excepcionales establecidas para hacer posibles actuaciones previas a la inscripción (precisamente para hacer posible ésta o, en general, para iniciar la base del desarrollo de las operaciones sociales) cabría configurar supuestos de actuaciones en nombre de un ente no constituido; pero la validez de dichas actuaciones dependería, en última instancia, de la regular constitución final de la sociedad, sin la cual resultarían ineficaces los derechos

(5) Regla que ha de interpretarse en el sentido de hacer responsables a los «gestores» del cumplimiento de lo convenido; no de la indemnización que pudiera derivar de la celebración de un contrato nulo (vid., por todos, GIRÓN TENA, «Las sociedades irregulares», en el vol. *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, pp. 181 y ss., y 193, y DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, página 181).

(6) Vid., por todos, GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. I, Madrid, 1947, pp. 452 y 462; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, Barcelona, 1950, t. I, pp. 419 y 427 y ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 150 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, 13.ª ed.,

reimpresión, Madrid, 1989, pp. 157 y ss.; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990 —ed. cit. en lo sucesivo, a falta de indicación expresa en contrario—, pp. 168 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, pp. 176 y ss.; VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 2.ª ed., Barcelona, 1986, t. I, pp. 217 y s.

(7) Así como a la sociedad de responsabilidad limitada, respecto de cuyo régimen jurídico son predicables las mismas ideas apuntadas en el texto en relación con las sociedades anónimas.

(8) Del que podría considerarse representante arquetípico la figura de GARRIGUES (vid. *Comentario...*, cit., t. I, pp. 157 y ss.).

y las obligaciones pretendidamente establecidos (véase art. 7 de la LSA de 1951) (9).

Pero la indudable trascendencia de la personificación de las sociedades no puede elevarse, ni siquiera en relación a las cuestiones específicas que se plantean en torno de la figura de la sociedad anónima, a tan excesivos niveles que deformen o desfiguren su auténtico y preciso significado.

Por relevante que sea, a efectos económicos y jurídicos, la atribución a una sociedad de personalidad, en rigor tal dato no supone más que la utilización de un recurso técnico para facilitar el desarrollo de unas determinadas relaciones jurídicas y para ordenar y distribuir las consecuencias patrimoniales que de ellas puedan derivarse, puesto que lo que, en definitiva, resulta más importante en la regulación del tráfico es determinar quién y en qué grado responde de las «deudas sociales», los socios o el patrimonio o fondo común, y, en su caso, qué reglas resultan aplicables a la formación y a la disponibilidad de y sobre dicho patrimonio.

Por ello constituye casi un lugar común en la literatura jurídica de nuestro tiempo el tema de la desmitificación o la relativización del concepto de persona jurídica social, con sus corolarios inexcusables de la corrección de los abusos de la «personificación» (el llamado «levantamiento del velo») y del reconocimiento de la actuación en el tráfico de grupos o «colectivos» no personificados, dotados de ciertos niveles de autonomía patrimonial (10).

En este orden de ideas ha de encuadrarse la consideración de la actuación desarrollada «a nombre» de una sociedad, sin haberse cumplido (sin haberse cumplido aún, o sin pretenderse en ningún caso cumplir) los requisitos formales establecidos para la constitución formal de ésta, como actuación imputable a un particular centro de referencia de relaciones jurídicas, sea tal centro una «sociedad en formación» o sea una «sociedad irregular». Y esta consideración, que para los tipos sociales regulados en el Código de Comercio se había admitido tradicionalmente sin mayores problemas (aunque, desde luego, con significativas y profundas diferencias en los planteamientos dogmáticos de la «reconstrucción» del sistema, así como con matices no siempre coincidentes respecto de algunas de las soluciones aplicables en relación con las cuestiones que suscita en la práctica la actuación de los «entes irregulares») por nuestra doctrina (11), y que había incluso comenzado a extenderse respecto de

(9) Unas lecturas «literalistas» del artículo 7 de la LSA de 1951 pueden encontrarse en GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pp. 163 y s. (quien apunta la salvedad de que «sería conveniente» una interpretación orientada «en el sentido de que la invalidez se refiera a la sociedad o que se aplique al tercer contratante que conoce que la sociedad no está inscrita»), y en GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *Manual teórico práctico de sociedades mercantiles*, Madrid, 1956, pp. 138 y s.

(10) *Vid.*, por todos, GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, cit., t. I, pp. 159 y ss.; GARRIGUES, «Teoría general de las sociedades mercantiles», *Rev. D. merc.*, núm. 142 (1976),

pp. 519 y ss.; DE CASTRO, «Formación y deformación del concepto de persona jurídica», en el vol. *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1964, t. I, pp. 9 y ss.; PUIG BRUTAU, «Comentario del traductor», en el vol. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, de SERICK, Barcelona, 1958, pp. 265 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, pp. 168 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., páginas 159 y s.; BROSETA, *Manual...*, cit., páginas 168 y ss.

(11) *Vid.*, por todos, GARRIGUES, *Tratado*, cit., t. I, vol. I, pp. 450 y ss.; GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, cit., pp. 170 y ss.; y *Derecho de Sociedades*, cit., t. I, pp. 226

las sociedades anónimas, revisando las primeras interpretaciones del texto legal regulador de este tipo en función del juego de los intereses legítimos presentes en la vida del tráfico (12), encuentra hoy acogida y consagración positiva en la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, y en el Texto Refundido de la LSA, aprobado por el RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

## 2. El nuevo marco normativo impuesto por el Derecho comunitario europeo

La nueva regulación española, respondiendo al doble propósito enunciado en la denominación de la Ley 19/1989, precisa y clarifica algunos extremos del complejo régimen anterior y recoge el marco básico normativo impuesto por las Directivas comunitarias (13) a las legislaciones de los Estados miembros de la CEE respecto de las exigencias formales para la constitución de sociedades anónimas y las consecuencias de la falta de cumplimiento de dichas exigencias (14).

Esencialmente, las exigencias formales derivadas de la normativa comunitaria para la constitución de una sociedad anónima (15) consisten en someter a la escritura de constitución y a los estatutos sociales (que, de no estar sujetos a «un control preventivo, administrativo o judicial», han de «revestir la forma de documento público») (16) a la «publicidad obligatoria»: inscripción en el Registro correspondiente (17) e inserción (18) en un Boletín Oficial establecido al efecto en cada Estado.

La «falta del acto constitutivo», la «inobservancia de las formalidades relativas al control preventivo» o la omisión «de la forma de documento público» pueden ser consideradas causas bastantes para la declaración

y ss.; LANGLE, *Manual...*, cit., t. I, pp. 422 y ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 150 y s.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., pp. 158 y s.; BROSETA, *Manual...*, cit., pp. 162 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, pp. 176 y ss.; VICENT CHULIÁ, *Compendio...*, cit., t. I, pp. 216 y ss., y *La sociedad en constitución*, cit., pp. 865 y ss.

(12) Cabe invocar en esta dirección (con significativas diferencias, en algunos casos, entre sus planteamientos y conclusiones) las puntualizaciones de PUIG BRUTAU (*Comentario del traductor*, cit., pp. 306 y ss.); RUBIO (*Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 3.ª ed., Madrid, 1974, pp. 207 y ss.); DE LA CÁMARA (*Estudios...*, cit., vol. I, páginas 201 y ss. —esp. pp. 206 y ss., nota 37—); GIRÓN TENA (*Derecho de Sociedades*, cit., t. I, pp. 250 y ss.); URÍA (*Las sociedades y el Registro Mercantil*, cit., pp. 203 y ss., y *Derecho mercantil*, cit., 14.ª ed., Madrid, 1987, p. 195); BROSETA (*Manual...*, cit., 7.ª ed., Madrid, 1987, p. 218); VICENT CHULIÁ (*Compendio...*, cit., t. I, pp. 217 y ss., y *La sociedad en constitución*, cit., pp. 860 y ss.); ALONSO GARCÍA (*La Sociedad Anónima no inscrita. Régimen jurídico de los actos y contratos celebrados en su nombre*, Madrid, 1986, pp. 30 y ss.); CANO FERNÁNDEZ («Algunos aspectos de la reforma de la Ley de

sociedades anónimas en relación con el Registro de la Propiedad», *Rev. Crit. D. Inmol.*, núm. 587, julio-agosto 1988, pp. 1277 y ss.), e incluso el mismo GARRIGUES (*Comentario...*, cit., t. I, pp. 157 y ss.).

(13) Concretamente, por las *Primera y Segunda* Directivas del Consejo (las Directivas 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, y 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976). *Vid.*, al respecto, GARCÍA VILLAVERDE, «La constitución y el capital de las sociedades en la CEE (Primera y Segunda Directrices)», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 5, junio de 1989, pp. 33 y ss.).

(14) *Vid.* una referencia a la aplicación de la Primera Directiva «en los principales países miembros de la CEE» en RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «La publicidad legal de la Sociedad Anónima Europea», en el vol. *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, dirigido por GIRÓN TENA, Madrid, 1978, pp. 70 y ss.

(15) *Vid.* artículos 2.1.a) y 3 de la Primera Directiva.

(16) *Vid.* artículo 10 de la Primera Directiva.

(17) Central, mercantil o de las empresas.

(18) Integra, en extracto o «en forma de mención» de haberse producido la correspondiente inscripción registral.

judicial de nulidad de la sociedad (19), que determinará su liquidación «en la misma forma que la disolución» (20).

Las faltas indicadas, sin embargo, no inciden sobre «la validez de las obligaciones de la sociedad» (21) (cuyo cumplimiento queda asegurado por la subsistencia de la obligación de los accionistas de desembolsar el capital suscrito cuando tal desembolso sea necesario para satisfacer a los acreedores) (22), ni sobre «la de las obligaciones asumidas frente a ella» (23), ni, necesariamente, sobre las relaciones entre los socios (respecto de las que habrá que estar a lo establecido en la legislación de cada Estado) (24).

La legislación de un Estado puede prohibir que una sociedad comience sus actividades sin haber obtenido autorización para ello. Pero la prohibición habrá de ir acompañada de la regulación de la responsabilidad derivada de «las obligaciones contraídas por la sociedad o por cuenta de ésta durante el período precedente al momento en que dicha autorización se conceda o deniegue». Tales reglas no serán aplicables «a las obligaciones derivadas de contratos concluidos por la sociedad bajo la condición de que se le conceda la autorización para el comienzo de sus actividades» (25).

En cualquier caso, «en el supuesto de que se realicen actos en nombre de una sociedad en formación antes de que ésta adquiera la personalidad jurídica y la sociedad no asuma las obligaciones que se deriven de tales actos, las personas que los hayan realizado serán personal y solidariamente responsables de ellos, salvo pacto en contrario» (26).

## II. Los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad anónima antes de su constitución

### 1. La sociedad anónima en formación

Una elemental observación de la realidad económica manifiesta la necesidad de ampliar el horizonte de referencia de las operaciones sociales, y no circunscribirlo al marco temporal abierto tras la culminación del proceso formal constitutivo con la inscripción del nuevo ente en el Registro Mercantil.

Desde luego, como dispone el artículo 7 del nuevo Texto Refundido de su Ley reguladora, la sociedad anónima adquiere personalidad jurídica «con la inscripción» en el Registro Mercantil; declaración terminante que cierra cualquier discusión posible sobre la fase del proceso constitucional en que se produce el nacimiento del ente colectivo (27).

(19) Vid. artículo 11.2.a) de la Primera Directiva.

(20) Vid. artículo 12.2 de la Primera Directiva.

(21) Vid. artículo 12.3 de la Primera Directiva.

(22) Vid. artículo 12.5 de la Primera Directiva.

(23) Vid. artículo 12.3 de la Primera Directiva.

(24) Vid. artículo 12.4 de la Primera Directiva.

(25) Vid. artículo 4 de la Segunda Directiva.

(26) Vid. artículo 7 de la Primera Directiva. Respecto de la recepción en los Ordenamientos de los Estados miembros de la CEE de esta regla, vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «La sociedad en proceso de fundación y la sociedad irregular», en el vol. *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pp. 189 y s. y 213 y s. (nota 27).

(27) Vid. una revisión crítica de la tra-

Pero no menos cierto resulta que antes de que la inscripción llegue normalmente a tener lugar habrán de realizarse una serie de actuaciones, traducidas en el plano jurídico por actos de diverso carácter, de los que resultarán derechos y obligaciones, disponibilidad de elementos y servicios imprescindibles o convenientes para iniciar la vida social y, casi inevitablemente, producción de unos gastos de mayor o menor cuantía.

El viejo texto de 1951 de la LSA facultaba a los «gestores» para «realizar antes de la inscripción los actos necesarios para la constitución de la sociedad», y declaraba: «de cuenta de ella los gastos que por esta causa se originen» (28). La validez de las restantes actuaciones realizadas «en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil» se condicionaba a dicha inscripción y a su aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses, resultando solidariamente responsables los gestores de las consecuencias derivadas de la falta de cualquiera de estas circunstancias frente a las personas con las que hubiesen contratado (29).

El sistema apuntado, que ha sido objeto de interpretaciones diversas en relación (entre otras cuestiones) con la individualización de los sujetos comprendidos en la referencia a los «gestores» (30), la extensión admisible del concepto de «actos necesarios» (31), el ámbito de la noción

dicional conexión (en el sistema del CCom.) entre la inscripción registral y la adquisición de la personalidad jurídica en GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, cit., páginas 178 y ss.; GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, pp. 157 y ss.; BLANQUER, «La inscripción de la sociedad anónima constituida bajo condición suspensiva», en el vol. I de los *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, 1976, pp. 226 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, pp. 201 y ss., y «Fundación: Escritura y Estatutos. Suscripción y desembolso», en el volumen *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, páginas 69 y ss.; CANO FERNÁNDEZ, *Algunos aspectos de la reforma de la ley de sociedades anónimas...*, cit., pp. 1286 y ss.

(28) Vid. artículo 7, párr. 2.º

(29) Vid. artículo 7, párr. 1.º

(30) Cuestión respecto de la que se han apuntado prácticamente todas las soluciones posibles: 1) entender que la referencia ha de extenderse a todos los fundadores; 2) circunscribirla sólo a los fundadores que hayan actuado en nombre de la sociedad durante el período anterior a la inscripción en el Registro Mercantil; 3) comprender en ella todos cuantos hayan actuado durante dicho período en nombre de la sociedad, sean fundadores (socios) o no (vid., por todos, GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, páginas 187 y ss., y 199 y s.; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, cit., páginas 164 y ss.; RUBIO, *Curso...*, cit., pp. 205 y ss.; SUÁREZ LLANOS, «Sociedad anónima en formación. Efectos de la escritura antes de la inscripción registral», *Rev. D. Priv.*, 1964, p. 685; URÍA, *Las sociedades y el Registro Mercantil*, cit., p. 193; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., p. 195; DE LA CÁ-

MARA, *Estudios...*, cit., vol. I, pp. 212 y ss.; VICENT CHULIÁ, *La sociedad en constitución*, cit., p. 887; ALONSO GARCÍA, *La Sociedad Anónima no inscrita...*, cit., pp. 80 y 100 y ss.).

(31) Extremo sobre el que se han mantenido soluciones muy diversas, que podrían resumirse así: 1) Considerar que los actos contemplados en la norma son los necesarios para la constitución de la sociedad en sentido estricto; esto es, los indispensables para dar cumplimiento a las exigencias legales relativas al proceso constitucional. 2) Entender que también son necesarios los actos encaminados a dotar a la sociedad, a título (no forzosamente dominical) que permita su utilización, de los elementos que han de constituir su imprescindible base funcional y operativa; v. gr., personal mínimo, inmueble destinado a ubicar la sede social, mobiliario o instrumentos precisos, etcétera. 3) Incluir, además, los actos que desde un punto de vista económico pueden considerarse necesarios para hacer viables o productivas las futuras operaciones sociales; v. gr., adquisición (no forzosamente en propiedad) de establecimientos o instalaciones comerciales o industriales o de derechos de propiedad industrial o intelectual (vid., por todos, GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, pp. 189 y ss.; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, cit., p. 163; SUÁREZ LLANOS, *Sociedad anónima en formación...*, cit., pp. 685 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, pp. 212 y ss.; FIGA FAURA, «La validez de los actos y contratos otorgados por las Sociedades Mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil», *Rev. D. Not.*, 1977, p. 108; VICENT CHULIÁ, *Compendio...*, cit., t. I, p. 214, y *La sociedad en constitución*, cit., pp. 897 y ss.; ALONSO GAR-

de los «contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción» (32), la posibilidad de aceptación extemporánea por la sociedad de estos contratos (33), e incluso la sanción de invalidez de los mismos cuando no corren por cuenta del ente social (34), ha resultado profundamente alterado en el Texto Refundido de la LSA.

La nueva normativa diferencia el tratamiento correspondiente a los supuestos de actuación en nombre o interés de una sociedad en formación (35), es decir, de una sociedad que, tras un primer período de gestación, concluirá adquiriendo con su inscripción registral personalidad jurídica, y de desarrollo de operaciones imputables a una sociedad que, presumiblemente, no va a gozar nunca de dicha personalidad como consecuencia de su falta de inscripción, que manifiesta o tácitamente resulta no deseada por sus socios (36).

De acuerdo con tal distinción, el estudio del régimen aplicable a la segunda de las situaciones descritas se realizará en el último apartado (37) de las presentes notas, mientras que en los siguientes epígrafes de este mismo apartado (38) se va a contemplar el tratamiento establecido en el nuevo Texto de la LSA para la primera.

## 2. La responsabilidad de los «gestores»

Principio esencial del sistema establecido en la nueva regulación de las sociedades anónimas es el reconocimiento de la eficacia, lo que presupone la validez, de los actos y contratos realizados en nombre de la sociedad (39) antes de su inscripción en el Registro Mercantil.

CA, *La Sociedad Anónima no inscrita...*, cit., pp. 70 y ss.).

Cualquiera que sea el criterio que se considere más correcto, lo que parece claro es que la decisión en cada supuesto concreto de si el acto realizado debe o no considerarse como necesario constituye una cuestión de hecho que ha de resolverse por los tribunales (vid. GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, p. 198).

(32) Ambito en relación con el cual cabe plantear las cuestiones de: 1) si hay que entender comprendidos en él sólo contratos, en sentido propio y estricto, o todo tipo de actuaciones, aun no contractuales, significativas para la sociedad (vid. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., p. 167); y 2) si únicamente pueden encuadrarse en él los actos realizados con *contemplatio domini* expresa, o también cabe incluir junto a ellos todos o algunos de los realizados por cuenta de la sociedad —v. gr., los comprendidos en los supuestos contemplados en los artículos 286 y 287 CCom.— (vid. GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, páginas 192 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, p. 214; ALONSO GARCÍA, *La Sociedad Anónima no inscrita...*, cit., pp. 68 y s.).

(33) Vid. GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, p. 193; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, p. 219 y ss.; VICENT CHULIÁ, *La sociedad en constitución*, cit., pp. 902 y ss.;

ALONSO GARCÍA, *La Sociedad Anónima no inscrita...*, cit., pp. 84 y ss.

(34) Se ha discutido si la regla legal impone la invalidez, es decir, la ineficacia del acto o contrato, o mantiene la validez del mismo, pero desplaza la responsabilidad que deriva de él de la sociedad a los gestores (vid., por todos, GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, pp. 200 y ss.; RUBIO, *Curso...*, cit., p. 206; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, cit., pp. 163 y ss.; URÍA, *Las sociedades y el Registro Mercantil*, cit., páginas 192 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, cit., vol. I, pp. 214 y ss.; VICENT CHULIÁ, *Compendio...*, cit., t. I, página 214; ALONSO GARCÍA, *La Sociedad Anónima no inscrita...*, cit., pp. 105 y ss.).

(35) Vid. artículo 15.

(36) Vid. artículo 16 (se insistirá sobre el tema, con mayor amplitud, *infra*. Vid. III, 1, esp. nota 67).

(37) Bajo la rúbrica «la sociedad anónima irregular».

(38) Dedicados, respectivamente, a «la responsabilidad de los gestores» y a la «responsabilidad social».

(39) Vid. artículo 15 del Texto Refundido de la LSA, cuya regulación parece que permite entender: 1) Que los actos y contratos realizados por cuenta, pero no en nombre, de la sociedad no se someten al régimen especial establecido, sino que, de acuerdo con las reglas generales del De-

Evidentemente, la consideración de estos actos y contratos como realizados a nombre de otro sin tener su autorización o representación legal, de acuerdo con lo que la lógica exige dada la inexistencia del ente social mientras no se produzca su inscripción, habría de conducir a la afirmación de la nulidad de dichos actos y contratos, excepto en el caso de que (antes de haberse producido su revocación por la otra parte contratante) resultasen ratificados por la sociedad una vez que ésta hubiera sido constituida (véase art. 1.259 CC).

La nueva normativa desplaza el tratamiento del tema del campo de la validez, en el que lo mantenía el viejo texto de la LSA de 1951 (40), al de la responsabilidad (41). Los actos y contratos serán, aun celebrados en nombre de un ente inexistente, válidos y eficaces; la protección de las contrapartes no habrá de buscarse en complejas, y no siempre en definitiva satisfactorias, reclamaciones con base extracontractual, sino en el ejercicio de los derechos dimanantes a su favor de las operaciones celebradas. Lo que ocurre es que estos derechos, si el ente al que en principio habrían de referirse no ha llegado a cobrar existencia jurídica, serán ejercitables frente «a quienes hubieren celebrado actos y contratos en nombre de la sociedad antes de su inscripción», los que responderán solidariamente por dichos actos y contratos (42).

Cabe que se elimine la validez de las actuaciones previas a la constitución (43) por la voluntad de las partes, las cuales pueden condicionar, suspensiva o resolutoriamente, la eficacia de los actos y contratos celebrados a la inscripción y a la posterior asunción de lo actuado por la sociedad (44). En caso de que se mantenga la regla general favorable a la eficacia de dichos actos y contratos, la responsabilidad solidaria legalmente impuesta (45) debe extenderse a todos los que hayan intervenido en las actuaciones en nombre de la sociedad, sean fundadores, administradores o personas que a cualquier título se arroguen la representación social (46). La responsabilidad cesa cuando la sociedad queda inscrita

recho, vincularán a quien los haya realizado como propios, o a la persona en cuya representación hayan sido celebrados. Claro es que cabe su asunción posterior por la sociedad, pero esta asunción no será liberatoria mientras así no lo acuerden en cada caso las partes. 2) Que los actos o contratos realizados por un factor o gerente en relación con la sociedad en formación, puesto que ésta no desarrolla, por definición (otra cosa habría que concluir respecto de la sociedad irregular, pero no es la actuación de la sociedad irregular la que ahora se examina), un tráfico ordinario, no pueden someterse al régimen previsto para dicho tráfico en los artículos 285 y 286 del CCom., por lo que, para que les sea de aplicación el contenido del artículo 15 de la LSA, tendrán que haber sido efectuados en nombre de la sociedad.

(40) Al menos literalmente; respecto de las posibles interpretaciones del precepto, vid. *supra*, nota 34.

(41) Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La sociedad en proceso de fundación...*, cit., p. 190.

(42) Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La sociedad en proceso de fundación...*, cit., p. 189.

(43) De conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la *Primera Directiva*.

(44) Vid. artículo 15.1, inciso final. Quizá habría sido mejor utilizar en el texto legal la disyuntiva «o» en vez de la copulativa «y»; es claro que el condicionamiento a la inscripción constituye, en todo caso, la base del supuesto, al que, sin eliminarlo nunca, se puede añadir o no el nuevo dato de la aceptación por la sociedad (condicionamiento este último que no tiene sentido respecto de aquellos actos y contratos de los que la sociedad ha de responder legalmente).

(45) Solidaridad *ex lege* que no puede ser excluida por acuerdos internos entre los responsables. Si cabe, claro es (puesto que resulta admisible incluso condicionar la eficacia del acto o contrato del que derivan los derechos), que por acuerdo entre los actuantes y los terceros se establezca un régimen diverso de responsabilidad (v. gr., de una sola persona, mancomunada, etc.).

(46) Esta interpretación de qué personas son «quienes» resultan declarados responsables solidarios en el texto del artículo 15.1, encuentra apoyo literal y sistemático en el

y asume, por imperativo legal o como resultado de su libre aceptación dentro de los tres meses de su inscripción, el acto o contrato de que puede derivar (47).

### 3. La responsabilidad social

La imposición de una responsabilidad personal a quienes hayan celebrado actos o contratos en nombre de la sociedad durante el período anterior a su inscripción registral establece un eficaz sistema de protección en beneficio de las contrapartes de dichos negocios; pero, evidentemente, supone recurrir a una solución distinta de la que en principio debería haberse afirmado como resultado propio y directo de aquellos actos o contratos.

Lógica y económicamente, lo actuado persigue intereses sociales y, en la medida en que ello sea legítimo y posible, sus consecuencias deben ser imputadas a la sociedad o (mientras ésta no se constituye o si no llega en definitiva a constituirse) al «grupo», «conjunto» o «colectivo» integrado por quienes participan a título de socios en el proceso fundacional.

A esta idea responde la configuración en el Texto Refundido de la LSA (48) de las aportaciones realizadas o comprometidas por los socios (49) como un patrimonio sometido a reglas propias de responsabi-

último inciso del apartado 3 del mismo artículo.

Parece conforme con el sentido atribuido a la norma, precisar: 1) Que son responsables los socios que hayan actuado en nombre de la sociedad, no los simples socios-aportantes. Respecto de estos últimos, lo que podrá producirse es la repercusión de las consecuencias económicas de los actos y contratos realizados en nombre de la sociedad sobre el patrimonio aportado; e incluso de ello podrá derivarse la exigencia de aportar efectivamente hasta el límite de lo comprometido (es decir, la exigencia de cumplir una obligación previamente asumida); pero nada más. 2) Que son responsables los administradores cuando actúan, por sí o por otros, en nombre de la sociedad (tanto en los supuestos de administración conjunta como en los de existencia de administradores solidarios); si no actúan directa ni indirectamente no deben ser considerados responsables (aunque alguno de los fundadores, o un tercero, haya estipulado algún acto o contrato en virtud de mandato específico recibido de todos los socios). 3) Que son responsables los representantes, comisionistas o mandatarios designados por todos los socios o por los administradores, y, en general, todas las personas que, antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, realicen actos o contratos en nombre de ella. No juega a su respecto la transferencia de responsabilidad o immutabilidad que se sigue con carácter general de la actuación representativa (así, en concreto, no son de apli-

cación las reglas establecidas en los artículos 247, 284 y 285 del CCom.).

(47) En la fundación sucesiva, los promotores han de responder «solidariamente» de las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad» (ver art. 31.1, del Texto Refundido de la LSA). Ello supone: 1) Que todos los promotores responden solidariamente, no sólo los que hayan intervenido en el acto generador del nacimiento de la obligación. 2) Que la responsabilidad contemplada es la derivada de los actos encaminados a constituir la sociedad, lo que plantea un marco de referencia que, aun cuando haya de circunscribirse a operaciones esencialmente jurídicas, no se reduce exclusivamente a los actos ordenados a la mera inscripción registral de la sociedad. 3) Que la responsabilidad afecta sólo a los promotores, y no a los simples suscriptores; respecto de éstos no hay ni siquiera derecho de repetición por parte de los promotores, salvo supuestos extremos de dolo o culpa (vid. artículo 31.3 del Texto Refundido de la LSA).

(48) Vid. artículo 15.2.

(49) Vid. artículo 8.c). El inciso final del artículo 15.2 establece terminantemente que «los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar», lo que supone la configuración de la responsabilidad de los socios por las aportaciones pendientes como una responsabilidad en vía directa, y no como una responsabilidad exigible por vía subrogatoria (en base a lo cual, no parece que haya de considerarse necesaria la previa excusión

lidad, conforme a las cuales ha de soportar las consecuencias patrimoniales de los actos o contratos indispensables para la inscripción de la sociedad (50), las de los realizados por los administradores dentro de las facultades que les hayan sido atribuidas en el contrato o escritura social (51) para la fase anterior a la inscripción (52), y las de aquellos

del patrimonio o fondo común por parte del tercero que quiera hacer valer la garantía derivada de la responsabilidad personal de los socios).

(50) Evidentemente la regla legal apunta a actos y contratos indispensables, desde un punto de vista estrictamente jurídico, para conseguir la inscripción (sobre el lógico sentido restrictivo, en relación con el régimen establecido en la LSA de 1951 —vid. supra, nota 31—, del término utilizado por el nuevo Texto Refundido, vid. CANO FERNÁNDEZ, *Algunos aspectos de la reforma de la Ley de sociedades anónimas...*, cit., páginas 1295 y s.; MARTÍNEZ CORTÉS, «La constitución de la sociedad anónima», en el volumen *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, dirigido por QUINTANA, Zaragoza, 1989, pp. 66 y s.; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La sociedad en proceso de fundación...*, cit., páginas 191 y s.; GARRIDO DE PALMA, «Génesis de la sociedad anónima: concepción, alumbramiento, nacimiento y adquisición de su personalidad jurídica», en el vol. *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 2.ª ed., Madrid, 1990, p. 94). Como tales pueden calificarse los actos y contratos que estén dirigidos a la consecución de alguno de estos objetivos: 1) La obtención de certificación o certificaciones del Registro Mercantil Central para acreditar que no figura registrada la denominación elegida para la sociedad —vid. art. 378.1 del RRM—; 2) la redacción de los estatutos sociales; 3) la elaboración del informe del experto o expertos independientes sobre las aportaciones no dinerarias —vid. art. 38 LSA—; 4) el depósito de las aportaciones dinerarias —vid. art. 40.1 LSA—; 5) el otorgamiento de escritura pública de constitución; 6) el pago o la liquidación de los impuestos correspondientes —vid. artículo 7.2 LSA—; 7) la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (finalidad a la que responde tanto la presentación de la escritura de constitución en el Registro —vid. arts. 33 y 42.1 RRM— como la subsanación de los defectos observados por el registrador —vid. art. 64 RRM—).

(51) «El contrato», conforme al texto literal del artículo 13.2 de la LSA, según la redacción dada a este precepto en la Ley 19/1989; «la escritura», según la diferente dicción del artículo 15.2 del Texto Refundido de la LSA, en el cual se ha introducido una exigencia formal o de solemnidad, no existente en el texto legal aprobado por las Cortes Generales, que difícilmente puede entenderse amparada por la autorización expresa concedida al Gobierno por la d.f. 1.ª de la Ley 19/1989 para «regularizar, aclarar y armonizar» las disposiciones contenidas en

esta Ley al incluirlas en el Texto Refundido.

En efecto, aun cuando la amplitud de la delegación legislativa establecida permite sin duda, dentro del marco fijado en la Constitución (vid. art. 82.5), precisar el sentido y alcance de las normas refundidas, regularizar, aclarar y armonizar la normativa resultante, eliminar discordancias y antinomias e, incluso, completar con normas subsidiarias las lagunas legales (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 5.ª ed., Madrid, 1989, p. 274), no parece admisible que a su amparo se incluya un requisito formal antes inexistente, forzando en términos extremos una interpretación de la Ley que, en definitiva, supone la consagración de un criterio, el de esencialidad de la escritura pública para la constitución de la sociedad anónima, que resulta en clara oposición con otras normas del Derecho español (como, p. ej., la contenida en el art. 286.2 del RRM, que considera existente la sociedad mercantil irregular aun en caso de falta de escritura de constitución) y con la orientación impuesta por el Derecho Comunitario, en el que expresamente se establece que la legislación de un Estado miembro de la CEE no puede considerar la falta de escritura de constitución como supuesto de inexistencia de la sociedad anónima, sino como causa de nulidad, que determina la liquidación social en la misma forma que la disolución (vid. arts. 11.2 y 12.2.3 de la Primera Directiva). El posible exceso legislativo introducido en el artículo 15.2 del Texto Refundido de la LSA sería controlable (vid. arts. 82.6 de la Constitución; 27.2.b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; y las Sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 1982 y 4 de abril de 1986 y del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1979), tanto por el Tribunal Constitucional como por los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA *op. cit.*, vol. I, pp. 280 y ss.).

(52) Facultades entre las que, normalmente, habrá que entender comprendidas todas aquellas necesarias para establecer las bases de un buen desarrollo de las operaciones sociales, pero no con el ámbito «universal» e ilimitable imperativamente marcado en el artículo 129 del Texto Refundido de la LSA, puesto que con rigor técnico no cabe hablar todavía de actos de la persona-sociedad (aunque ya exista contrato, aún no hay ente jurídico), aunque sí de actos realizados en su interés (por su cuenta) e imputables, en los términos legalmente establecidos, al «colectivo» social, al

otros que hayan sido estipulados en virtud de mandato específico por personas designadas a tal fin por todos los socios (53).

Al mismo planteamiento básico obedece la admisibilidad de la imputación al patrimonio indisponible constituido por las aportaciones de los suscriptores en la fundación sucesiva de «los gastos de notaría, de registro y fiscales que sean imprescindibles para la inscripción» (54), si bien, en este caso, la necesidad de tutelar los intereses de los suscriptores (convocados a través de una «promoción pública» y carentes de los hasta la celebración de la junta constituyente, de toda posibilidad real de ordenar o controlar las actividades de los promotores), aconseja restringir el ámbito de actuación de éstos imputable al común «fondo social» a las «imprescindibles» operaciones apuntadas, sin que quepa ampliar la esfera inicial de actuación en interés social en los términos previstos para la fundación simultánea (55).

En todo caso, el patrimonio de la sociedad en formación se convierte en patrimonio de la persona social tras la inscripción de ésta. La Ley establece que la sociedad queda obligada «por los actos y contratos» de los que respondía previamente la sociedad en formación (56) y que, asimismo, queda obligada por los «actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción» (57), cesando en ambos supuestos la respon-

fondo integrado por el conjunto de las aportaciones de los socios. Se trata, en definitiva, de operaciones sociales «anticipadas»; sometidas, por esa condición especial, a un régimen propio (vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La sociedad en proceso de fundación...*, cit., pp. 194 y ss.; MARTÍNEZ CORTÉS, *La constitución de la sociedad anónima*, cit., pp. 67 y siguientes; GARRIDO DE PALMA, *Génesis de la sociedad anónima...*, cit., p. 95).

(53) Dentro de este último supuesto serían incluibles una serie de actuaciones cuya referibilidad al ente social *in fieri* (vid. ALONSO GARCÍA, *La Sociedad Anónima no inscrita*, cit., p. 81), o a un «colectivo» temporalmente constituido entre los socios podría resultar cuestionable. Pero, a los efectos de comprensión del sistema, cabe prescindir de preocupaciones conceptuales o dogmáticas y señalar tan sólo que la diferencia de imputación que resulta entre este supuesto y el anterior radica en que en aquél se contemplaba la actuación de los administradores conforme al contrato —o la escritura— social, mientras que en éste se considera la actuación de cualesquiera personas facultadas en virtud de mandato específico (no de la atribución de una «representación orgánica»; vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La sociedad en proceso de fundación...*, cit., p. 195, y GARRIDO DE PALMA, *Génesis de la sociedad anónima...*, cit., p. 95) de todos los socios (unanimidad que no es precisa cuando se trata del desarrollo de actuaciones previstas en el contrato social, que se regirán por lo establecido en él y, en su caso, cuando resulten de aplicación, por las reglas establecidas para la sociedad irregular; esto es, las de la sociedad colectiva o la de la sociedad civil —vid. art. 16.2 LSA—), no necesariamente incluido en la

escritura o contrato constitutivo de la sociedad (y no sometido a exigencia formal especial, por lo que serán de aplicación a su respecto las reglas generales contenidas en los arts. 1.278 y 1.280 CC y 51 y 52 CCom).

(54) Vid. artículos 23 y 8.ª del Texto Refundido de la LSA.

(55) Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La sociedad en proceso de fundación...*, cit., p. 199.

(56) Vid. artículo 15.3 del Texto Refundido de la LSA.

(57) La aceptación, ha apuntado la doctrina más autorizada, corresponde en principio al órgano de administración (vid., por todos, GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, pp. 193 y s., y GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, cit., p. 167); pero cuando éste resulta integrado por las mismas personas que celebraron los actos o contratos objeto de la aceptación, o dichos actos o contratos exceden del ámbito normal de las actuaciones desarrollables en la fase fundacional de la sociedad, es aconsejable entender que debe aceptar la Junta General (vid., por todos, GARRIGUES y GIRÓN TENA, *ops. y locs. ult. cit.*; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, pp. 224 y s.; VICENT CHULLIÀ, *La sociedad en constitución...*, cit., página 905; ALONSO GARCÍA, *La Sociedad Anónima no inscrita...*, cit., pp. 95 y s.; MARTÍNEZ CORTÉS, *La constitución de la sociedad anónima*, cit., p. 68).

La aceptación puede ser expresa o manifestarse por actuaciones concluyentes, pero si ha de tener trascendencia registral precisará su constancia escrita y, muchas veces, ser recogida en documento público (vid., por todos, GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, p. 194; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, p. 225; ALONSO GARCÍA, *La Sociedad Anónima no inscrita...*, cit., pp. 96 y ss.).

sabilidad solidaria de los que hayan actuado en nombre de la sociedad (58).

Es claro que nada impide que la sociedad pueda asumir o aceptar fuera del plazo indicado actos y contratos celebrados en su nombre o que, aun sin esta última circunstancia, se hayan celebrado en su interés. En tal caso, sin embargo, no cesará automáticamente la responsabilidad personal inicialmente imputable a sus autores (59).

Como medida final de protección establece la nueva regulación de las sociedades anónimas que, en el caso de resultar inferior tras la inscripción el valor del patrimonio social (comprendiendo en él el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad) a la cifra del capital, los socios estarían obligados a cubrir la diferencia (60). Con esta regla, que quizá encontraría su más apropiado lugar de estudio al considerar las medidas de integración del capital social, se evita que la imputación a la sociedad de las consecuencias económicas de los actos y contratos celebrados durante el período fundacional pueda hacer desaparecer la significación del capital como cifra mínima de aportación efectiva en el momento de nacimiento de la persona jurídica social.

### III. La sociedad anónima irregular

#### 1. Sociedad en formación y sociedad irregular

Como quedó apuntado anteriormente (61), junto a la situación creada por las actuaciones llevadas a cabo en interés de una sociedad en formación cabe plantear la generada con las operaciones desarrolladas por un conjunto de personas o «colectivo» agrupado en virtud de un acuerdo social que no va, en definitiva, a ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil (62).

Este último supuesto, aun cuando no responda a una normalidad jurídica deseable, no puede ser considerado aberrante ni infrecuente. En la práctica resulta muchas veces de la decisión adoptada por un grupo de personas de acogerse a las ventajas organizativas, e incluso de imagen, que presenta el esquema básico de la anónima, pero sin soportar las cargas y los costos (especialmente los de orden fiscal) inherentes a la

Conviene recordar que muchas veces la aceptación puede no resultar enteramente libre, sino venir impuesta —ex art. 1.893 CC— por aplicación de las normas sobre gestión de negocios ajenos (vid. DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, p. 226, y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La sociedad en proceso de fundación...*, cit., pp. 195 y s.).

(58) Respecto de la fundación sucesiva, el artículo 31.2 del Texto Refundido de la LSA establece que «una vez inscrita («constituida», en la redacción dada al art. 30.2, de la LSA por la Ley 19/1989) la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará de los gastos realizados, siempre que su gestión haya sido aprobada por la junta constituyente o que los gastos hayan sido necesarios».

(59) Es la lógica consecuencia de la «ex-temporaneidad» de la aceptación de los actos o contratos por la sociedad (vid. MARTÍNEZ CORTÉS, *La constitución de la sociedad anónima...*, cit., p. 68, y las referencias realizadas, *supra*, nota 33).

(60) Al no resultar legalmente establecida en este caso la regla de la solidaridad, ha de aplicarse la de la mancomunidad. Por consiguiente, conforme prescribe el artículo 1.138 CC, «la deuda se presumirá dividida en tantas partes iguales como deudores haya, reputándose deudas distintas unas de otras».

(61) Vid. apartado II, 1, *in fine*.

(62) Vid. CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, p. 179.

formalización de la compañía constituida. En otras ocasiones responde a la situación planteada en el curso del proceso constitutivo de una sociedad que, al encontrarse con dificultades externas o internas para su normal desarrollo, dilata su conclusión más allá de unos razonables límites máximos y convierte las actuaciones realizadas inicialmente en nombre de la sociedad en actuaciones desarrolladas en interés de un grupo o «colectivo» que no puede ya entenderse destinado efectivamente a cristalizar en la estructura formal de una compañía regularmente constituida y que adquiere, por ello, valor referencial en sí.

Superando la posición dogmática radicalmente contraria a la misma toma en consideración de la actividad llevada a cabo por los conjuntos de personas o «colectivos» agrupados en estas sociedades irregulares (63), el Texto Refundido de la LSA (64) establece, en relación con las situaciones planteables en las sociedades anónimas constituidas «por convenio» (65), una regulación que pretende solucionar problemas reales de la vida del tráfico, reconociendo una determinada validez o eficacia a los acuerdos o pactos sociales; en definitiva, a las sociedades, aun a falta de su inscripción en el Registro Mercantil.

Los supuestos de irregularidad contemplados en esta regulación (66) son:

1.º La existencia de una voluntad «verificada», de no inscribir la sociedad (67).

2.º El transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado (68) su inscripción (69).

(63) Que podría simbolizarse en el resuelto pronunciamiento de GARRIGUES (*vid. Comentario...*, cit., t. I, pp. 159 y ss.).

(64) *Id.* artículo 16.

(65) Es decir, sin acudir a la «promoción pública de la suscripción de acciones» (*vid.* artículos 13 y 19), «procedimiento fundacional en el que la necesidad de establecer una particularmente enérgica protección de los suscriptores ha conducido a consagrar la «indisponibilidad» de las aportaciones de éstos (salvo para cubrir «los gastos de notaría, de registro y fiscales que sean imprescindibles para la inscripción») «hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil» y a atribuir a los suscriptores el derecho de «exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido» (*vid.* arts. 23 y 33); lo que, implícitamente, excluye la posibilidad de la utilización de dichas aportaciones en operaciones que no sean las inmediata y directamente ordenadas al normal desarrollo del proceso de fundación sucesiva.

Sobre la dificultad de concebir la existencia de una sociedad anónima irregular con participación de los suscriptores dentro de un proceso de fundación sucesiva, *vid. infra*, nota 86.

(66) Que, en definitiva, suponen «el incumplimiento de los preceptos sobre forma y publicidad» (*vid.* GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, cit., p. 125) o, si se prefiere, la manifestación de la «voluntad deliberada de los socios de funcionar en el

tráfico como... sociedad sin cumplir con las formalidades constitutivas previstas por la Ley (*vid.* URÍA, *Las sociedades y el Registro Mercantil*, cit., p. 195).

(67) Esta es, evidentemente, una cuestión de hecho que habrá que resolver en cada caso conforme a las circunstancias que en él concurren. Cabe, en principio, pensar que se produciría esta «verificación»: 1) si se diera una declaración de los socios contraria a la culminación del proceso constitutivo (declaración de no querer otorgar escritura pública o de no querer inscribir la sociedad); o 2) si se llevara a efecto un comportamiento manifiestamente incompatible con la culminación del proceso constitutivo (*v. gr.*, no subsanación en plazo hábil de los defectos resultantes de la calificación registral —*vid.* arts. 64, 43 y 65 RRM—; o la no interposición del recurso gubernativo contra la calificación —*vid.* artículos 66 y 69 RRM—; o la no formulación por el recurrente de alzada en caso de mantenimiento de la calificación recurrida —*vid.* art. 71.1 RRM—) o, en todo caso, evidenciador de que la voluntad de los socios no es la de inscribir la sociedad (un supuesto en el que lógicamente cabría interpretar así la voluntad de los socios sería el de que transcurriese un año desde la iniciación de actuaciones a nombre de la sociedad sin que se hubiera ni siquiera otorgado escritura pública de constitución).

(68) Para excluir la aplicación del régimen de la irregularidad basta, en principio,

Ante la producción de una de estas circunstancias, cualquier socio puede instar la disolución de la sociedad (70) y exigir que, tras la oportuna liquidación, le sean restituidas sus aportaciones (lo que implica la aplicación de un régimen esencialmente coincidente —disolución a solicitud de persona legitimada y eficacia *ex nunc*— con el establecido en el art. 35 del Texto Refundido de la LSA respecto de la nulidad y, consiguientemente, representa la adopción de una actitud de respeto sustancial a la orientación marcada en los arts. 11 y 12 de la Primera Directiva) (71).

La publicidad de la disolución plantea un tema de indudable trascendencia práctica, puesto que, conforme establece el artículo 226 del CCom., «la disolución de una compañía de comercio, que proceda de cualquier otra causa que no sea la terminación del plazo por el cual se constituyó, no surtirá efecto en perjuicio de tercero hasta que se anote en el Registro Mercantil». Por consiguiente, cuando se trate de una sociedad anónima irregular que por su objeto deba reputarse mercantil (72), sociedad a la que resultan aplicables las normas de la compañía colectiva, habrá que proceder a la inscripción de la disolución social (para lo que resulta preciso, con carácter previo (73), proceder a la inscripción de la constitución de la compañía (74), si se quiere asegurar su eficacia frente a terceros.

La regulación del fenómeno de la irregularidad en la nueva normativa de la sociedad anónima supone el reconocimiento legal de la posibilidad de la existencia de esta sociedad antes de su inscripción registral (si bien deja abierto el tema del sustrato mínimo en el que ha de des-

la presentación en el Registro Mercantil de la solicitud de inscripción de la sociedad, aunque en ella se aprecien defectos en la calificación registral —*vid.* arts. 6 y 58 y ss. del RRM— (*vid.* GARRIDO DE PALMA, *Génesis de la sociedad anónima...*, cit., p. 97). La falta de subsanación —*vid.* art. 64 RRM— no está contemplada en la norma como indicio inequívoco de la voluntad de no inscribir; pero, si así resultara de una lógica valoración de las circunstancias del caso (*vid.* nota anterior), podría dar lugar a que se estimase verificada tal voluntad.

(69) Con la fijación de este plazo se quiere cerrar la posibilidad del «mantenimiento indefinido de una situación judicial que en principio debía ser sólo transitoria» (*vid.* URÍA, *Las sociedades y el Registro Mercantil*, cit., p. 194).

(70) Tanto si no se hubieran llevado a cabo operaciones propias del giro «social» como si se hubiese iniciado el desarrollo de este tráfico (supuesto en el que, en lugar del término «sociedad en formación» —que aparece en el texto del artículo 16.1 del Texto Refundido de la LSA—, resultaría preferible utilizar el de «sociedad irregular» —que se consagra en el epígrafe del artículo 16, incluido por el Gobierno en el Texto Refundido al amparo de la autorización concedida al efecto en la DF 1.º, 2, de la Ley 19/1989—).

(71) Así, aunque formalmente se introduce una variación sobre el esquema tra-

zado en la Primera Directiva, sustancialmente se acoge la solución que ésta impone. El camino escogido por la Ley española para la adaptación de la normativa comunitaria coincide en sus grandes líneas con el seguido en el Derecho alemán, puesto que, al igual que en éste, se ha entendido que el considerar como causa de nulidad la falta de escritura o de inscripción introduciría un factor de distorsión en la lógica de un sistema normativo que impone, para la regular constitución de la sociedad anónima, un esquema de publicidad legal basado en la escritura pública y en la inscripción precedida de la calificación del registrador (*vid.* EIZAGUIRRE, «La sociedad nula», en el vol. *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, cit., pp. 292 y ss., y 342 y ss.; DE LA CÁMARA, *Fundación...*, cit., pp. 70 y siguientes; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La sociedad en proceso de fundación...*, cit., pp. 205 y siguientes).

(72) En el caso de la sociedad anónima irregular «civil por su objeto» (*vid.* artículos 16.2 del Texto Refundido de la LSA y 1.670 del CC) no está exigido el reflejo registral de la disolución.

(73) *Id.* artículos 11 y 94.1 del RRM.

(74) Para la práctica de esta inscripción cabría seguir un criterio análogo al establecido en el artículo 286.2 del RRM respecto de la inscripción de la suspensión de pagos o la quiebra de una sociedad irregular.

cansar dicha existencia: contrato solemnizado en escritura pública (75) o contrato no formal (76), recogido en documento privado, pacto verbal o acuerdo tácito) y, como consecuencia lógica de este punto de partida, la consideración como «patrimonio común» del formado por las aportaciones de los socios y la exigencia de que, tras haber sido adoptado el acuerdo social o judicial de disolución, se abra un proceso de liquidación para que aquéllas puedan ser restituidas a los aportantes.

Hasta que se produzca la disolución de la sociedad, ésta puede estar desarrollando, o haber desarrollado, operaciones que, de acuerdo con el punto básico de partida admitido por la Ley, han de calificarse de sociales. En tal situación, la nueva normativa, coincidiendo con un planteamiento de principio de la doctrina tradicional (77), excluye que pueda acogerse al régimen jurídico propio y específico de las sociedades anónimas (puesto que de ello resultaría la extensión del beneficio extraordinario de la limitación de la responsabilidad de los socios a situaciones en las que no se habrían satisfecho exigencias imperativamente impuestas para tutelar los legítimos intereses de los terceros) la sociedad irregular. Pero, al mismo tiempo, separándose de los planteamientos más rígidos y extremos (78), considera que es necesario someter esta sociedad a regulación, y a regulación acorde con su consideración legal básica.

De acuerdo con dichas ideas, la nueva regulación (79) declara aplicables (80) a las sociedades anónimas irregulares actuantes en el tráfico las normas de la sociedad colectiva, que adquiere así un valor referencial como tipo básico o residual en la tipología de las sociedades mercantiles, o de la sociedad civil (81), normativas que deben entenderse respectiva-

(75) Como parecería exigir el texto literal de los artículos 15.2 y 16.1 del Texto Refundido de la LSA, acordes con la concepción de la exigencia legal de escritura como imposición formal *ad substantiam* (concepción defendida bajo la vigencia de la LSA de 1951 por DE LA CÁMARA —*vid. Estudios...*, cit., vol. I, pp. 208 y ss., nota 37—, quien entendía que antes del otorgamiento de escritura no podía considerarse constituida la sociedad anónima; sólo existiría, a lo sumo, un compromiso preliminar de constituir una sociedad irregular «atípica» —no anónima—, que no quedaría sometida al régimen establecido para las sociedades anónimas «en formación» o «irregulares», sino a la regulación contenida en los arts. 116, 117, 120 y 121 del CCom.)

(76) Como seguramente podría sostenerse que admite el texto literal de la redacción dada al artículo 13.2 de la LSA por la Ley 19/1989 (*rectificado*) en el art. 15.2 del Texto Refundido de la LSA en ejercicio, quizás excesivo —*v. supra*, nota 51—, de la autorización concedida por la DF 1.º de la Ley «de reforma y adaptación».

(77) *Id.*, por todos, GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. I, pp. 161 y ss.; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, cit., páginas 161 y ss., y *Derecho de Sociedades*, cit., t. I, pp. 250 y ss.; RUBIO, *Curso...*, cit., páginas 204 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., vol. I, pp. 200 y ss.; SUÁREZ LLANOS, *Sociedad anónima en formación...*, cit., páginas 686 y ss.

(78) De los que constituye la más autorizada manifestación el pensamiento de GARRIGUES (*vid. op. y loc. cit.* en la nota anterior).

(79) *Id.* artículo 16.2 del Texto Refundido de la LSA.

(80) Regla o principio de *conversión* que había encontrado, bajo el imperio de la normativa del CCom, su más autorizado defensor en GIRÓN TENA (*vid. Las sociedades irregulares*, cit., pp. 188 y ss., y *Derecho de Sociedades*, cit., t. I, pp. 250 y ss. —*vid. asimismo*, URÍA, *Las sociedades y el Registro Mercantil*, cit., pp. 203 y s.).

(81) Las invocadas normas de la sociedad colectiva o la sociedad civil: a) Sólo serán aplicables cuando concurren en el supuesto contemplado las hipótesis básicas que determinan la existencia del fenómeno de la irregularidad: 1) actuación «social» en el tráfico y 2) verificación de la voluntad de no inscribir o transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción. b) Se aplicarán tanto si la sociedad irregular va a disolverse como si va a permanecer actuando en el tráfico. c) Se aplicarán a todas las operaciones realizadas desde el momento en que pueda considerarse verificada la voluntad de no inscribir o, en todo caso,

mente invocadas (82) según sea mercantil o civil el objeto de la sociedad a la que han de extenderse (83).

A estas normas se somete, desde luego, la actuación desarrollada por la sociedad irregular en el tráfico. Pero también las relaciones sociales internas (84). En este último sentido cobra particular interés la incidencia que, sobre la facultad atribuida a los socios para instar la disolución de la sociedad, ha de reconocerse a las reglas contenidas en los Códigos civil y de comercio (85) para salvaguardar los intereses sociales frente a la exigencia de mala fe del socio que, con la disolución, pretendiese obtener en provecho particular un beneficio que, de subsistir la compañía, sería común (86).

otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción.

(82) Recurriendo, en sustitución del criterio definidor de la condición mercantil o civil de la sociedad basado en la forma-tipo elegida por las partes (que apuntaban los artículos 116 y 122 del CCom. —*vid.* GARRIGUES, *Tratado...*, cit., t. I, vol. 1, p. 382, y GIRÓN TENA, «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español», en el vol. *Estudios de Derecho mercantil*, cit., pp. 89 y ss. y 96 y ss.— y consagraron como regla absoluta el art. 3 de la LSA de 1951 y el art. 3, párrafo 2.º, de la LSRL de 1953), al criterio sustancial derivado del carácter civil o mercantil del «objeto» o actividad social, que se apunta en los artículos 1.670 del CC y 116, 117 y 123 —entre otros— del CCom. (*vid.* GARRIDO DE PALMA, *Génesis de la sociedad anónima...*, cit., p. 97).

(83) La aplicación de las reglas invocadas puede plantear algunos problemas en la práctica, sobre todo en el caso, que será el más frecuente, de la entrada en juego de las normas de la sociedad colectiva: La compañía casi nunca girará bajo una «razón social», construida siguiendo alguna de las fórmulas impuestas por el artículo 126 del CCom., sino que utilizará generalmente una «denominación» análoga a la de cualquier sociedad anónima; la estructura de su administración se separará ordinariamente del esquema trazado en los arts. 129 y 130 del CCom., y, muy frecuentemente, se confiará a Consejos de Administración; no se tendrán demasiado presentes las normas sobre incompatibilidades establecidas en los artículos 136 y 137 CCom.; la transmisión de las cuotas de socio, inexcusable en algunos supuestos (*v. gr.*, en los de transmisión *mortis causa*) pese a la disposición general del artículo 62 del Texto Refundido de la LSA, se operará en la práctica al margen del artículo 143 del CCom. (tal vez amparándose en la «puerta abierta» ofrecida por el art. 1.696 CC); ignorando el precepto del artículo 222.1, del CCom., no se considerará casi nunca causa de disolución la muerte de uno de los socios; ... Sobre todos o algunos de estos extremos, en la realidad del tráfico las sociedades irregulares adaptarán a sus necesidades o conveniencias específicas las normas del CCom.,

de las que únicamente habrá que entender de inexcusable respeto en todo caso las de carácter imperativo sobre asunción de obligaciones e imputación de responsabilidades frente a terceros (reglas básicas caracterizadoras del régimen esencial de la sociedad colectiva —*vid.* GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, cit., t. I, p. 66— que, fuera de ellas, «carece de una identidad jurídica como esquema contractual» o de «una tipología cogente» —*vid.* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, p. 441—). Claro es que dicha adaptación sólo será mantenible mientras coincida en ella la voluntad conforme de todos los socios, pues cualquiera de éstos podrá provocar en todo momento la disolución de la sociedad irregular, que queda así situada en una posición tan poco firme como la compañía colectiva o comandataria constituida por tiempo indefinido (*vid.* artículo 224 CCom.).

(84) Aun teniendo presentes los problemas apuntados en la nota anterior, debe rechazarse una interpretación que reduzca al ámbito de la responsabilidad y de las relaciones externas la remisión normativa establecida en el artículo 16.2 del Texto Refundido de la LSA; el precepto invocado no sólo introduce un mecanismo de protección de los terceros, sino que establece una completa regulación de la sociedad, en la que encuentran amparo los intereses legítimos de los socios.

(85) *Id.* artículos 1.705 y 1.706 CC y 224 CCom.

(86) La posición especial correspondiente a los suscriptores hace muy difícil que se pueda configurar en conexión con un proceso de fundación sucesiva una sociedad anónima irregular, que como tal desarrolle una actuación en el tráfico (*vid.*, en este sentido, DE LA CÁMARA, *Estudios...*, cit., volumen I, p. 207, nota 37). El fondo común integrado por las aportaciones de los suscriptores es indisponible «hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil», con la irrelevante excepción (a los efectos de la posibilidad de efectuar operaciones propias del giro social) de los gastos imprescindibles para la inscripción (*vid.* artículo 23 del Texto Refundido de la LSA). La responsabilidad de los promotores sólo se contempla respecto de las obligaciones

La, sin duda, dogmática y funcionalmente correcta consideración de la disolución como institución que sólo opera, por causa de irregularidad en la constitución, a iniciativa de los socios, hace posible el mantenimiento estable o duradero de la actividad de la sociedad irregular e, incluso, la «salida» de la irregularidad con la conclusión formal del proceso fundacional de la sociedad anónima. Ello puede producirse fácilmente si, por llegar los socios a adquirir la voluntad de inscribir la sociedad, o por superar las dificultades que hayan podido dilatar el espacio de tiempo normal para hacerlo, efectúan finalmente, aun transcurrido más de un año desde el otorgamiento de la escritura social, la preceptiva inscripción de ésta en el Registro Mercantil.

La Ley prevé expresamente la hipótesis de dicha inscripción, pero excluye la aplicación, en caso de que se produzca, de las reglas dictadas respecto de los efectos sobre los actos y contratos de la sociedad en formación (87). Ello supone que la sociedad inscrita no quedará directamente vinculada por las actuaciones desarrolladas en la fase de irregularidad, ni aun por los actos y contratos indispensables para la inscripción (88), y que los socios, administradores y representantes no se liberarán de su responsabilidad solidaria por lo actuado en virtud de la inscripción o de la aceptación por parte de la sociedad de las operaciones realizadas (89).

asumidas con la finalidad de constituir la sociedad (*vid.* art. 31.1). Y los suscriptores están excluidos de toda responsabilidad que no derive de dolo o culpa (*vid.* art. 31.3). Únicamente cabría, en hipótesis extrema, considerar el supuesto de actuación de una sociedad irregular formada por todos o algunos de los promotores y, en su caso, algunos suscriptores, si bien la intervención de estos últimos no podría entenderse producida en su condición de tales suscriptores, sino como interesados a otro título. La sociedad irregular en cuestión no sería, en todo caso, la sociedad anónima en proceso de fundación sucesiva, sino otra sociedad distinta, creada por y entre los socios conformes con su actuación.

(87) *Vid.* artículos 16.2, *in fine*, y 15.3, del Texto Refundido de la LSA.

(88) Solución extrema, que quizá pueda merecer alguna crítica.

(89) El Texto Refundido de la LSA ha querido solucionar un grave problema que, posiblemente por un error introducido en el curso del proceso de elaboración de la norma, se plantea en la redacción dada a los artículos 14 y 13 de la LSA por la Ley 19/1989.

Dicha redacción incluye en el apartado tercero del artículo 13, declarado inaplicable en caso de inscripción de la sociedad irregular, tanto el régimen correspondiente a los actos y contratos de la sociedad en formación como la obligación de los socios de reintegrar el capital de la compañía en caso de que el patrimonio social existente en el momento de la inscripción resulte inferior a su cifra nominal.

La regulación así establecida carece, evidentemente, de lógica (puesto que la obli-

gación de reintegrar el capital social precisamente cobra especial sentido y valor tuitivo en la hipótesis de que haya transcurrido un plazo significativo entre el otorgamiento de la escritura social y su inscripción y se hayan producido, durante dicho plazo, actuaciones «sociales» en el tráfico). Y su posible interpretación «correctora» podría invocar el criterio finalista de la hermenéutica jurídica, consagrado en el artículo 3.1 del CC, así como la existencia de una evidente «errata» tipográfica en la inclusión de la regla de la reintegración dentro del texto del apartado tercero del artículo 13 publicado en el BOE (de 27 de julio de 1989).

El Texto Refundido de la LSA salva el problema al incluir en un nuevo apartado cuarto del artículo 15 la obligación de reintegrar el capital social; obligación que queda así no comprendida en la regla de inaplicabilidad formulada en el artículo 16.2. Esta técnica, que cabría en principio considerar legitimada por la amplitud de la autorización otorgada para la elaboración del Texto Refundido (puesto que tal autorización permite, expresamente, «regularizar, aclarar y armonizar los textos legales», y «adaptar las referencias» de unos artículos a otros, «numerar los párrafos o apartados», «fraccionar los artículos y alterar el orden de sus párrafos o apartados» —*vid.* DF 1.ª, 1, 2 y 3—), no deja de plantear dudas sobre su corrección, ya que, en definitiva, mediante ella se ha dado lugar a la modificación (y no a la simple «regularización, aclaración o armonización», límites máximos de la «autorización para refundir textos legales», conforme a la Constitución

## 2. Fondo o patrimonio de afectación

La nueva regulación de las sociedades anónimas afirma expresamente la existencia en la sociedad irregular de un patrimonio «social» o «común» (90), integrado por las aportaciones de los socios, que constituye, como en toda sociedad (91), el sustrato o soporte objetivo que sirve de base a las operaciones de la compañía.

Al someter a las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil la regulación de las sociedades anónimas irregulares, se afirma claramente la existencia en éstas de una específica autonomía patrimonial, sustentada en la individualización del fondo o patrimonio social, que ha de considerarse especialmente afecto a las responsabilidades derivadas de las operaciones del giro o tráfico de la compañía (92).

En este sentido, la sociedad irregular, pese a que debe considerarse carente de personalidad (en cuanto que, por definición, no está inscrita, y es la inscripción la que hace adquirir a la sociedad anónima su personalidad jurídica) (93), constituye sin duda un centro de imputación de relaciones patrimoniales (94), sin que puedan apreciarse diferencias significativas entre su situación sustancial o material ante el Derecho y la situación de las sociedades colectivas o civiles, éstas sí personificadas, a cuyo régimen se somete (95).

## 3. La responsabilidad de los socios

La existencia de un patrimonio común o social, como fondo afectado a la garantía de la responsabilidad asumida frente a terceros por las operaciones sociales, representa en las sociedades anónimas regularmente constituidas el principal mecanismo establecido para la tutela de los terceros, puesto que ante éstos no responden personalmente los socios de las deudas sociales (96).

La irregularidad producida en el proceso de constitución por la falta final de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, aunque no determina la inexistencia de un patrimonio común afecto a la responsabilidad derivada de las operaciones sociales, introduce evidentemente un factor de relativización en la virtualidad o alcance de la cobertura obje-

—*vid.* art. 82.5—) de un precepto aprobado por las Cortes Generales.

(90) *Vid.* artículos 16.1 del Texto Refundido de la LSA, y 14 de la redacción dada a la LSA por la Ley 19/1989.

(91) *Vid.* artículos 1.665 CC y 116 CCom.

(92) *Vid.* artículos 235, 135 y 139 CCom., y 1.681, 1.682 y 1.699 CC.

(93) *Vid.* artículo 7.1 del Texto Refundido de la LSA.

(94) Presenta, acudiendo a una expresión utilizada por GIRÓN TENA (*vid. Derecho de Sociedades*, cit., t. I, pp. 168 y ss.), un inicial o incipiente «grado de subjetivización».

(95) Encuentra aquí expresión clara la relatividad con que debe acogerse el concepto o idea de la personalidad jurídica; relatividad, por lo demás, ya manifestada en otros Ordenamientos, como el alemán o

el italiano, que han reservado el reconocimiento de la personalidad jurídica plena a ciertos tipos sociales —*v. gr.*, las sociedades anónimas, las comanditarias por acciones, las de responsabilidad limitada o las cooperativas— y han atribuido sólo una funcional autonomía patrimonial a otros —*v. gr.*, las sociedades personalistas— (*vid.* GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, cit., t. I, pp. 157 y ss.; GARRIGUES, *Teoría general de las sociedades mercantiles*, cit., p. 522; FRE, *Società per azioni*, 5.ª ed., Bologna, 1982, páginas 91 y ss.; COSTI, *Società in accomandita per azioni*, Bologna, 1973, p. 126; SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, 3.ª ed., Bologna, 1984, p. 13; HUECK, *Gesellschaftsrecht*, 18.ª ed., München, 1983, pp. 7 y ss.).

(96) *Vid.* artículo 1 LSA.

tiva ofrecida, y, al mismo tiempo, al eliminar la posibilidad normal de funcionamiento de los mecanismos lógicos y jurídicos que justifican el extraordinario privilegio de la limitación o exclusión de la responsabilidad personal de los socios, hace coherente la extensión a éstos de la responsabilidad derivada de las operaciones desarrolladas por la sociedad irregular.

En tal sentido, la aplicación de las normas de la sociedad colectiva (97) conduce a que todos los socios de la compañía irregular, hayan o no actuado en nombre de la misma, y cualquiera que sea su participación o posición en la sociedad, respondan personal, ilimitada y solidariamente entre sí por las resultas de las operaciones sociales; si bien esta responsabilidad sólo podrá ser exigida previa excusión del patrimonio común (98).

El régimen consiguiente a la aplicación de las normas de la sociedad civil (aun cuando, en algunos extremos, ofrece menos precisión y fijeza) responde esencialmente al mismo esquema, puesto que (99) convierte a los socios en personal e ilimitadamente (aunque no con carácter solidario entre sí) responsables de las deudas de la sociedad, si bien resulta cuestionable el carácter de esta responsabilidad (de primero o de segundo grado) en relación con la que corresponde al patrimonio común o «fondo social» (100).

(97) Vid. artículo 16.2 del Texto Refundido de la LSA.

(98) Vid. artículos 127 y 237 CCom.

(99) Vid. artículos 1.698 y 1.699 CC.

(100) Vid., por todos, CAPILLA RONCERO, *Artículos 1.665 a 1.708 del Código civil*, cit., pp. 546 y ss., y *La sociedad civil*, Zaragoza, 1984, pp. 304 y ss.