

Fundamentación jurídica y evolución diacrónica de la responsabilidad de los que actúan en nombre de una sociedad de capital antes de su constitución*

MAURICIO TRONCOSO

Profesor titular de Derecho mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto estudiar el fundamento de la responsabilidad de las personas que actúan en nombre de una sociedad de capital antes de que la misma se constituya, así como la incidencia que sobre la misma tiene la constitución de la sociedad y su posterior inscripción, teniendo en cuenta los Derechos alemán, francés y español.

PALABRAS CLAVE

Actuantes, sociedad prefundacional, sociedad en formación.

Legal basis and diachronic evolution of the liability of those acting in the name of a company prior to its formation

ABSTRACT

The aim of this paper is to study the legal basis of the liability of the persons acting in the name of a company before it is formed, as well as the impact of the formation of the company and its subsequent registration, taking into account German, French and Spanish law.

* Este trabajo está destinado al libro homenaje al Prof. Ángel Rojo. El mismo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación «Gobierno corporativo: el papel de los socios III» (PID2022-138664NB-C21) (A. Perdices Huetos; y, B. Bago Oria (dir)).

KEYWORDS

Acting person, pre-formation company, company in formation.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La responsabilidad antes de la constitución de la sociedad. 1. Regla general. 1.1 Derechos alemán y español. 1.2 Derecho francés. 2. Excepciones.–III. La responsabilidad en la etapa entre la constitución de la sociedad y su inscripción. 1. Regla general. 1.1 Derechos alemán y español. 1.2 Derecho francés. 2. La situación en Derecho alemán y español: la excepción a la regla. 2.1 Cuestiones que plantea la ratificación. 3. La situación en Derecho francés: consecuencias de la celebración del contrato de sociedad.–IV. La responsabilidad después de la inscripción. 1. Primer escenario: que la sociedad inscrita haga suyos los actos realizados por los actuantes (precontractuales). 2. Segundo escenario: que la sociedad inscrita no haga suyos los actos realizados por los actuantes (precontractuales).–V. Conclusión.–Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo realiza un estudio diacrónico de la responsabilidad de los que actúan en nombre de una sociedad de capital antes su constitución, comenzando por el momento en el que esta responsabilidad surge, i.e antes de la celebración del contrato de sociedad (sub II), para pasar luego a analizar su evolución tras la constitución de la misma (sub III) y su posterior inscripción (sub IV).

El objetivo del mismo es contrastar las soluciones del ordenamiento español con las de otros países de nuestro entorno. La elección de los ordenamientos a comparar obedece, no solo a su importancia, sino sobre todo al hecho de que los mismos son ejemplos paradigmáticos de los dos modelos de formación de la sociedad de capital que tradicionalmente se han distinguido en Europa: el modelo societario, caso del ordenamiento alemán, y el modelo obligacional, caso del ordenamiento francés.

Por último, indicar que el trabajo se centra exclusivamente en la responsabilidad civil de los que actúan en nombre de la sociedad antes de su constitución, dejando de lado otras posibles responsabilidades, como la administrativa o la penal.

II. LA RESPONSABILIDAD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

1. REGLA GENERAL

La responsabilidad por los actos realizados en nombre de una sociedad de capital antes de que la misma se constituya recae nor-

malmente en aquellas personas que hayan celebrado dichos actos [a las que vamos a denominar «actuales (precontractuales)», para diferenciarlas de aquellas personas que actúan en nombre de la sociedad durante el periodo que va desde la celebración del contrato de sociedad –constitución de la sociedad– hasta su inscripción, que son a los que normalmente la literatura se refiere bajo el término «actuales»/«*Handelnden*» y a las que nos referiremos con el nombre de «actuales (postcontractuales)»].

1.1 Derechos alemán y español

En los ordenamientos alemán y español esta regla se deduce de las reglas comunes en materia de responsabilidad. Así, dado que en estos casos esta persona estaría actuando en nombre de una futura sociedad (o, en su caso, de una futura *sociedad en formación/Vorgesellschaft*¹) estaríamos ante un supuesto de *falsus procurator* (i.e. de actuación en nombre de una persona sin tener poder para ello, puesto que el representado –la sociedad– aún no existe y por tanto no ha podido otorgar ningún poder), lo que generaría su responsabilidad de acuerdo con las reglas comunes (v. por ejemplo en Derecho alemán el §179 BGB o en Derecho español el art. 1259 Cc en conexión con el art. 1902 Cc).

Con todo, es necesario indicar que en Derecho español no toda la doctrina ha aceptado esta fundamentación², sino que parte de ella lo ha fundamentado en aplicar la regla de la responsabilidad de los actuales cuando existe una *sociedad en formación* (los actuales (postcontractuales) a los que se refiere el art. 36 LSC, también a la etapa en la que esta sociedad aún no existe³).

Esta polémica también se ha dado en Derecho alemán, puesto que los §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG indican que por los actos realizados en nombre de la sociedad antes de la inscripción

¹ Como comentaremos más adelante (*vid. infra* III.), utilizamos el término *sociedad en formación/Vorgesellschaft* para referirnos a la sociedad dotada de personalidad jurídica que surge en algunos ordenamientos (en concreto aquellos que siguen el llamado «modelo societario» de formación de la sociedad como Alemania o España) como consecuencia del otorgamiento de la escritura pública (i.e. la celebración del contrato de sociedad).

² *Vid.* sin embargo a favor de la aplicación de las reglas comunes y, en concreto del artículo 1259 Cc, SÁEZ LACAVE, 2001, p. 79 y CABANAS, *CDC*, 2017, pp. 170 y 175. Recientemente se manifiesta en contra de la aplicación del artículo 36 LSC a la sociedad prefundacional y a favor del empleo del artículo 1259 Cc MUÑOZ PAREDES, 2023, pp. 67-68.

³ *Vid.* por ejemplo SELVA SÁNCHEZ, 1992, p. 414. En el mismo sentido VIGUERA, *RdS*, 1998, 10, p. 59. Puede verse una referencia a este debate en SÁEZ LACAVE, 2001, pp. 310-311.

Acerca del ámbito de aplicación del artículo 36 LSC, puede verse nuestro trabajo «¿Cuál es el ámbito de aplicación del art. 36 LSC (Sobre el concepto de actuante en la sociedad en formación)», *RdS*, 2023, 68, pp. 225-233.

ción responden los que hubieran actuado⁴, con lo que al no efectuar ningún tipo de distinción se puede considerar, y así se hizo durante algún tiempo, que estos preceptos resultan de aplicación tanto a la etapa anterior a la constitución de la sociedad, como al periodo entre la constitución de la sociedad y su posterior inscripción⁵. Sin embargo, hoy en día se entiende mayoritariamente que estas normas no son de aplicación en el *Vorgründungsstadium* (etapa prefundacional)⁶, sino que solo lo son con relación a la *Vorgesellschaft* (sociedad en formación)⁷, de manera que la responsabilidad de los actuantes (precontractuales) en Derecho alemán también se fundamentaría en las reglas comunes (§179 BGB), al menos cuando no exista una *Vorgründungsgesellschaft* (sociedad prefundacional)⁸.

Debe indicarse, no obstante, que la posición de la doctrina alemana es más compleja que la de la doctrina española, puesto que con respecto a la cuestión de la responsabilidad de los actuantes

⁴ §11 Abs. 2 GmbHG: «Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.» («Si se ha actuado en nombre de la sociedad antes de la inscripción, los actuantes responden personal y solidariamente»).

§41 Abs. 1 AktG: «Vor der Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht. Wer vor der Eintragung der Gesellschaft in ihrem Namen handelt, haftet persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.» («Antes de la inscripción en el registro mercantil no existe la sociedad anónima como tal. Quien actúe en nombre de la sociedad antes de su inscripción responderá personalmente; si actúa más de una persona, responderán solidariamente»).

⁵ *Vid.* en este sentido más recientemente, por ejemplo, KIESSLING, 1999, pp. 382-383, 391-392 y 393. Para una referencia a esta evolución, *vid.* por ejemplo ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 131.

⁶ Así, la mayoría de la doctrina alemana considera que los §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG

(a) bien no son de aplicación cuando existe una *Vorgründungsgesellschaft* (sociedad prefundacional) *vid.* por ejemplo PENTZ, 2019, §41, Rn. 20; ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 30; SERVATIUS, 2022, §11, Rn. 50;

(b) bien consideran que no son de aplicación, en general, en el *Vorgründungsstadium* (etapa prefundacional), *vid.* por ejemplo HEINZE, 2022, §2, Rn. 226; FASTRICH, 2019, §11, Rn. 50; ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 30, 131; PRIESTER, 2018, §15, Rn. 40; RAFF, 2022, §2, Rn. 132; SCHMIDT, *GmbH-Rdsch.*, 1982, 1, p. 8; SCHMIDT, 2016, §41, Rn. 35. *Vid.* no obstante también SCHMIDT, 2018, §11, donde se muestra un tanto contradictorio, puesto que por una parte mantiene (Rn. 18) «wurde aber im Vorgründungsstadium schon “im Namen der Gesellschaft” gehandelt, so muss zunächst gefragt werden, ob der für die Gründer Handelnde als Vertreter der künftigen Vor-GmbH und GmbH (*dann § 11 GmbHG*)» (cursiva nuestra) («Si, por el contrario, ya se ha actuado “en nombre de la sociedad” en la etapa prefundacional, habrá que preguntarse en primer lugar si la persona que actúa para los fundadores lo hace como representante de la futura pre-GmbH y GmbH (entonces §11 GmbHG)», mientras que posteriormente afirma (Rn. 24) «Es gibt im Vorgründungsstadium keine Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2. («en la etapa prefundacional no existe una responsabilidad de los actuantes según el §11 (2)»).

⁷ *Vid.* por todos, ULMER y HABERSACK, 2019, §11 Rn. 126.

⁸ Llamamos sociedad prefundacional (*Vorgründungsgesellschaft*) a la sociedad dotada de personalidad jurídica que en algunos ordenamientos como el alemán o el español puede nacer como consecuencia de que se celebre un contrato de sociedad antes de que se constituya la sociedad de capital.

(precontractuales), cuando actúan en nombre de una futura sociedad en formación o sociedad inscrita, la misma distingue entre diferentes escenarios (no siendo éstos del todo concordantes entre los diversos autores), escenarios que fundamentalmente podemos delimitar en función de si existe, o no, una sociedad prefundacional y de si se ha dado, o no, a conocer a la contraparte que (aún) no existe la sociedad en formación o la sociedad inscrita.

(a) Así, de un lado, en el caso de que exista una sociedad prefundacional y se actúe en nombre de una sociedad en formación o sociedad inscrita, se mantiene que, «en aplicación de los principios de los negocios empresariales es la sociedad prefundacional, como verdadero titular (de la empresa), la que tiene derechos y queda obligada»⁹, por tanto, la que responde, sin que aparentemente lo sea en estos supuestos el actuante (precontractual) [aunque los autores alemanes no suelen explicitarlo, debe igualmente entenderse que los mismos parecen tácitamente partir de la asunción de que en estos casos estaríamos ante supuestos en los cuales los actuantes (precontractuales) estarían actuando con poder de la sociedad prefundacional¹⁰].

Ciertamente, algunos autores delimitan la responsabilidad de la sociedad prefundacional circunscribiéndola, bien a los casos en los que no se indica que la sociedad en formación (o la sociedad inscrita) no existe todavía¹¹, bien con respecto a aquéllos otros en los que, incluso aunque esto se indique, de la interpretación del contrato se deduce que el mismo no está sujeto a condición suspensiva¹².

La mayoría de los autores, sin embargo, se limitan a hacer referencia a que la sociedad prefundacional responde, aunque se haya actuado en nombre de una futura sociedad en formación o sociedad inscrita, pero guardan silencio acerca de si la existencia de esta responsabilidad depende o no de que no se diga nada acerca de la no existencia de la sociedad en formación o la sociedad inscrita¹³.

⁹ Cfr. por todos WÖSTMANN, 2022, §11, Rn. 7: «Die Vorgründungsgesellschaft ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder, wenn bereits ein Handelsgeschäft betrieben wird, eine offene Handelsgesellschaft. Da sie weder mit der späteren GmbH noch mit der Vor-GmbH identisch ist, werden im Allgemeinen weder die künftige GmbH noch die Vor-GmbH Vertragspartnerin, wenn die Gründer vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags für eine «GmbH» oder «GmbH in Gründung/i. Gr» handeln; vielmehr wird hierdurch nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts die Vorgründungsgesellschaft als wahrer Rechtsträger berechtigt und verpflichtet.» («La sociedad prefundacional es una sociedad civil o, si se ejerce ya una actividad comercial, una sociedad colectiva. Dado que no es idéntica, ni a la posterior GmbH, ni a la sociedad en formación, ni la futura GmbH ni la sociedad en formación se convierten generalmente en parte contratante, si los fundadores actúan en nombre de una «GmbH» o «GmbH en formación/i. Gr»; más bien, en aplicación de los principios de los negocios empresariales es la sociedad prefundacional, como verdadero titular (de la empresa), la que tiene derechos y queda obligada»).

¹⁰ Con todo, parecen aludir a esta cuestión, PENTZ, 2019, §41 Rn. 20; ALTMEPPE, 2023, §11, Rn 9.

¹¹ Cfr. FASTRICH, 2019, §11, Rn. 36; SERVATIUS, 2022, §11, Rn. 36.

¹² Cfr. FASTRICH, 2019, §11, Rn. 36, *in fine*.

¹³ *Vid.* en esta línea, BLATH, 2023, §11 Rn 28; HEINZE, 2022, §2, Rn. 262 (refiriéndose a la responsabilidad de los socios de la sociedad prefundacional, lo que a su vez

(b) De otro lado, el hecho de que la doctrina alemana considere que la sociedad prefundacional es responsable en estos supuestos, no resulta óbice para que los autores también afirmen con carácter general que en el caso de que el actuante (precontractual) actúe sin poder (en nombre de la sociedad en formación o de la sociedad inscrita) respondería como falsus procurator en aplicación del §179 BGB¹⁴ [ciertamente, esta regla no la consideran de aplicación en el supuesto sub (a), probablemente porque entiendan que, en el caso de que exista una sociedad prefundacional y se sea apoderado de la misma, no estamos en presencia de un falsus procurator, a pesar de que no se actúe en nombre de la sociedad prefundacional, sino de una sociedad en formación o sociedad inscrita (todavía) no existente].

Con todo, algún autor parece referir la aplicación del §179 BGB a aquellos casos en los que no exista una sociedad prefundacional¹⁵, de forma que es cuando no se hace indicación de que la sociedad en formación o inscrita no existe aún¹⁶ cuando el actuante responde en aplicación del §179 BGB como falsus procurator¹⁷, pero que si manifiesta que la sociedad en formación o inscrita no existe aún, entonces debe entenderse que el contrato queda sujeto a condición suspensiva y el actuante (precontractual) no responde¹⁸.

1.2 Derecho francés

En Derecho francés, por el contrario, la fundamentación de la responsabilidad de los actuantes (tanto precontractuales, como postcontractuales), va a depender del concepto en el que hayan actuado.

La posición de la jurisprudencia francesa, acerca de que la fundamentación de la responsabilidad de los actuantes (tanto precontractuales, como postcontractuales) depende del concepto en el que hayan actuado, choca con el planteamiento mantenido por otros ordenamientos, donde esto no tiene relevancia; esto es, por lo que a nosotros nos interesa ahora aquí, la fundamentación de la responsabilidad del actuante (precontractual) es la misma, tanto si ha actuado en nombre de una (presunta, pero todavía no existente)

implica, que existe una sociedad prefundacional); PRIESTER, 2018, §15, Rn. 37; PENTZ, 2019, §41, Rn. 20; WÖSTMANN, 2022, §11, Rn. 7; MERKT, 2022 §11, Rn. 115; ALTMEPPEL, 2023, §11, Rn 9. Parecen moverse también en esta misma línea ULMER y HABERSACK, 2019, §11 Rn 132.

¹⁴ Cfr. SERVATIUS, 2022, §11, Rn.. 50; HEINZE, 2022, §2, Rdn. 262 *in fine*; FAS-TRICH, 2019, §11, Rn. 50; HEIDINGER, 2023, §41 Rn. 80; PENTZ, 2019, §41, Rn. 20.

¹⁵ Cfr. BLATH, 2023, §11 Rn 32-40.

¹⁶ Cfr. BLATH, 2023, §11 Rn 38.

¹⁷ Cfr. BLATH, 2023, §11 Rn 39., *Vid.* también en este sentido PRIESTER, 2018, §15, Rn. 41.

¹⁸ Cfr. BLATH, 2023, §11 Rn 37.

sociedad en formación, como si lo ha hecho en nombre de una (presunta, pero todavía no existente) sociedad inscrita¹⁹.

i) Así, si lo han hecho indicando que lo hacían en nombre de una sociedad «*en formation*»²⁰, entonces su responsabilidad no deriva de la aplicación de las reglas comunes, sino que se encuentra regulada en las reglas especiales recogidas en los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles). De acuerdo con estos preceptos, las personas que actúan en nombre de la sociedad «*en formation*» antes de su inscripción responderán de las obligaciones derivadas de los actos así realizados²¹. Esto significa que, en estos casos, y a diferencia de lo que ocurre en Derecho alemán o español, los actuantes responden, no como *falsus procurator*, sino como contratantes²².

ii) Si, por el contrario, actúan en nombre de una sociedad, pero sin indicar que la misma está «*en formation*» (tanto da que no se indique nada, como que se utilice otra fórmula distinta, por ejemplo

¹⁹ Así, por ejemplo, *vid.* en la doctrina alemana ULMER y LÖBBE, 2019, §2 Rn. 60; SCHMIDT, 2018, §11, Rn. 22.

²⁰ A pesar de que los artículos 1843 *Code civil* y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* no establecen la obligación de utilizar ninguna expresión, la jurisprudencia francesa considera que solo es posible aplicarlos si el actuante indica explícitamente que actúa en nombre de una sociedad «*en formation*».

Vid. en ese sentido, afirmando que la ley no establece con claridad este requisito, DONDERO, *Gazette du Palais*, 6 mai 2014, p. 17; CONSTANTIN, *Bulletin Jolly Sociétés*, num. 02, fevr. 2014 – p. 67

²¹ Artículo 1843 *Code civil*: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas» («Las personas que hayan actuado en nombre de una sociedad en formación antes de su registro responden de las obligaciones derivadas de los actos así realizados, solidariamente si se trata de una sociedad mercantil, sin responsabilidad solidaria en los demás casos»).

Artículo L.210-6 al. 2 *Code de commerce*: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis» («Las personas que hayan actuado en nombre de una sociedad en formación antes de que ésta haya adquirido personalidad jurídica son solidariamente e indefinidamente responsables de los actos así realizados»).

Acerca de que se actúe por «personnes qui ont agi au nom d'une société en formation» (y por tanto, acerca de la determinación de las personas responsables), *vid.* GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, nums 60-64

²² Cfr. COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY, 2019, núm. 330 p. 126; núm. 332, p. 126; MASSART, *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* núm. 147, mayo 2016, dossier 3, núm. 137; DAUBLON, *Répertoire Defrénois*, 1977, art. 31393, núm. 9, pp. 667-668; GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, núm. 36.

Vid. también, remarcando la diferencia entre la regulación francesa y la contenida en la Directiva POSEZ, 2015, p. 115, núm. 50, nota 277

Sobre esta cuestión puede verse también nuestro trabajo «Unauthorized agent and Company in formation in French Law», *European Company and Financial Law Review*, 2023, pp. 519-546

«*en cours d'immatriculation*» o «*en cours d'enregistrement*»²³), entonces ya no resultarían de aplicación los referidos preceptos, por lo que la responsabilidad de los actuantes se deduciría de la aplicación de las reglas comunes. Además, es necesario indicar que la jurisprudencia francesa considera que en estos casos el acto está viciado de nulidad absoluta, por lo que no es susceptible de confirmación o ratificación por un acto unilateral, ni expreso ni tácito, por parte de la sociedad después de su inscripción²⁴.

2. EXCEPCIONES

Existen excepciones a esta regla general, es decir, supuestos en los que los actuantes (precontractuales) no responden por estos actos.

a) El supuesto más paradigmático es aquel en el que se estipula con la contraparte que estos actos precontractuales solo surtirán efectos, ya sea, como en Derecho francés, cuando se produzca una *reprise* (asunción) de los mismos por la sociedad inscrita²⁵, ya sea, como en Derecho alemán o español, cuando sean ratificados por la futura sociedad en formación o por la futura sociedad inscrita (contratos sujetos a condición suspensiva)²⁶.

b) En Derecho alemán o español el actuante (precontractual) tampoco respondería si manifestara al tercero que actúa sin poder²⁷

²³ Vid. en este sentido, por ejemplo, Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 2 mai 2007, 05-14.071, Inédit. Vid. también Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 13 novembre 2013, 12-26.158, Inédit.

En la doctrina, vid. por todos, BARBIERI, *Revue des sociétés*, 2021, pp. 506-507; LE CANNU y DONDERO, 2022, núm.. 349, p. 259.

²⁴ Vid. *infra* nota 75.

²⁵ Aunque es distinto el supuesto que plantean, vid. por ejemplo GERMAIN y MAGNIER, 2017, núm. 1569, p. 65, los cuales consideran que «Es generalmente admitido que el que negocia pueda estipular en la escritura que quedará liberado de toda obligación si la sociedad no se inscribe o si no se hace cargo del compromiso contraído en su nombre». La diferencia entre una estipulación de este estilo y la planteada en el texto es que, si se configura como una condición suspensiva, el acto no surtiría efectos hasta que no se cumpliera, por lo que mientras tanto el actuante precontractual no sería responsable (y tampoco lo sería luego, puesto que se habría producido la *reprise* (asunción) del mismo por la sociedad). Por el contrario, con la estipulación a la que se refieren estos autores el actuante dejaría de ser responsable si la sociedad no se inscribe o no lleva a cabo una *reprise* (asunción) de estos actos, lo que significa que sí sería responsable hasta el momento en el que razonablemente debería de haberse producido la inscripción o la *reprise* (asunción).

²⁶ Así, indicando expresamente que los actuantes (precontractuales) no responden por estos actos BLATH, 2023, §11 Rn. 37.

Acerca de la posibilidad de establecer una condición suspensiva, vid. en la doctrina alemana SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 21, p. 604; ULMER y LÖBBE, 2019, §2 Rn. 60; FASTRICH, 2019, §11, Rn. 37; PRIESTER, 2018, §15, Rn 39; y en la doctrina española SÁEZ LACAWE, 2001, p. 79.

²⁷ La cuestión es clara en Derecho alemán, en la medida en que, con la manifestación del *falsus procurator*, el tercero pasa a tener conocimiento de la falta de poder, lo que

o si de cualquier otra forma el tercero conociera o debiera conocer la falta de poder del actuante (precontractual) (Cfr. en Derecho alemán §179 (3) BGB²⁸).

III. LA RESPONSABILIDAD EN LA ETAPA ENTRE LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD Y SU INSCRIPCIÓN

Nos corresponde ahora analizar cómo afecta la constitución de la sociedad a la responsabilidad de los actuantes (precontractuales). Para ello es necesario tener presente que en los ordenamientos alemán y español, como ya adelantamos²⁹, la celebración del contrato de sociedad (i.e el otorgamiento de la escritura pública) va a dar lugar al nacimiento de una sociedad (*Vorgesellschaft*, *sociedad en formación*) dotada de personalidad jurídica.

1. REGLA GENERAL

La regla es que esta responsabilidad no se ve modificada por la constitución de la sociedad de capital, por lo que subsiste tras la misma.

1.1 Derechos alemán y español

En los Derechos alemán y español, esta regla se fundamenta en el hecho de que, como hemos comentado, la responsabilidad de los actuantes (precontractuales) deriva de haber actuado como *falsus procurator*. Pues bien, esta responsabilidad, como veremos

a su vez excluye la responsabilidad del primero (cfr. §179 (3) BGB).

En Derecho español también se considera que en estos casos no responde el *falsus procurator* (vid. en ese sentido, refiriéndose a los actuantes (postcontractuales), pero perfectamente trasladable a los actuantes (precontractuales), SÁEZ LACAVE, 2001, p. 320

²⁸ §179 BGB: (3) «Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat». («El representante no responde si la otra parte conocía o debería haber conocido la falta de poder de representación. El representante tampoco responde si estaba limitado en su capacidad jurídica, a menos que actuara con el consentimiento de su representante legal».)

Vid. por ejemplo, en la doctrina alemana SCHMIDT, J., 2017, §2, Rn. 75; BORMANN y STELMASZCZYK, 2023, §2., Rn. 75, PRIESTER, 2018, §15, Rn. 41

En Derecho español, parece también entenderse que en estos casos no responde el *falsus procurator* (vid. en este sentido SÁEZ LACAVE, 2001, p. 319).

²⁹ Vid. *supra* nota 1.

a continuación, solo cesa con la ratificación por parte del supuesto representado y, por tanto, no se ve afectada por la celebración del contrato de sociedad (salvo lógicamente que así se pacte con el tercero –que no acreedor³⁰–).

1.2 Derecho francés

En Derecho francés, por el contrario (y como ya hemos también comentado, – *vid. supra* II, 1, 1.2–), la responsabilidad de los actuantes (tanto precontractuales, como postcontractuales), no es una responsabilidad en cuanto que *falsus procurator*, sino que presenta otros fundamentos jurídicos. Así, en este ordenamiento es preciso diferenciar, como ya vimos, en función del concepto en el que éstos hayan actuado, puesto que si lo habían hecho indicando que lo hacían en nombre de una sociedad «*en formation*» responderían en cuanto que contratantes, mientras que si habían actuado en nombre de una sociedad, pero sin indicar que la misma estaba «*en formation*», su responsabilidad se deducía de la aplicación de las reglas comunes. En ambos casos, no parece que la responsabilidad de los actuantes se vea alterada por la mera celebración del contrato de sociedad³¹.

No obstante, la celebración del contrato de sociedad, en el supuesto de que se haya actuado indicando que se hacía en nombre de una sociedad «*en formation*», sí que puede dar lugar a que potencialmente se amplíe el círculo de personas responsables de ese acto, si en el momento de la firma de los estatutos se anexa a los mismos «la declaración de los actos realizados en nombre de la sociedad en formación, con una indicación, para cada uno de ellos, del compromiso que se derivaría para la sociedad» [cfr. art. 6 al. 1 y al. 2 Décret n° 78-704³² (para las sociedades en general), arts. R.210-5 al. 1 y al. 2 (para las SL) y R.210-6 al. 1 y al. 2 (para las SA sin oferta pública) *Code de commerce*]³³.

³⁰ Como hemos visto (*vid. supra* II, 1, 1.1), la relación jurídica del actuante (precontractual) con el tercero se rige en estos ordenamientos por las reglas del *falsus procurator*. De ello se sigue que el actuante (precontractual), como cualquier otro supuesto de *falsus procurator*, tenga una responsabilidad extracontractual frente al tercero, pero no sea deudor del mismo, puesto que su relación jurídica es ineficaz (cfr. §177 (1) BGB, art. 1259 II Cc); en otras palabras, no existe ninguna relación obligatoria entre el actuante (precontractual) y el tercero, por lo que éste último no es acreedor del primero.

³¹ *Vid.* al respecto nuestras consideraciones *infra* III, 3.

³² Décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil.

³³ *Vid.* al respecto *infra* nota 57.

2. LA SITUACIÓN EN DERECHO ALEMÁN Y ESPAÑOL: LA EXCEPCIÓN A LA REGLA

Esta regla lógicamente cede, en los ordenamientos alemán y español, cuando su responsabilidad por haber actuado como *falsus procurator* se extinga.

En estos ordenamientos, dónde debe entenderse que se aplican las reglas comunes del *falsus procurator* también a los actuantes (precontractuales) (*vid. supra* II, 1, 1.1), esto sucederá, como regla general, cuando el (falso) representado ratifique lo realizado por el actuante (precontractual) sin poder³⁴.

Por lo que respecta al Derecho alemán o español, conviene indicar que la liberación del actuante (precontractual), como la del actuante (postcontractual), en contra de lo que tal vez se pudiera llegar a mantener en una primera aproximación³⁵, no puede tener lugar por medio de una asunción de deuda [i.e. pretender que la sociedad en formación pudiera asumir una (presunta) deuda que tuviera el actuante (precontractual) con el tercero] puesto que, como hemos visto (*vid. supra* II, 1, 1.1), la relación jurídica del actuante (precontractual) con el tercero se rige en estos ordenamientos por las reglas del *falsus procurator*, lo que imposibilita que en estos casos se pueda producir una asunción de deuda.

En efecto, la asunción de deuda (que si es consentida por el acreedor va a dar lugar al cambio de deudor), presupone la existencia de una obligación válida entre el anterior deudor y el acreedor. Sin embargo, en los supuestos de los que nos estamos ocupando, lo que se produce es una actuación de una persona (el actuante –precontractual–) en nombre de la sociedad (tanto da que sea la sociedad inscrita, como la sociedad en formación), sin tener poder para ello. De ahí que, como acabamos de

³⁴ Aunque no se indique expresamente en el §177 BGB, ni en el artículo 1259 II Cc cuando se ocupan de las consecuencias de la ratificación, parece claro que la responsabilidad del *falsus procurator* trae causa de la ineficacia del contrato con el tercero (*vid.* por ejemplo en este sentido en la doctrina alemana, SCHRAMM, 2006, §177, p. 2153, Rn. 49). En consecuencia, su responsabilidad, como regla general, cesa cuando el contrato deviene eficaz como consecuencia de la ratificación (véanse en este sentido en la doctrina alemana, SCHRAMM, 2006, §177, p. 2156, Rn. 59).

Con respecto al cese de la responsabilidad del actuante precontractual en caso de ratificación por parte de la sociedad en formación, *vid. infra* nota 41; y con respecto al cese de la responsabilidad en caso de ratificación por parte de la sociedad inscrita, *vid. infra* nota 63.

³⁵ Así, por ejemplo, con respecto a los actuantes (postcontractuales), *vid.* en la doctrina española ALONSO UREBA, 1991, p. 600, dónde afirma «este último precepto [refiriéndose al art. 15.3 LSA], plantea en su inciso segundo [que se corresponde con el actual art. 38.1 segundo inciso LSC] el supuesto de asunción voluntaria por la sociedad de actos o contratos realizados en su nombre en la fase fundacional»; p. 600: «pues el artículo 15.3 TRLSA puede implicar una subrogación automática, ipso iure, de la sociedad en la posición acreedora o deudora de quién realizó el acto o negocio en cuestión en nombre de la sociedad. Esta subrogación automática supone una excepción al régimen general sobre novación de la obligación»; *vid.* también p. 601.

comentar³⁶, lo actuado por el *falsus procurator* sea ineficaz, aunque pueda ser ratificado por el representante. En otras palabras, entre el actuante (precontractual) y el tercero no existe una relación jurídica válida, i. e. por lo que a nosotros nos interesa aquí una relación obligatoria (por este motivo no se puede considerar al tercero como un acreedor), sino que lo que ocurre es que el actuante (precontractual) tiene una responsabilidad extracontractual frente al tercero (cfr. por ejemplo en Derecho alemán, §179 BGB; o Derecho español art. 1259 Cc en conexión con el art. 1902 Cc). En definitiva, la sociedad en formación no puede asumir una deuda que no existe³⁷, por lo que no es posible que se subrogue en la posición jurídica del actuante (precontractual).

2.1 Cuestiones que plantea la ratificación

Dos cuestiones es preciso analizar con respecto a esta ratificación.

a) La primera es *a nombre de quién tiene que haber sido realizado el acto para que se puede producir la ratificación*.

i) Así, en estos ordenamientos en los que se contempla la existencia, como hemos comentado³⁸ de una *Vorgesellschaft*/sociedad en formación, esta ratificación se podría producir, en principio (supeditado a que la persona que ratifique tenga poder, cuestión que analizaremos a continuación sub b), cuando la actuación precontractual haya sido realizada en nombre de ésta³⁹.

Con la ratificación, el supuesto representado, la sociedad en formación, comenzará a ser responsable por estos actos⁴⁰, cesando la responsabilidad del actuante (precontractual)⁴¹.

Es importante precisar que la responsabilidad de los actuantes no «pasa» a la sociedad en formación y ello porque, de acuerdo con las reglas comunes, cuando se produce la ratificación por parte del

³⁶ *Vid. supra* nota 30.

³⁷ Aunque se refiere a otro tipo de actuantes sin poder, los actuantes (postcontractuales) sin poder, *vid.* no obstante en la doctrina española, CABANAS, *CDC*, 2017, p. 178, el cual afirma «quien actúa en nombre de la sociedad queda vinculado frente al tercero y asume la responsabilidad específica o por el cumplimiento»; «en los casos de actuación sin poder el actuante quedaría como único obligado y titular exclusivo de la deuda».

³⁸ *Vid. supra* texto correspondiente a nota 29.

³⁹ Acerca de la posibilidad de que la sociedad en formación ratifique los actos realizados en su nombre durante la etapa prefundacional, *vid.* en Derecho alemán PRIESTER, 2018, §15, Rn. 39; BLATH, 2023, §11 Rn. 39; PENTZ, 2019, §41, Rn. 20; acerca de que la sociedad en formación pueda ratificar *vid.* también SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 79 p. 631.

⁴⁰ *Vid.* por todos SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 79, p. 631.

⁴¹ Cfr. SCHMIDT, *GmbH-Rdsch.* 1998, 12, p. 615; SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 22, p. 604; BLATH, 2023, §11 Rn. 39.

supuesto representado, la responsabilidad del *falsus procurator* no pasa al supuesto representado, sino que lo que ocurre es que (a) se extingue la responsabilidad del *falsus procurator* [cfr., en Derecho español, el art. 38.2 LSC con respecto a los actuantes (postcontractuales), pero que dado que las reglas españolas con respecto a los actuantes (postcontractuales), cuando obran sin poder, no son más que una aplicación de las reglas comunes, es posible afirmar que lo mismo ocurre con respecto a los actuantes (precontractuales) que han obrado sin poder, y la eventual ratificación por parte de la sociedad en formación] y (b) el supuesto representado comienza a ser responsable del acto en virtud de una obligación que se crea *ex novo* (cfr. en Derecho español, el art. 38.1 LSC, con respecto a los actos realizados por los actuantes (postcontractuales) que hayan sido ratificados por la sociedad inscrita. Es decir, el supuesto representado pasa (en el sentido de «comienza») a ser responsable y deja de serlo el supuesto representante, pero la responsabilidad no pasa de uno a otro, puesto que tienen orígenes y fundamentos distintos: la responsabilidad del falso representante es extracontractual, mientras que la del supuesto representado es contractual.

A la responsabilidad de la sociedad en formación habría que añadir la responsabilidad de sus socios⁴² y la de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *ex* artículo 36 LSC, §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG por haber acordado la ratificación⁴³.

ii) Por el contrario, la ratificación no sería posible, en principio, si la actuación hubiera sido realizada en nombre de la sociedad inscrita, puesto que la misma no existe aún⁴⁴.

Con todo, dado que en Derecho alemán o español existe una *Vorgesellschaft*/sociedad en formación dotada de personalidad jurídica, habría que plantearse si estos actos pueden ser ratificados por ésta en atención a que hay una continuidad (o incluso identidad) en la personalidad jurídica entre la sociedad en formación y la futura sociedad inscrita⁴⁵.

⁴² Sobre esta responsabilidad existe, no solo un gran debate en la doctrina alemana (para una breve exposición de las diferentes posiciones que se han planteado *vid.*, por ejemplo, PENTZ, 2019, §41, Rn. 55), sino también divergencias importantes con el Derecho español, puesto que mientras que en éste último esta responsabilidad está limitada a la aportación (cfr. art. 37.2 LSC: «Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar») en el Derecho alemán la doctrina y la jurisprudencia más reciente consideran que la responsabilidad de los socios de la sociedad en formación es ilimitada (*Vid.* por ejemplo BGH Urteil v. 27.1.1997 (NJW, 1997, p. 1507). Sobre esta divergencia *vid.*, por ejemplo, SÁEZ LACAVE, 2001, pp 208-221)

⁴³ Con respecto a la responsabilidad de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *vid. infra* III, 2, 2.1, b) especialmente nota 48

⁴⁴ Lo anterior no resulta óbice para que, lógicamente, esta actuación sí que pueda ser ratificada posteriormente, una vez que tenga lugar la inscripción, por parte ahora ya de la sociedad inscrita.

⁴⁵ Acerca de la continuidad en la personalidad jurídica entre la sociedad en formación y la sociedad inscrita, *vid.* en la doctrina española SÁEZ LACAVE, 2011, p. 446 y con más detalle SÁEZ LACAVE, 2001, pp. 351-356; VELA TORRES, 2021, p. 813. La doctrina

Si la respuesta fuera afirmativa⁴⁶, la situación sería equiparable a la que acabamos de ver [*vid. supra* sub III, 2, 2.1, a) i)]. Si, por el contrario, la respuesta fuera negativa, entonces no sería posible que los actuantes (precontractuales) quedaran liberados⁴⁷.

b) La segunda cuestión tiene que ver con la *persona que puede efectuar la ratificación*.

En efecto, dado que la misma solo puede ser acordada, en principio, por los administradores de la sociedad en formación, es necesario también analizar *si éstos tienen poder para llevarla a cabo o no*. Lógicamente, si se entiende que los administradores no tienen poder para efectuar la ratificación, ésta no se podrá producir, con lo que no se habría extinguido la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

i) Comenzando con el Derecho español, para responder a esta cuestión es necesario poner en relación el acto objeto de ratificación con el contenido del artículo 37 LSC. Como consecuencia de ello podrían darse, en principio, dos escenarios:

De un lado, que este acto pueda subsumirse en alguno de los supuestos que recoge el artículo 37 LSC. En este caso, los administradores tendrían poder para efectuar la ratificación, de manera que la sociedad en formación quedaría válidamente vinculada y tendría la responsabilidad por este acto (responsabilidad a la que habría que añadir la responsabilidad de sus socios y la de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *ex* artículo 36 LSC, por haber acordado la ratificación)⁴⁸, cesando la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

alemana, por su parte, se muestra dividida. Así, mientras que algunos autores se muestran partidarios de la *Kontinuität* (*Vid.* por todos, ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 11-12, 89) otros se inclinan por la tesis de la *Identität* (*Vid.* por ejemplo SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 31, 152 e *ibi* ulteriores referencias bibliográficas).

⁴⁶ Admite implícitamente esta posibilidad SCHMIDT, 2016, §41, Rn. 32 p 22.

⁴⁷ Parecen entender que esto no es posible ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 72, en la medida en que consideran que los administradores de una *Vorgesellschaft* no tienen poder para actuar (y por tanto no pueden ratificar) en nombre de la futura sociedad inscrita.

En Derecho español, parece no admitir que antes de la inscripción la junta general pueda ratificar actos realizados antes de la constitución de la sociedad, STS 3325//2006, de 31 de mayo de 2006 (ECLI: ES: TS:2006:3325). Véase también la STS 4354/1996, de 15 de julio de 1996 (ECLI: ES: TS:1996:4354) que afirma que «la subordinación de la validez de los contratos a una ratificación efectuada con posterioridad a la inscripción, carecería de sentido si la sociedad pudiera válidamente autorizarlos antes de ser inscrita».

⁴⁸ El hecho de que por estos actos responda la sociedad en formación (cfr. art. 37.1 LSC), no excluye que también respondan los actuantes (postcontractuales) (cfr. art. 36 LSC). *Vid.* en este sentido, con respecto al antiguo art. 15 LSA (antecedente de los actuales arts. 36, 37 y 38 LSC) las consideraciones de SÁEZ LACAVE, 2001, pp. 298, 313-316, que se apoya en un detallado análisis valorativo y sistemático de la norma. *Vid.* también entendiendo que las dos responsabilidades son cumulativas, CABANAS, CDC, 2017, p. 175; MARQUÉS, 1997, p.

De otro, por el contrario, que el referido acto no pueda subscribirse en ninguno de los supuestos que recoge el artículo 37 LSC. En este caso, los administradores no tendrían poder para acordarla, con lo que la ratificación no habría tenido lugar y la sociedad en formación no quedaría vinculada, ni tendría la responsabilidad por este acto. Cuestión distinta es que, si a pesar de todo el administrador ratificara (aparentemente) respondería en todo caso como actuante (postcontractual) *ex* artículo 36 LSC, responsabilidad que en este caso obedecería a haber actuado como *falsus procurator*, ya que habría acordado la ratificación de un acto en nombre de la sociedad, sin tener poder para ello.

ii) Por lo que respecta al Derecho alemán, el problema es distinto por la ausencia de un precepto que regule esta cuestión. La respuesta además estará en función de la posición que se adopte con respecto al problema de cuál es el ámbito objetivo del poder de representación de los administradores de la sociedad en formación.

Así, si se mantiene que éste es, como el de los administradores de la sociedad inscrita, ilimitado⁴⁹, está claro que los administradores de la sociedad en formación tienen siempre poder para realizar esta ratificación, por lo que la sociedad en formación quedaría efectivamente vinculada y tendría la responsabilidad por este acto (responsabilidad a la que habría que añadir la responsabilidad de sus socios y la de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *ex* §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG por haber acordado la ratificación)⁵⁰, cesando la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

Si, por el contrario, se mantiene que el poder de representación de los administradores de la sociedad en formación, salvo que los socios lo amplíen, está limitado al objeto social fundacional (i.e., a los actos necesarios para la inscripción)⁵¹, entonces la situación sería similar a la del Derecho español. Esto es, habría que ver si el contenido del acto objeto de ratificación forma parte de los actos necesari-

292 (lo que no impide que se muestre crítica, *cfr.* p. 295); SÁEZ-SANTURTÚN, 2015, tomo I, p. 78. No faltan, sin embargo, autores que entienden que cuando responde la sociedad en formación no responden los actuantes (*cfr.* GARCÍA-CRUCES, 1996, p. 145; PINO ABAD, 1999, p. 160-161; SELVA SÁNCHEZ, 1992, p. 412; y recientemente VELA TORRES, 2021, p. 806

⁴⁹ *Vid.* por ejemplo en este sentido SCHMIDT, 2018, §11 Rn 72-73; PENTZ, 2019, §41, Rn. 53; BLATH, 2023, §11 Rn. 63-64.

⁵⁰ *Vid.* en este sentido, con respecto a la aplicación del §41 Abs.1, SCHMIDT, 2016, §41 Rn. 32 p 22; PENTZ, 2019, §41, Rn. 20.

Con respecto al §11 Abs.2 GmbHG, *vid.* igualmente indicando que los actuantes (postcontractuales) responden, aunque tengan poder SCHMIDT, 2018, §11 Rn 119, 125

⁵¹ Así por ejemplo ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 67. *Vid.* también en general Rn. 67-72. Para más bibliografía *vid.* Rn. 68, fn. 168

rios para la inscripción (o, en su caso, de los autorizados por los socios) o no.

En el primer caso, los administradores tendrían poder para efectuar la ratificación, por lo que la sociedad en formación quedaría válidamente vinculada y tendría la responsabilidad por este acto (responsabilidad a la que habría que añadir la responsabilidad de sus socios y la de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *ex* §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG por haber acordado la ratificación⁵²), cesando la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

En el segundo caso, los administradores no tendrían poder para acordarla, con lo que la misma no se produciría y la sociedad en formación no quedaría vinculada, ni tendría la responsabilidad por este acto⁵³, ni cesaría por tanto la responsabilidad de los actuantes (precontractuales). Cuestión distinta es que si a pesar de todo el administrador ratificara (aparentemente) respondería en todo caso como actuante (postcontractual) *ex* §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG⁵⁴, responsabilidad que en este caso obedecería a haber actuado como *falsus procurator*, ya que habría acordado la ratificación de un acto, sin tener poder para ello.

3. LA SITUACIÓN EN DERECHO FRANCÉS: CONSECUENCIAS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

Mención aparte merece la situación en Derecho francés, puesto que en este ordenamiento, como ya hemos comentado (*vid. supra* II, 1, 1.2), es preciso distinguir en función del concepto en el que se haya actuado, lo que influye en las posibilidades de que la responsabilidad de los actuantes (tanto precontractuales, como postcontractuales) se pueda llegar a extinguir o alterar. En este sentido hay que diferenciar entre dos escenarios:

a) El primero es que se haya actuado indicando que se hacía en nombre de una sociedad «*en formation*». En este supuesto, como

⁵² *Vid.* en este sentido, por lo que respecta al §11 Abs.2 GmbHG, ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 66. Por tanto, de acuerdo con el § 11 Abs. 2 GmbHG, los administradores responden en cuanto que actuantes, tanto si han actuado fuera de su poder, como si lo han hecho dentro (a diferencia, por tanto, de lo que sucede con la responsabilidad de los actuantes *ex* § 179 BGB).

⁵³ Lo anterior no resulta óbice para que la sociedad pueda posteriormente quedar vinculada por estos actos. Para ello será preciso que, después de la inscripción, los ratifique (lo que implicará que cese la responsabilidad del actuante (precontractual) *vid. infra* IV, 1, a)), especialmente nota 63). *Vid.* por ejemplo en este sentido ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 132.

⁵⁴ *Vid.* en este sentido, por lo que respecta al §11 Abs.2 GmbHG, ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 71

veámos, la responsabilidad de los actuantes no deriva de la aplicación de las reglas comunes, sino que se encuentra regulada en las reglas especiales recogidas en los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles). Pues bien, la regulación reglamentaria que desarrolla estos preceptos (el art. 6 Décret n° 78-704 –para las sociedades en general– y los arts. R.210-5 –para las SL– y R.210-6 –para las SA sin oferta pública– *Code de commerce*), cuando se refiere a los actos que se hayan podido celebrar antes de la constitución de la sociedad, únicamente se ocupa de los efectos que la firma de los estatutos por parte de los socios (i.e. la celebración del contrato de sociedad) tiene una vez que se produzca la inscripción de la sociedad en el registro, pero guarda silencio acerca de lo que ocurre antes de ésta tenga lugar.

Así, el artículo 6 al. 1 y al. 2 Décret n° 78-704 (para las sociedades en general), y los artículos R.210-5 al. 1 y al. 2 (para las SL) y R.210-6 al. 1 y al. 2 (para las SA sin oferta pública) *Code de commerce* disponen que cuando se constituye una sociedad, hay que presentar a los socios (en el caso de las sociedades en general o en el de la SL), o poner a disposición de los accionistas (en el caso de la SA sin oferta pública), antes de la firma de los estatutos, «la declaración de los actos realizados en nombre de la sociedad en formación, con una indicación, para cada uno de ellos, del compromiso que se derivaría para la sociedad [...]. Esta declaración se adjunta a los estatutos, cuya firma implica la asunción [*reprise*] de compromisos por parte de la sociedad, una vez inscrita».

En otras palabras, y dejando de lado otras cuestiones que plantean estas normas⁵⁵, la firma de los estatutos por parte de los socios (a los que va adjunta la referida declaración) puede dar lugar a un cambio con respecto a la responsabilidad por estos actos (la misma pasaría de los actuantes –ya sean precontractuales o postcontractuales– a la sociedad). Sin embargo, este cambio no se produciría inmediatamente en el momento de la firma de los estatutos, esto es, con la celebración del contrato de sociedad (lo que guarda coherencia con el hecho de que la sociedad aún no tenga personalidad jurídica en Derecho francés⁵⁶), sino que está sujeto a una condición suspensiva, que se produzca la inscripción de la sociedad⁵⁷. Esto

⁵⁵ Vid. *infra* párrafos correspondientes a la nota 71.

⁵⁶ La regulación francesa (cfr. art. 1842 al. 1 *Code civil* y art. L.210-6 al. 1 *Code de commerce*) parte de considerar que la sociedad no tiene personalidad jurídica hasta el momento de la inscripción, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad (vid. por todos, SINAY, *Revue des sociétés*, 1966, p. 249; DONDERO, 2019 num. 537; con respecto a las excepciones a este principio, puede verse GIBRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, num. 35)

⁵⁷ Ahora bien, si esta inscripción no se produce [y, por tanto, no tiene lugar la *reprise* (asunción)], entonces además de ser responsables los actuantes (precontractuales o

significa que con la mera celebración del contrato de sociedad no se produce ninguna alteración de la responsabilidad por estos actos, con lo que ésta sigue recayendo en los actuantes (ya sean precontractuales o postcontractuales).

En definitiva, dos serían los rasgos definitorios de la regulación francesa cuando se indica que se actúa en nombre de una sociedad «*en formation*»:

De un lado, el mecanismo mediante el cual la sociedad puede hacer suyos los actos realizados en su nombre, no va a ser la ratificación de los mismos (como ocurre en Derecho alemán o en Derecho español), sino su *reprise* (asunción)⁵⁸.

De otro lado, como la sociedad «*en formation*» no tiene personalidad jurídica en Derecho francés, esta *reprise* (asunción) solo puede tener lugar cuando exista la sociedad inscrita (por tanto, no se puede producir antes de la inscripción).

b) Junto con la posibilidad de que se actúe indicando que se hace en nombre de una sociedad «*en formation*», el otro escenario que lógicamente se puede producir es que se actúe en nombre de una sociedad, pero sin indicar que la misma está «*en formation*». De ser así, como también comentamos, ya no resultarían de aplicación las reglas especiales recogidas en el artículo 1843 *Code civil* (para las sociedades en general), el artículo L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles) y las normas reglamentarias que los desarrollan (por lo que no sería posible una *reprise* (asunción) de estos actos por parte de la sociedad), sino que la responsabilidad de los actuantes (ya sean precontractuales o postcontractuales) se deduciría de la aplicación de las reglas comunes. En este escenario la mera celebración del contrato de sociedad tampoco produciría ninguna alteración de la responsabilidad por estos actos, con lo que la misma seguiría recayendo también en los actuantes (ya sean precontractuales o postcontractuales) durante el periodo que va desde la constitución de la sociedad hasta su inscripción.

IV. LA RESPONSABILIDAD DESPUÉS DE LA INSCRIPCIÓN

La responsabilidad de los actuantes (precontractuales), en el caso claro está de que la misma subsista, no se ve afectada por la

postcontractuales) pasarán también a serlo todos los socios, puesto que todos ellos han firmado los estatutos (*vid.* en este sentido, LE CANNU y DONDERO, 2022, num. 360 p. 265).

⁵⁸ Acerca de esta *reprise* (asunción) *vid. infra* IV, 1, b).

inscripción⁵⁹ (salvo que, de nuevo, así se pacte con el tercero –que no acreedor⁶⁰⁻), sino que su terminación o continuidad va a depender de que la sociedad inscrita haga suyos esos actos o no.

En este sentido podemos encontrarlos ante dos escenarios:

1. PRIMER ESCENARIO: QUE LA SOCIEDAD INSCRITA HAGA SUYOS LOS ACTOS REALIZADOS POR LOS ACTUANTES (PRECONTRACTUALES)

En este supuesto, como comentaremos a continuación, cesará la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

Las similitudes, sin embargo, acaban aquí, puesto que existen importantes diferencias entre el Derecho alemán o español y el Derecho francés.

a) El mecanismo previsto en Derecho alemán o en Derecho español para que la sociedad inscrita pueda hacer suyos los actos realizados por un actuante (precontractual) que haya obrado sin poder es la ratificación. Esto es así, porque, como ya hemos visto (*vid. supra* II, 1, 1.1), debe entenderse que se aplican las reglas comunes del *falsus procurator* también a los actuantes (precontractuales) que hayan obrado sin poder y, de acuerdo con las mismas (cfr. §177 BGB y art. 1259 Cc), la eficacia de estos actos frente al supuesto representado (la sociedad) depende de que éste los ratifique⁶¹. Con la ratificación, como ya vimos (*vid. supra* III, 2), el supuesto representado, que ahora es la sociedad inscrita, comenzará a ser responsable por estos actos⁶², cesando la responsabilidad del actuante (precontractual)⁶³.

Consideramos que a esta responsabilidad de la sociedad inscrita no se añade la llamada «responsabilidad diferencial de los socios» [*Vorbelastungshaftung (Differenzhaftung, Unterbilanzhaftung) der Gründer*»] en la medida en que esta responsabilidad de la sociedad inscrita no es continuación de una responsabilidad de la sociedad en formación (v. en Derecho español art. 38.3 LSC en conexión con los arts. 38.1 y 37.1 LSC)

⁵⁹ En la doctrina alemana, *vid.* por todos ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 132

⁶⁰ Sobre esta cuestión, *vid. supra* nota 30.

⁶¹ Así, por ejemplo, en Derecho alemán por todos ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 132.

⁶² *Vid.* por ejemplo en la doctrina alemana, SCHMIDT, 2016, §41 Rn. 32 p. 22; ALTMIPPEN, 2023, §11, Rn. 11.

⁶³ *Vid.* por ejemplo en la doctrina alemana, SCHMIDT, *GmbH-Rdsch.* 1998, 12, p. 615; SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 22, p. 604; BLATH, 2023, §11 Rn. 39; ULMER y HABERSACK, 2019, §11 Rn 132; HEINZE, 2022, §2, Rn. 262.

b) La situación en Derecho francés es distinta por dos motivos:

Primero, porque la sociedad (inscrita) no va a poder hacer suyos todos los actos realizados en su nombre por un actuante (ya sea precontractual o postcontractual), sino solo aquellos realizados en nombre de una sociedad «*en formation*». Esto es así porque, tal y como hemos visto (*vid. supra* II, 1, 1.2), las reglas especiales recogidas en los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles), que son las que contemplan la posibilidad de que la sociedad inscrita puede hacer suyos los actos realizados en su nombre, no son de aplicación a todas las actuaciones realizadas en nombre de una sociedad, sino solo a aquellas en los que haya indicado que se actuaba en nombre de una sociedad «*en formation*».

Y segundo, porque, como también hemos comentado (*vid. supra* III, 3, a)), el mecanismo previsto para que la sociedad inscrita haga suyos estos actos no va a ser la ratificación de los mismos (como ocurre en Derecho alemán o español). Así, lo que los referidos preceptos prevén es que la sociedad inscrita haga suyos los actos realizados por un actuante (ya sea precontractual o postcontractual) por medio de la *reprise* (asunción) de los mismos. Con la *reprise* (asunción) tiene lugar un cambio de deudor, una subrogación de la sociedad inscrita en el lugar del actuante (precontractual o postcontractual), lo que provoca que la misma pasé a ser responsable por estos actos, cesando la responsabilidad del primero⁶⁴.

Dos cuestiones es preciso comentar con respecto a esta *reprise* (asunción):

i) Primero sus características, que la diferencian de la asunción de deuda de los Derechos alemán o español (o incluso de la *cession de dette* regulada con carácter general en Derecho francés en los nuevos arts. 1327 a 1328-1 *Code civil*).

Así, de un lado, la asunción de deuda de los Derechos alemán o español o la *cession de dette* regulada en las reglas generales del Derecho francés, precisan del consentimiento del acreedor (*vid.* § 415 Abs. 1 BGB, arg. art. 1205 Cc, nuevo art. 1327 al. 1 *Code civil*⁶⁵), mientras que en la *reprise* (asunción) de los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general)

⁶⁴ Con respecto a que la sociedad pasa a ser la única responsable, cesando la responsabilidad del actuante, *vid.* GERMAIN y MAGNIER, 2017, núm. 1567, p. 62.

⁶⁵ Artículo 1327 al. 1 *Code civil*: «Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette» («El deudor podrá, con el acuerdo del acreedor, ceder su deuda»). En Derecho español, además del arg. artículo 1205 Cc, *vid.* en la jurisprudencia STS 1980/2020 de 17 de junio (ECLI: ES: TS:2020:1980) y sentencias concordantes.

y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles), no es necesario el acuerdo del acreedor⁶⁶ y ello porque la *reprise* (asunción) se decide unilateralmente por la sociedad⁶⁷; en otras palabras, en estos casos se le impone al acreedor la sustitución del deudor⁶⁸.

Y, de otro lado, la asunción de deuda de los Derechos alemán o español o la *cession de dette* regulada en las reglas generales del Derecho francés tienen una eficacia *ex nunc*⁶⁹; por el contrario, la *reprise* (asunción) de los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles), tiene una eficacia *ex tunc*, retroactiva, *ab initio* del acto⁷⁰.

ii) La segunda cuestión a la que hay que referirse es a los mecanismos para que esta *reprise* (asunción) tenga lugar.

Así, la regulación reglamentaria que desarrolla estas normas, cuando se refiere a los actos que se hayan podido celebrar antes de la constitución de la sociedad, solo contempla una forma para que la misma se produzca. En efecto, como hemos visto, el artículo 6 al. 1 y al. 2 Décret n° 78-704 (para las sociedades en general), y los artículos R.210-5 al. 1 y al. 2 (para las SL) y R.210-6 al. 1 y al. 2 (para las SA sin oferta pública) *Code de commerce* disponen, como ya comentamos, que cuando se constituye una sociedad, hay que presentar a los socios (en el caso de las sociedades en general o en el de la SL) o poner a disposición de los accionistas (en el caso de la SA sin oferta pública), antes de la firma de los estatutos, «la declaración de los actos realizados en nombre de la sociedad en formación, con una indicación, para cada uno de ellos, del compromiso que se derivaría para la socie-

⁶⁶ Cfr. LE CANNU, *Revue des sociétés*, 1987, p. 595.

⁶⁷ Vid. no obstante DIDIER, 2012, p. 554, quien mantiene que es necesario el consentimiento del acreedor.

⁶⁸ Vid. BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, 2, p. 257.

⁶⁹ Vid. LE CANNU y DONDERO, 2022, num. 345, p.257; BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, p. 57.

⁷⁰ Vid. por ejemplo artículo 1327-2 *Code civil*: «Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir» («Si el acreedor consiente expresamente, el deudor original queda liberado para el futuro»).

⁷⁰ Vid. artículo 1843 *Code civil* «La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci» («La sociedad debidamente inscrita podrá asumir los compromisos contraídos, que se considerarán contraídos por la sociedad desde el principio»); artículo L.210-6 al. 2 *Code de commerce*: «Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société» («Estos compromisos se consideran asumidos desde el origen por la sociedad»). Vid. por ejemplo en la doctrina, comparando los efectos de la *reprise* (asunción) con los de una cláusula de sustitución (que a nuestros efectos es equivalente a una cesión de crédito en la que se acuerde la liberación del antiguo deudor), RAVEL D'ESCLAPON, *Revue des Sociétés*, 2019, núm. 9, p. 109; en el mismo sentido TISSEYRE, *Recueil Dalloz*, 2020, pp. 1023-1026, p. 1025. No faltan, sin embargo, autores que cuestionan que la *reprise* (asunción) tenga una eficacia *ex tunc* (así DIDIER, 2012, p. 553).

dad [...]. Esta declaración se adjunta a los estatutos, cuya firma implica la asunción [*reprise*] de compromisos por parte de la sociedad, una vez inscrita».

La regulación contenida en estos artículos plantea interrogantes, por ejemplo ¿cabe aceptar unos actos y otros no? ¿es posible que esta aceptación se produzca tras la firma de los estatutos, pero antes de la inscripción? En nuestra opinión, la respuesta a estas dos cuestiones debería ser positiva.

Con respecto a la primera, porque no parece que de la norma pueda deducirse que los socios sólo tienen dos alternativas, o aceptar todos los actos o rechazarlos (tampoco parece que se pueda entender que los socios estén obligados a aceptar estos actos), por lo que deberían poder aceptar o rechazar cada uno de ellos⁷¹. Lógicamente, de producirse este rechazo, la responsabilidad de los actuantes (ya sean precontractuales o postcontractuales) con respecto de estos actos continuará después de la inscripción.

Y lo mismo ocurre con respecto a la segunda cuestión. También debería ser posible que los socios, por unanimidad, pudieran aceptar estos actos con posterioridad a la firma de los estatutos, y que esta aceptación surtiera los mismos efectos que la realizada en el momento de la firma de los estatutos.

Por tanto, esta *reprise* (asunción) se produce de forma automática con la inscripción, pero para que esta *reprise* (asunción) tenga lugar no basta con la inscripción, sino que además hace falta una previa decisión de los socios (la firma de los estatutos a los que se ha adjuntado la declaración de los actos realizados en nombre de la sociedad «*en formation*»).

No obstante, junto con este mecanismo es preciso mencionar la posibilidad de que la asunción (*reprise*) pueda también resultar «tras la inscripción de la sociedad, de una decisión adoptada, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, por la mayoría de los socios». Este segundo mecanismo (que, a diferencia del anterior, no funciona de forma automática con la inscripción) no está contemplado en los artículos R.210-5 y R.210-6 *Code de commerce*. Sin embargo, la doctrina considera que también es de aplicación a las SL y SA en la medida en que el artículo 6 al. 4 Décret n° 78-704 lo prevé para las sociedades en general⁷². Lógicamente, este segundo mecanismo, por lo que a nosotros nos interesa aquí (i.e. los actos realizados antes de la constitución de la sociedad)

⁷¹ Acerca de la posibilidad de que los socios acepten incluir en la declaración unos actos sí y otros no *vid.* GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, núm. 48

⁷² *Vid.* por todos, LE CANNU y DONDERO, 2022, núm. 353, pp. 262-263, esp. p. 263; GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, núm. 53.

permitiría que la sociedad pudiera efectuar una *reprise* (asunción) de actos que, ya sea por omisión, ya por decisión de los socios⁷³, no se hubieran incluido en la (eventual) declaración que se adjuntara a los estatutos.

2. SEGUNDO ESCENARIO: QUE LA SOCIEDAD INSCRITA NO HAGA SUYOS LOS ACTOS REALIZADOS POR LOS ACTUANTES (PRECONTRACTUALES)

En este caso está claro que los actuantes (precontractuales) continuarán siendo responsables de estos actos.

a) En Derecho alemán o español este escenario se produce, en aplicación de las reglas comunes, bien cuando el supuesto representado (la sociedad inscrita) no ratifique lo realizado por el *falsus procurator* (el actuante (precontractual)), bien cuando el acreedor hubiera revocado su consentimiento antes de que se produzca la ratificación (cfr. §177 BGB y art. 1259 Cc).

Por lo que respecta al Derecho español es importante indicar que esta revocación no está excluida durante el plazo de tres meses posteriores a la inscripción que establece el artículo 38 LSC. Y ello porque debe entenderse que este precepto se aplica solo a los actos realizados en el periodo que va desde la constitución de la sociedad hasta su inscripción (que son a los que se refiere el art. 36 LSC) y aquí estamos hablando de actos realizados antes de la constitución de la sociedad.

b) En Derecho francés este escenario acontece en dos situaciones:

i) De un lado, cuando se ha actuado en nombre de una sociedad «*en formation*» (y por tanto son de aplicación las reglas especiales de los arts. 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles)), pero no tiene lugar una *reprise* (asunción) de estos actos⁷⁴.

ii/ Y de otro lado, cuando se ha actuado en nombre de la sociedad, pero sin indicar que se hacia en nombre de una «sociedad *en formation*». En este caso, como hemos comentado (*vid. supra* II, 1, 1.2, ii/), la jurisprudencia francesa entiende, no solo que no son aplicables las referidas reglas especiales (por lo que lo serán las

⁷³ Acerca de la posibilidad de que los socios acepten incluir en la declaración unos actos sí y otros no *vid. supra* texto correspondiente a nota 71.

⁷⁴ *Vid. LE CANNU y DONDERO, 2022, num. 360 p. 265 Conséquences de l'absence de reprise : «La personne qui agit sans mandat est sûrement tenue de l'engagement souscrit»*

comunes), sino también que estos actos están viciados de nulidad absoluta al haber sido celebrados por una sociedad inexistente, por lo que no son susceptibles de confirmación o ratificación por un acto unilateral, ni expreso ni tácito por parte de la sociedad después de su inscripción^{75 76}. Ciertamente, la posición de la jurisprudencia francesa puede hacer dudar acerca de si en Derecho francés se puede hablar con propiedad de la existencia de un *falsus procurator* en estos casos, por cuanto tal vez se puede pensar que es consustancial a la regulación de esta figura el hecho de que el supuesto representado pueda ratificar lo hecho por el falso representante.

V. CONCLUSIONES

Del estudio de los tres ordenamientos se deduce que existen importantes similitudes entre aquéllos que siguen el modelo societario (Alemania y España) y a la vez diferencias importantes con respecto al que sigue el modelo obligacional (Francia). Las diferencias derivan fundamentalmente de dos factores. De un lado, de las características intrínsecas de cada uno de los modelos [vgr. en el Derecho francés, en contraste con el Derecho alemán o español, la sociedad en formación no tiene personalidad jurídica]. Y de otro lado, del hecho de que la fundamentación de la responsabilidad de los actuantes (precontractuales) sea diferente [en Derecho alemán y español trae causa de la aplicación de las reglas comunes en materia de *falsus procurator*, mientras que en Derecho francés la fundamentación (en las reglas generales o en las reglas especiales recogidas en los arts. 1843 *Code civil* y L.210-6 al. 2 *Code de commerce*) va a depender del concepto en el que hayan actuado estas personas]. Por su parte, las similitudes entre los ordenamien-

⁷⁵ *Vid.*, por ejemplo, Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 5 octobre 2011, 09-70.571 09-72.855, Inédit, Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 21 février 2012, 10-27.630.

Sobre la nulidad de los contratos celebrados en nombre de una sociedad no inscrita, puede verse en la doctrina francesa GERMAIN y MAGNIER, 2017 num 1563, p. 58; DONDERO, *Gazette du Palais*, 6 mai 2014 (comentando la sentencia Cass. 13 nov. 2013).

Acerca de que en estos casos no es posible la ratificación, véase por ejemplo, PISONI, *Revue des sociétés*, novembre 2017, 11, p. 631; CONSTANTIN, *Bulletin Jolly Sociétés*, num. 02, fevr. 2014 – p. 67.

⁷⁶ Con todo, tal vez sea posible que la responsabilidad de los actuantes cese, si lo que tiene lugar es una sustitución del acuerdo nulo por otro válido celebrado entre el tercero y la sociedad inscrita (alude, sensu contrario, a esta posibilidad, por ejemplo Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 5 octobre 2011, 09-70.571 09-72.855, Inédit; *vid.* en la doctrina, por ejemplo GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, num. 37.

Por lo tanto, sensu contrario, es posible sustituir el contrato nulo por otro válido, lo que lógicamente debe conllevar la terminación de la responsabilidad de los actuantes.

tos alemán y español traen causa del hecho de que las reglas comunes en materia de *falsus procurator*, así como en gran medida las que regulan la sociedad en formación, sean bastante parangonables en ambos ordenamientos.

Indicadas las causas de las similitudes y divergencias, las conclusiones a las que podemos llegar son las siguientes:

Con respecto a la responsabilidad en el momento en el que se celebran actos en nombre de una sociedad de capital antes de que la misma se constituya, la regla general en los tres ordenamientos es que responden los actuantes (precontractuales). Su régimen jurídico, sin embargo, no es coincidente, debido a que la fundamentación de la responsabilidad es diferente [en Derecho alemán o español, el actuante (precontractual) va a responder en cuanto que *falsus procurator*, mientras que en Derecho francés, en los supuestos paradigmáticos (i.e. cuando se actúa en nombre de una sociedad «*en formation*»), los actuantes responden como contratantes, debido a que se aplican las referidas reglas especiales]. Ciertamente, en los tres ordenamientos existen excepciones a esta regla general, siendo la más importante, común a todos, la estipulación con la contraparte de una condición suspensiva.

La responsabilidad de los actuantes (precontractuales) se mantiene como norma en los tres ordenamientos una vez celebrado el contrato de sociedad. Los ordenamientos alemán y español, con todo, contemplan que esta responsabilidad pueda cesar en el caso de que el supuesto representado sea la sociedad «*en formation*» (incluso, si se admite, la sociedad inscrita), pero para ello será preciso que la sociedad en formación decida ratificar lo realizado por el representante sin poder. El hecho de que la sociedad en formación pueda ratificar lo realizado por el actuante (precontractual) desencadena, en ambos ordenamientos, su responsabilidad, responsabilidad a la que habrá que añadir la responsabilidad de sus socios y también la responsabilidad de los administradores (en cuanto que actuantes (postcontractuales) por haber ratificado o haber acordado la asunción en nombre de la sociedad en formación.

Las similitudes y diferencias se mantienen también una vez que tiene lugar la inscripción. Así, la responsabilidad de los actuantes (precontractuales) en ninguno de los tres ordenamientos se ve afectada por la inscripción, sino que su terminación va a depender de que la sociedad inscrita haga suyos esos actos. Las similitudes, sin embargo, acaban aquí, puesto que existen importantes diferencias en este punto entre el Derecho alemán o el español y el Derecho

francés. En los primeros, el mecanismo previsto para que la sociedad inscrita pueda hacer suyos los actos realizados por un actuante (precontractual) que haya obrado sin poder es la ratificación. En cambio, la situación en Derecho francés es distinta. Y lo es por dos motivos. Primero, porque la sociedad (inscrita) no va a poder hacer suyos todos los actos realizados en su nombre por un actuante (precontractual), sino solo aquellos realizados en nombre de una sociedad «*en formation*». Y segundo, porque el mecanismo previsto para que la sociedad inscrita haga suyos estos actos no va a ser la ratificación de los mismos, sino su *reprise* (asunción). Con la *reprise* (asunción) tiene lugar un cambio de deudor, una subrogación de la sociedad inscrita en el lugar del actuante (precontractual), lo que provoca que la misma pase a ser responsable por estos actos, cesando la responsabilidad del primero.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO UREBA, Alberto: «La sociedad en formación», en ALONSO UREBA, Alberto, DUQUE, Justino, ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, GARCÍA VILLAVERDE, Rafael y SÁNCHEZ CALERO, Fernando (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, I, *La fundación*, Madrid, 1991, pp. 519-612.
- ALTMEPPE, Holger: §11, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar*, München, 11 Aufl., 2023.
- BARBIERI, Jean-François: «Représentation d'une société en formation: le piège des termes employés» Note sous Cour de cassation, com., 18 novembre 2020, n.º 18-23.239 (F-D), SCI SCPF c/ M. R. et a., *Revue des sociétés*, 2021, pp. 505-507.
- BLATH, Simon: §11, en MICHALSKI, Lutz, HEIDINGER, Andreas, LEIBLE, Stefan y SCHMIDT, Jessica (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2023.
- BONNARD, Jérôme: «Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation», *Revue des sociétés*, 1992, 2, pp. 255-289.
- BORMANN, Jens y STELMASZCZYK, Peter: §2, en MICHALSKI, Lutz, HEIDINGER, Andreas, LEIBLE, Stefan y SCHMIDT, Jessica (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2023.
- CABANAS, Ricardo: «De nuevo sobre la irregularidad societaria (repasso de un tema clásico desde las últimas novedades legales y jurisprudenciales)», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 67, 2017, pp. 157-212.
- CONSTANTIN, Alexis: «Une solution rigoureuse: le contrat conclu par une société en formation est nul», *Bulletin Jolly Sociétés*, num. 02, fevr. 2014 – p. 67.
- COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain y DEBOISSY, Florence: *Droit des sociétés*, Paris, 2019.
- DAUBLON, Georges: «Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce», *Répertoire Defrénois*, 1977, art. 31393, pp. 657-681.

- DIDIER, Paul: «L'article 1843 du code civil ou de la difficulté d'être européen», *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Paris, pp. 549-554.
- DONDERO, Bruno: «Société "en course d'enregistrement" n'est pas "en formation"...», *Gazette du Palais*, 6 mai 2014, pp. 16-17.
- *DROIT DES SOCIÉTÉS*, Paris, 2019.
- FASTRICH, Lorenz: §11 GmbHG, *Baumbach/Hueck Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, München, 2019.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio: *La sociedad de capital en formación*, Pamplona, 1996.
- GERMAIN, Michel y MAGNIER, Véronique: en RIPERT, Georges y ROBBLLOT, René, *Traité de droit des affaires*, Tome 2, *Les sociétés commerciales*, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- GIBIRILA, Deen: «Art. 1832 à 1844-17 – Fasc. 20: Société-. Dispositions générales. – Immatriculation de la société», *JurisClasseur Civil Code*, 2020-2021, num. 1-67, pp. 1-49.
- HEIDINGER, Andreas: §41, en SPINDLER, Gerald y STILZ, Eberhard (Hrsg.), *beck-online. Grosskommentar Aktiengesetz*, München, Stand 01.01.2023.
- HEINZE, Stefan: §2, en FLEISCHER, Holger y GOETTE, Wulf (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2022.
- KISSLING, Erik: *Vorgründungs- und Vorgesellschaften: Zur Struktur und Kontinuität der Entstehungsphasen bei AG, GmbH, e. G. und e. V.*, Berlin, 1999.
- LE CANNU, Paul: «Note – Les actes permettant d'assurer la reprise des engagements souscrits au nom d'une société en formation (Cassation 21 juillet 1987)», *Revue des sociétés*, 1987, pp. 592-597.
- LE CANNU, Paul y DONDERO, Bruno: *Droit des Sociétés*, Paris La Defense, 2022.
- MARQUÉS, Cristina: «Comentario al art. 36 LSC», en PRENDES, Pedro, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Alfonso y CABANAS, Ricardo (dir), *Tratado de Sociedades de Capital. Tomo I: Tratado Judicial, Notarial y Registral de la Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2017, pp. 286-311.
- MASSART, Thibaut: «La société, partie à un contrat de cession», en MASSART, Thibaut et al., *Réforme du droit des contrats – Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 147, Mai 2016, dossier 3, Lexis Nexis, 2016, pp. 39-82.
- MERKT, Hanno: §11, en FLEISCHER, Holger y GOETTE, Wulf (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2022.
- MUÑOZ PAREDES, María Luisa: *La sociedad prefundacional. La fase previa a la escritura de constitución*, Madrid, 2023,
- PENTZ, Andreas: §41 en GOETTE, Wulf, HABERSACK, Mathias y KALSS, Susanne (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band I, München, 2019.
- PINO ABAD, Manuel: *La sociedad de capital no inscrita*, Madrid, 1999.
- PISONI, Pascal: «Nullité des contrats conclus par une société en formation», *Revue des sociétés*, novembre 2017, 11, p. 631.
- POSEZ, Alexis: *L'inexistence du contrat*, Thèse, 2015.
- PRIESTER, Hans-Joachim: «§15 Die Vorgründungsgesellschaft», en PRIESTER, Hans-Joachim, MAYER, Dieter y Hartmut (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 3 Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, München, 2018.
- RAFF, Thomas: §2, en ROWEDDER, Heinz y PENTZ, Andreas (Hrsg.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, München, 2022.
- RAVEL D'ESCLAPON, Thibault: «Substitution ou reprise ? Le transfert d'un acte a la charge d'une société récemment constituée», *Revue des Sociétés*, 2019, pp. 106-110.

- SÁEZ LACAVE, María Isabel: *La sociedad mercantil en formación*, Madrid, 2001.
- «Art. 38», en ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur Menor, 2011.
- SÁEZ-SANTURTÚN, Jorge: «Capítulo III: La sociedad en formación y la sociedad irregular», *CDC*, num. Extraordinario 2015, tomo I.º, pp. 65-91.
- SCHMIDT, Jessica: §2, en MICHALSKI, Lutz, HEIDINGER, Andreas, LEIBLE, Stefan y SCHMIDT, Jessica (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2017.
- SCHMIDT, Karsten: *Rechtsgrundlagen der Mitunternehmenshaftung im Vorgründungsstadium der GmbH*, *GmbH-Rdsch.* 1982, 1, pp. 6-10.
- «Haftung aus Rechtsgeschäften vor Errichtung einer GmbH. Ein neues BGH-Urteil zur sog. Vorgründungsgesellschaft» *GmbH-Rdsch.* 1998, 12, pp. 613-617.
- §41, en HIRTE, Heribert, MÜLBERT, Peter O. y ROTH, Markus (Hrsg.), *Aktien-gesetz Großkommentar*, Zweiter Band, Teilband 2, Berlin/Boston, 2016.
- §11 GMBHG, *Scholz Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, Verlag Otto Schmit KG, Köln, 2018.
- SCHRAMM, Karl-Heinz: §177, en SÄCKER, Jürgen (r), *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 1, 1 HBd, München, 2006.
- SELVA SÁNCHEZ, Luis: «Reflexiones en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular», *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VI, Homenaje a Ángel Olavarría Téllez, 1992, pp. 389-422.
- SERVATIUS, Wolfgang: §11, en NOACK, Ulrich, SERVATIUS, Wolfgang y HASS, Ulrich, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, München, 23. Aufl., 2022.
- SINAY, Robert: «Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et des leurs modifications statutaires», *Revue des sociétés*, 1966, pp. 246-288.
- TISSEYRE, Sandrine: «Actes conclus pour une société en formation: de l'effet de la clause de substitution», *Recueil Dalloz*, 2020, pp. 1023-1026.
- TRONCOSO, Mauricio, «Unauthorized agent and Company in formation in French Law», *European Company and Financial Law Review*, 2023, pp. 519-546.
- «¿Cuál es el ámbito de aplicación del art. 36 LSC (Sobre el concepto de actuante en la sociedad en formación?)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2023, 68, pp. 225-233.
- ULMER, Peter y HABERSACK, Mathias: §11, en Habersack/Casper/Löbbe, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar*, Band I, Tübingen, 3. Aufl. 2019.
- ULMER, Peter y LOBBE, Matthias: §2, en Habersack/Casper/Löbbe, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar*, Band I, Tübingen, 3. Aufl. 2019.
- VELA TORRES, Pedro: «Artículo 38: Responsabilidad de la sociedad inscrita», en GARCÍA-CRUCES, José Antonio y SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Valencia, 2021, pp. 803 y ss.
- VIGUERA, José María: «Reflexiones críticas sobre la constitución de la sociedad de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, 1998, 10, pp. 43-68.
- WÖSTMANN, Heinz: §11, en ROWEDDER, Heinz y PENTZ, Andreas (Hrsg.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, München, 2022.