

---

**JORNADAS SOBRE DERECHO Y SOCIEDADES.  
COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO.  
JUECES PARA LA DEMOCRACIA  
PONTEVEDRA, 27 y 28 de septiembre de 2007**

---

La organización de las Jornadas sobre Derecho y Sociedades pretende crear un espacio colectivo de reflexión y debate sobre las cuestiones más candentes del derecho de sociedades, en el entendimiento de que la dinámica social y económica de nuestro tiempo genera incesantemente respuestas jurídicas, legales o jurisprudenciales, a un ritmo que, aunque no pueda ser equiparable al de la complejidad de las relaciones económicas, sí ha permitido que la materia societaria, en sus implicaciones jurídicas, sea uno de los ámbitos más novedosos y emprendedores del Derecho. La producción jurídica es, en este sentido, abrumadora y precisamente por ello resulta necesario llevar a cabo una puesta en común de los aspectos más actuales de esta materia, de indudable interés para Jueces, Abogados, Notarios, Registradores Mercantiles y otras profesiones jurídicas.

Para ello se ha estructurado un programa en el que se han seleccionado las materias de mayor interés, contando con la participación como Ponentes de Magistrados, Catedráticos y Abogados de indudable prestigio en el ámbito del Derecho Mercantil.

La pretensión de los organizadores de estas Jornadas pasa por el estudio, desde un enfoque participativo y dinámico, de las materias que se detallan a continuación. Las ponencias elaboradas sobre ellas, además del documento resumen de las mismas, estará disponible en la web [www.juecesdemocracia.es](http://www.juecesdemocracia.es), sin perjuicio de su remisión telemática a los participantes que estén interesados.

**PRIMERA PONENCIA. D. JOSÉ CÁNDIDO PAZ ARES.**  
**Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado**

**Presentado por el Ilmo. Sr. D. Enrique San Juan Muñoz,**  
**Magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 1 Málaga.**

**UNIONES DE EMPRESAS Y GRUPOS DE SOCIEDADES. LA PROTECCIÓN DE LOS SOCIO DE LA SOCIEDAD DOMINANTE Y DE LA SOCIEDAD FILIAL**

**I. TIPOLOGIA DE LAS VINCULACIONES ENTRE EMPRESAS.-**

1. Consideraciones generales.-
2. Uniones consorciales.-
3. Sindicatos y cárteles.-
4. Alianzas estratégicas, comunidades de intereses y grupos de sociedades.-
5. Referencia a la *joint venture* o sociedad conjunta.-

**II. SIGNIFICADO GENERAL DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.-**

6. La noción de grupo de sociedad: unidad doctrinal *versus* variedad legal.-
7. Tipología básica de los grupos de sociedades.-
8. Función económica de los grupos de sociedades.-

**III. PROBLEMÁTICA JURIDICA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.-**

9. Planteamiento de la cuestión: el desfase entre el Derecho de sociedades y la realidad de los grupos de sociedades.-
10. La formación del grupo de sociedades y la protección de los accionistas de la sociedad dominante.- 1
1. La protección de los socios externos de las sociedades filiales.-
12. La protección de los acreedores de las sociedades filiales.-
13. Referencia a la consolidación contable

**PRIMERA MESA REDONDA**

**Coordinada por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Raquel Blázquez Martín.  
Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 84 de  
Madrid. Letrada del Consejo General del Poder Judicial**

**Ilmo. Sr. D. BLAS ALBERTO GONZÁLEZ NAVARRO.  
Magistrado de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de  
Barcelona.**

**LOS CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE SOCIOS Y  
SOCIEDAD****1.- DELIMITACIÓN DE LOS INTERESES SOCIETARIOS QUE LATEN  
EN UNA SOCIEDAD MERCANTIL DE CAPITAL:****\* INTERES SOCIAL.**

Un grupo de personas desea constituirse en sociedad para satisfacer intereses subjetivos: lo que coinciden no son estos intereses, que son muy diversos, sino el medio elegido: el contrato de sociedad. Ello genera UN FIN COMUN, dinámico y cambiante, y en consecuencia, PERDIDA DE AUTONOMIA DEL SOCIO EN POS DEL RESULTADO UNITARIO, SEGÚN LA MAYORÍA.

Relevancia a lo largo de la LSA. Por ejemplo, 115, causa de impugnación de acuerdos anulables.

Tesis institucionalistas: sociedad como empresa, instrumento desarrollo económico y social. Preponderancia interés empresarial a la máxima eficacia productiva, postergación de los accionistas a participar en las ganancias. Del interés de la empresa al interés de la persona jurídica, autónomo y transpersonal.

Tesis contractualistas: interés social es el común de los socios. Sólo los socios, prescindiendo del interés de la persona jca, de la empresa o de la economía nacional. Variantes a la horade determinarlo.

Relatividad y superación. Doctrina española generalmente contractualista. Dcho positivo, en efecto, habla de interés social sólo conformado por el de los socios. Ver 117,2 LSA. No participación trabajadores (129.CE por sociedades laborales específicas y cooperativas).

Por tanto, interés social es el interés común de los socios, abstracto y objetivo, esto es, no la suma de los intereses individuales de cada socio, como suele decir a jurisprudencia.

\* INTERES DEL SOCIO. Pero el interés subjetivo del socio sigue latente, y su relación con el interés social es distinta según los casos, debiendo en algunos casos ser respetado por la sociedad.

\* INTERES DE LA MINORÍA., como expresión de intereses subjetivos no plasmados en el interés social que expresa la mayoría.

## **2.- TIPOS DE CONFLICTOS.**

- ENTRE SOCIOS Y ADMINISTRADORES. Deber general de lealtad y diligencia (arts. 127 y ss LSA), separación y revocación (131 LSA y 68 LSRL), acción social (art. 134 LSA), la acción individual (art. 135 LSA), impugnación de acuerdos Consejo Administración (art. 143 LSA). Regulación del conflicto de intereses del 65 LSRL
- ENTRE SOCIOS Y ACREEDORES
- ENTRE SOCIOS. Nos centramos en tipos sociales cerrados (SL, o SA, más flexibles).

## **3.- CONFLICTOS ENTRE LOS SOCIOS.**

Nos ocuparemos de los conflictos entre socios o endosocietarios: sólo ellos son titulares del interés social. No “conflictos de socios y/con sociedad”, propio de tesis institucionalista.

- Interés del socio se mueve en DOS ESFERAS: social y extrasocial.

**ESFERA SOCIAL:** el individuo queda sujeto y vinculado por el principio de la mayoría. Por qué se puede impugnar un acuerdo? Precisamente porque se lesiona el interés social, el de todos los socios, en aras de beneficiar un interés extrasocial, de un socio o de un tercero (art. 115).

No obstante, interés del socio, no sólo como parte integrante del general, también tiene derechos individuales como socio que no pueden a ser atacados sin su consentimiento.

**ESFERA EXTRASOCIAL:** ajeno a la sociedad y también para la sociedad: no es posible decidir en esta esfera sin consentimiento del individuo titular.

Es difícil separar esta esfera de la anterior: ¿cómo actúa el socio en cada caso, como socio o como individuo? Lo normal es que coincidan.

**INTERÉS** del socio en la esfera social puede ser protegido con **DERECHOS** del socio como tal: **INDIVIDUALES** y de **MINORÍA CUALIFICADA** (plus cuantitativo).

**DERECHOS INDIVIDUALES DEL SOCIO:** reconocidos por la mera condición de socio. Art. 48 LSA. Dividendo, suscripción preferente, asistencia y voto, impugnación, e información.

Discutibles en su existencia como derechos. Jerárquicamente inferiores, pueden ser modulados por la fuerza del interés social, pero existen.

- Pues bien, cuando el interés del socio no logra confluir con el social (expresado por los socios por mayoría), surge el **CONFLICTO ENDOSOCIETARIO**. Dos tipos:

Endosocietario estructural. Permanente, duradero e irreversible: sólo se soluciona con la extinción de la relación social. Salida del socio (exclusión o separación) o extinción de la sociedad, por su incidencia en el funcionamiento de la entidad: **DISOLUCIÓN POR BLOQUEO** (nombramiento liquidadores).

Endosocietario coyuntural o eventual, solucionable por otros medios.

- **DOS CLASES** de conflicto coyuntural: **ESTRICTOS Y AMPLIOS**.

En sentido estricto, choque entre interés de la sociedad y un interés **EXTRASOCIAL** del socio.

Preponderancia del interés social. Deber de fidelidad del socio. Dos mecanismos típicos: a priori y a posteriori.

En sentido más amplio, y mucho más frecuente, choque entre un interés del socio como tal, plasmado en derechos individuales o de minoría cualificada, y el interés social, expresado en la Junta.

Intereses societarios incompatibles,

Por incompatibilidad entre el interés social y el interés-derecho individual (por ejemplo, exclusión por la mayoría del derecho de suscripción preferente cuando lo exija el interés social 159 LSA – OJO, 76 LSRL NO EXIGE INTERÉS SOCIAL, MAS FLEXIBLE EN SL, CONTRADICCIÓN CON TIPO SOCIAL, PROPUESTA DE ANALOGIA -, o restricciones al derecho de información por el mismo interés social 112 LSA y 51 LSRL)

Por colisión de derechos individuales sin riesgo para el interés social, según lo entiende la mayoría y la minoría. Es el problema más general de los límites al poder de las mayorías. Casos típicos: aumentos de capital abusivos, no requeridos por las circunstancias económicas, sino con finalidad de exclusión o control del socio disidente; modificaciones estructurales abusivas, por fusiones o absorciones que responden al interés del mayoritario o crean dependencias en un grupo; disoluciones abusivas; o aplicaciones de resultados abusivas, aunque no haya un derecho subjetivo al dividendo. O casos de afcción al derecho de las minorías: caso Acciona, sistema proporcional de designación de consejeros 137 LSA vs. Dcho a administradores no vinculados con competidores)

No hay jerarquía ni un interés prevalente en todo caso, es necesario ponderar cada supuesto.

#### **4.- DOS TIPOS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO ENDOSOCIETARIO.**

A PRIORI: deber de abstención del socio con un interés extrasocial incompatible con el social (art. 52 LSRL). Sólo para intereses extrasociales.

A POSTERIORI: impugnación del acuerdo de la Junta por lesionar el interés social en beneficio particular de un socio o un tercero (art. 115.1 LSA). Acuerdo **ANULABLE SI EXISTE DAÑO POTENCIAL**. Lo esencial aquí es que el acuerdo sea objetivamente lesivo, como prueba el hecho de que el acuerdo se anule si se beneficia el interés de un tercero no socio. Por tanto, no es precisa **PRUEBA DE RESISTENCIA**, ver si el acuerdo se hubiera adoptado en todo caso sin los votos abusivos.

El mecanismo a posteriori incluye también el caso de que no se respete la prohibición de voto del 52, vulneración de la Ley, acuerdo **NULO, PERO CON PRUEBA DE RESISTENCIA**: que el voto emitido haya sido decisivo en la conformación de la mayoría.

Para intereses-derechos individuales o de minoría, también impugnación, pero ya por **INFRACCIÓN DE LA LEY**, acuerdos **NULOS**. Sin perjuicio de emplear el abuso del derecho y la buena fe del artículo 7 Código Civil en supuestos de mayoría abusiva.

#### **5.- CONFLICTO DE INTERSES EN SENTIDO TÉCNICO: DEBER DE ABSTENCIÓN DEL ART. 52 LSRL.**

Principales cuestiones de interés (generales).

Se concibe cuando concurre el conflicto en varios o un socio. No si **TODOS** los socios están incurso en la prohibición de voto. En este caso parece impensable una abstención unánime que detenga el negocio: la comunidad de los intereses

subyacentes de los socios se concreta en torno a un fin extrasocial, la infracción del artículo 52 pasa desapercibida. Sin conflictividad social, el artículo 52 no se aplica, de ahí su escasa aplicación práctica.

En este sentido, RDGRN de 16 de octubre de 2000: entendió correcto que, cuando son dos socios los que se quiere excluir (era un caso de socios con el 51% y el 41% del capital que, como administradores, incurren en a prohibición de competencia del 65 LSRL), el cómputo se haga por separado - se excluye el socio del 51%, pero puede votar el del 41%, y viceversa – y no en bloque – exclusión del 92%. Parece discutible: si el conflicto es el mismo y el acuerdo el mismo, la separación es artificial y no permite aplicar el propósito legal. Ningún socio puede votar ese acuerdo y todas sus participaciones deben excluirse del cómputo.

Es saludable como mecanismo preventivo ante conflictos con intereses extrasociales, pero genera también inseguridad jca: ¿quién decide que asistimos a una de las situaciones de conflicto tipificadas? Si es la Junta, al afectado debe a su vez abstenerse para decidir si debe abstenerse. Mejor EL PRESIDENTE DE LA MESA, aunque no exista delimitación legal de sus funciones y sí dudas sobre su parcialidad. No obstante, existe un posible régimen de responsabilidad en su caso, tipificación expresa y control judicial.

La apreciación del Presidente recae sobre la subsunción en el tipo legal, no sobre si existe en verdad o no un conflicto social. Principio de legalidad supone que no existe un deber general de abstención del derecho de voto: si no concurre un tipo legal, derecho a votar no limitado, sin perjuicio posible impugnación del acuerdo. Cláusula general fue descartada en trámite parlamentario.

¿Significa ello que no es posible prever motivos de abstención en ESTATUTOS? Lo relevante es que no haya una cláusula general, sí a la autonomía de los socios del 12.3 LSRL. Es la fórmula que importa la Ley de Cooperativas (art. 42 y 26.8 LCoop).

Posible abuso estatutario con una tipificación excesiva que burle la intención del legislador.

Pero también dificultades cuando el tipo no es lo suficientemente claro o específico (¿qué es “la concesión de un derecho” o la liberación de una obligación”?).



Los dos últimos casos se refieren a la dispensa de la prohibición de competencia del administrador del artículo 65 o al caso de entablar el administrador relaciones de obras o servicios con la sociedad. Pero le atañe la abstención COMO SOCIOS. No existe un sistema preventivo similar para los casos de conflicto administrador de derecho o de hecho - interés social, son controles a posteriori.

¿Se extiende al representante que no es socio pero que tiene el mismo conflicto? Creo que sí. Socio puede votar por sí o por otra persona no viciada.

¿Se extiende la prohibición de votar al conflicto indirecto, esto es, cuando el conflicto de intereses no afecte al socio en sí, sino a un tercero con el que éste tiene alguna relación o vinculación laboral, profesional, personal, etc? Es posible en estos casos que el socio trate de priorizar el interés del tercero. Art. 42 LCoop sí lo recoge en casos de parentesco, pero LSRL no. Por seguridad jca, no obstante, la doctrina se inclina por mantener que **NO ES APLICABLE LA PROHIBICION DE VOTO**, sin perjuicio de controles posteriores, al beneficiarse a un tercero en contra del interés social. Dado al fraude.

Si el socio es a su vez una sociedad, se aplica art. 52 si el conflicto se predica de la sociedad en sí como socia, o de alguno o algunos de sus socios con capacidad para formar la voluntad de la socia.

Si no se respeta la prohibición, reiterar que el acuerdo es NULO por infracción de ley, aplicando la PRUEBA DE RESISTENCIA. Si el acuerdo, descontando los votos ilícitos, se hubiera aprobado por la mayoría no incurso en la prohibición, debe mantenerse.

Debe tenerse presente la vocación de generalidad del precepto, extensible a todas las sociedades mercantiles. El malogrado Código de Sociedades Mercantiles de 2002 recogió esta norma, en una redacción prácticamente idéntica, en su artículo 89. Críticas doctrinales por la imprevisión de no hacerlo extensible a la LSA, imposibilidad como norma restrictiva y limitadora.

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup> ZULEMA GENTO CASTRO.- MAGISTRADA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE PONTEVEDRA****DERECHO DE INFORMACIÓN DEL SOCIO: SUPUESTOS DE USO Y ABUSO****1. CONCEPTO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN**

**-Derecho fundamental:** derecho político en confrontación a los derechos económicos.

RDGRN 08-07-2005

STS 16-06-2006

**-Derecho en beneficio del socio**

SAP BCN 20-09-2005

**-Derecho instrumental del derecho de voto y, por tanto, en relación con los límites del derecho de información**

SAP BCN 06-04-2005

STS 08-10-1975

STS 26-01-1993

STS 13-10-1962

STS15-10-1992

**-Pero no se reduce a un derecho instrumental**

SAP BCN 06-04-2005: También opera en relación a aquellos asuntos del orden del día que no requieran la adopción de un acuerdo o cuyo debate no concluya en una votación.

La norma conecta con asuntos del orden del día, no de la votación: posibilita no sólo el derecho de voto sino los demás derechos, esto es, efectiva participación en el control y dirección de la sociedad.

También en fase de LIQUIDACIÓN (DGRN 03-05-2006)

**-¿Quién no lo puede ejercitar?**

1.- El socio que carezca de derechos políticos.

2.- Tampoco el accionista que es administrador porque se presume que está informado

STS 01-02-2001

Esta presunción permite prueba en contrario (STS 26-09-2005)

**2. USO Y ABUSO**

Art. 48.2 TRLSA el derecho de información no viene configurado por ley como ilimitado, sino todo lo contrario

EXCLUSIONES 48.2 “salvo en los casos en ella previstos”

Realmente no existe una exclusión: la frase se justifica por venir referida a otros derechos como el de asistencia que se puede limitar.

Sólo la LMV impide el ejercicio de derechos políticos, como el de información en determinados casos pero no la LSA ni la LSRL

Los administradores que denieguen el derecho de información sin causa legal: artículo 293 CP

### 3. MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

I.- OBLIGACIÓN GENÉRICA A SOLICITUD DE SOCIOS: 112 LSA Y 51 LSRL

II.- OBLIGACIÓN CONCRETA en determinados supuestos

SAP BCN 13-09-2002: “el derecho de información tiene, en el seno de las sociedades, dos distintas manifestaciones. Una, la contemplada en el art. 112 TRLSA, esta referida a los asuntos comprendidos en el orden del día de una determinada junta general. Su característica principal es que queda confiada a la iniciativa del socio, mediante una solicitud (escrita antes de la reunión o verbal en la misma), sin la cual no nace para la sociedad, mediante su órgano de administración, el deber de prestar la información. La otra está referida a determinadas relevantes vicisitudes de la sociedad. Se caracteriza porque viene impuesta imperativamente a la misma, sin necesidad de una previa iniciativa del socio. Uno de los supuestos de esta segunda manifestación es el que, respecto de las modificaciones estatutarias o la aprobación de las cuentas anuales, regulan los artículos 144.1.c) y 212.2 del mismo texto.”

#### MANIFESTACIÓN GENÉRICA 112.1 TRLSA Y 51 LSRL

1.- La iniciativa de solicitud de información viene atribuída a los accionistas

SAP BCN 14-12-1995

STS 23-05-2001

2.- Momento de pedirlo: antes o durante la junta

➤ ANTES

SA: desde la publicación hasta 7 días antes de la fecha prevista.

SRL: fecha publicación convocatoria y celebración

Petición escrita

➤ DURANTE: oral

3.- Modo

LSA 112: tres términos: precisas, pertinentes y necesarias

- Precisas: STS 9-02-1989: NO autoriza en manera alguna al accionista a investigar en la contabilidad y en los libros sociales ni menos aún en la documentación de la sociedad.
- Pertinentes: adecuadas al caso.
- Comprendidas en el orden del día

STS 23-05-2001: no permite extender el derecho de información a cuentas anuales de ejercicios anteriores

LSRL artículo 51: precisas y orden del día.

#### 4. CONCLUSIÓN

Cuando los administradores reciben una petición de información deben examinar:

- 1.- si se ha producido dentro de los períodos fijados por la ley o estatutos.
- 2.- si el solicitante tiene la condición de socio y qué porcentaje de capital social representa.
- 3.- si pide una información concreta
- 4.- si la información se refiere al orden del día o complemento de la convocatoria y es necesaria a los fines del orden del día.
- 5.- si tiene menos del 25% del capital social, si hacer pública esa información es compatible con el interés social.

SOCIEDADES COTIZADAS: además satisfacer los requerimientos del artículo 117 LMV.

#### LÍMITES

➤ LIMITACIÓN GENÉRICA

STS 17-05-1995: EL DERECHO DE INFORMACIÓN no puede servir para obstruir o paralizar la actividad social sobreponiendo a los intereses sociales el particular de los accionistas que ejercitan el derecho de información

➤ LIMITACIONES ESPECÍFICAS

1.- Por razón de la materia

Para determinar el límite de lo que puede ser materia del derecho de información del socio haya que recordar que los socios integran uno de los órganos sociales colegiados y que nuestra normativa distingue claramente entre aquellas materias cuyo conocimiento y decisión exclusivas corresponden a la junta general (por ejemplo 44, 62 y 63 LSRL) y aquellos otras que pertenecen al ámbito de decisión del consejo de administración

Por lo tanto, en principio, el derecho de información del socio debe limitarse a las cuestiones que constituyen competencia de la junta general y no puede extenderse a aquellas otras reservadas por ley, o por los estatutos, al órgano de administración social.

Nuestro ordenamiento jurídico no tolera el abuso del derecho. Tampoco del derecho de información. La documentación y datos requeridos lo han de ser para conocer debidamente los asuntos que van a ser sometidos a debate y decisión. Si se pretende utilizar el derecho de información para obtener datos con otra finalidad se está ejercitando abusivamente el derecho de información. (STS 12-12-2003, 22-07-2005).

2.- Límites por incompatibilidad con el interés social.

-112.3 y 51: permiten denegar a un socio la información solicitada cuando la publicidad de esta perjudique los intereses sociales.

Pero no actúa si la ley establece la obligación de dar esa información o cuando los socios representen 25% del capital social.

¿Quién decide si perjudica al interés social?

SRL.- órgano de administración

SA.- presidente ( el del órgano de administración o el de la junta?)

Control judicial.

### 3.-Límites por razón del tiempo

#### MANIFESTACIONES ESPECÍFICAS

Se refieren a determinadas vicisitudes relevantes de la sociedad y se caracterizan porque la concreción de los documentos en que consiste el deber de informar viene impuesto imperativamente

La ley no sólo indica los documentos sino también la forma en que se ha de facilitar la información. Hay tres sistemas:

- 1.-Puesta a disposición de los socios de la documentación relevante para que puedan examinarla en el domicilio social.
- 2.-Entrega de los documentos en que consista la información a los socios que la soliciten, a cargo de la sociedad de forma inmediata y gratuita.
- 3.- Envío de dichos documentos a cargo de la sociedad a los domicilios de los socios que así lo pidan.

#### SUPUESTOS ESPECÍFICOS

##### 1.-APROBACIÓN DE LAS CUENTAS DEL EJERCICIO ANTERIOR

SA: 212.2: cualquier accionista podrá obtener de la sociedad los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas.

Además la contabilidad debe expresar la imagen fiel de la sociedad. Reiterada jurisprudencia ha declarado la nulidad de los acuerdos aprobatorios de las cuentas anuales cuando estas no reflejan fielmente la imagen económica y patrimonial de la sociedad.

SRL: art. 86

El 86.1 es casi idéntico al art. 212.2 TRLSA pero el apartado 2 dispone que durante el mismo plazo y salvo disposición contraria de los estatutos, el socio o socios que representen al menos el 5% del capital social podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales.

El examen no se limita a los documentos que se someterán a votación sino que se extiende a sus soportes y antecedentes, es decir, al detalle de la contabilidad social, y a las facturas, recibos y demás documentación que le dan soporte.

## 2.- MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS SOCIALES

SA: 144 TRLSA

- Redacción del texto que se desea someter a votación. RDGRN 29-01-1997: debe existir desde que surge el derecho a examinarlo.
- Informe escrito que justifique la conveniencia de la modificación propuesta.
- El anuncio de la convocatoria debe contener que los accionistas tienen el derecho a examinar el texto íntegro de la modificación y del informe.

SRL: art. 71.1 LSRL

Los socios tienen derecho a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta.

## 3.-AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL CON EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

## 4.-AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE APORTACIONES NO DINERARIAS

## 5.-AMPLIACIÓN DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS

## 6.- EMISIÓN DE OBLIGACIONES CONVERTIBLES EN ACCIONES

## 7.- FUSIÓN

## 8.- ESCISIÓN

## 9.- SOCIEDADES CON ACCIONES ADMITIDAS A COTIZACIÓN EN MERCADOS OFICIALES

## **5. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN**

- 1.-Nulidad si el derecho de información infringido es exigido por la ley
- 2.- Anulabilidad si es exigido por los estatutos.

**ILMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ.  
MAGISTRADO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE  
PONTEVEDRA, SECCIÓN 1ª, ESPECIALIDAD EN ASUNTOS  
DE LO MERCANTIL**

### **LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN**

### **LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO DE SOCIEDADES.**

Debe entenderse, con la mejor doctrina que, la personalidad jurídica de las sociedades surge en el mismo momento en que se celebra el contrato de sociedad ( art. 1.679 CC ). Es cierto que al amparo del art. 1669 CC y 119 C. de c. se ha venido interpretando la necesidad de la publicidad, normalmente a través de la inscripción registral, para adquirir la personalidad jurídica. Culminación de esta doctrina fue la tan denostada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31-3-1997, y otras posteriores en las que se señala que las sociedades civiles solo adquieren personalidad jurídica a través de su publicidad en el Registro Mercantil. Increíblemente el legislador procede a acomodar el ordenamiento, de forma poco acertada, a tales resoluciones modificando el art. 81.3 RRM mediante Real Decreto 1867/1998, de 4 de Septiembre, según el cual, "podrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil". Esta modificación causa perplejidad en primer lugar porque no falta razón a la doctrina que califica del ilegal la modificación por cuanto se introduce por vía reglamentaria lo que necesita rango de ley ( art. 16.1.5º C. de c. ). En segundo lugar porque el art. 81 RRM lo que regula son los sujetos y actos de inscripción obligatoria, no potestativa. La DGRN da por hecho, sin mayor justificación, que la personalidad jurídica siempre está conectada con la



publicación en un Registro. Sin embargo, y sobre todo después de las intervenciones legislativas que suponen los arts. 15 y 16.2 LSA ( a los que remiten los arts. 152 C. de c. y art. 11.3 LSRL ) y el art. 7.2 Ley de Agrupaciones de Interés Económico, las sociedades en formación y las sociedades irregulares gozan de la personalidad jurídica básica descrita en el art. 38.1 CC ( como ya resultaba del art. 116.2 C. de c. , y ahora resulta de los arts. 1 y 22.1 Ley de Agrupaciones de Interés Económico ). Y que la inscripción en el Registro Mercantil sólo es precisa para que las sociedades de capital adquieran su especial personalidad jurídica, que adiciona la responsabilidad limitada de los socios, y para excluir la responsabilidad solidaria de los administradores, prevista con carácter general en el art. 120 C. de c.. Por suerte la DGRN, (aún después de la STS, Sala Tercera, de 24-2-2000 por la que se anula la Disposición adicional única del RD 1867/1998, de 4 de Septiembre, dejando sin efecto la reforma del art. 81.3 RRM por contravenir el principio de jerarquía normativa al vulnerar los arts. 16 y 19 C. de c. en el sentido antes indicado ), cambia de criterio y viene a acogerse a la ya mayoritaria doctrina sobre la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles, así en el FJ cuarto de la Resolución de fecha 14-2-2001, establece :

"Aun dejando al margen las consecuencias que podrían derivarse del art. 22 de la Constitución en orden al reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones en sentido amplio, entre las cuales han de incluirse las sociedades (cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1987, de 23 de febrero, y 96/1994, de 21 de enero), y del que cabría inferir que han de ser los condicionantes y restricciones del derecho de asociación, y no la concesión de dicha personalidad a los entes asociativos, los que se formulen de manera expresa y clara, lo cierto es que, conforme al art. 36 del Código Civil, las asociaciones de interés particular a que se refiere el art. 35.2 se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, "según la naturaleza de éste", es decir, según sea civil o mercantil el contrato ; por ello, el reconocimiento de su personalidad se ha de buscar en la regulación positiva acogida en dicho cuerpo legal (con independencia de que hubiera sido otra la prevista en el Anteproyecto), sin que pueda concluirse, como hace la Resolución de 31 de marzo de 1997, que la concesión legal directa y positiva de tal personalidad, así como su regulación, ha de encontrarse en el Código de Comercio, por imperativo del art. 1670 del Código Civil. Así, de la correcta interpretación del mencionado art. 36 resulta que las disposiciones del Código Civil relativas al contrato de sociedad serán aplicables a las asociaciones de interés particular que sean civiles, a las que se refiere el art. 35.2, de modo que

es este último precepto el que debe interpretarse a la luz del art. 1669 del mismo Código y no a la inversa.

Por otra parte, es indudable que existen disposiciones legales que presuponen la personalidad jurídica de las sociedades civiles aunque no revistan forma mercantil ni se hallen inscritas en el Registro: según el art. 87.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, "cuando el objeto de la sociedad de responsabilidad limitada no sea mercantil podrá transformarse en sociedad civil" ; conforme al art. 91.1 de dicha Ley, la personalidad jurídica de la sociedad que se transforma no cambiará y continuará subsistiendo bajo la forma nueva ; y con arreglo al art. 92.1 siguiente, la transformación de sociedades civiles en sociedades de responsabilidad limitada "no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada" (cfr. art. 222, apartados 1 y 3, del Reglamento del Registro Mercantil, que, al establecer que se presentará la escritura de transformación en dicho Registro para cancelar los asientos relativos a la sociedad de responsabilidad limitada transformada, presupone que la sociedad civil resultante de la transformación goza de personalidad jurídica aunque no se halle inscrita en el Registro Mercantil).

A mayor abundamiento, según la interpretación de los arts. 116 a 120 del Código de Comercio hoy predominante en la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni siquiera respecto de las sociedades civiles por su objeto que revistan forma mercantil puede mantenerse que carezcan de personalidad jurídica antes de su inscripción en el Registro Mercantil ("vide infra").

Si bien, con anterioridad a esta Resolución, la DGRN dicta nueva resolución en la que sigue negando, aunque con menor intensidad, personalidad jurídica a la sociedad en formación. La Resolución de 22 de abril 2000 en la que se trata la inscripción en el Registro de la Propiedad de un inmueble adquirido por una sociedad en formación, concretamente por su administrador único con mandato específico de todos los socios. La DGRN confirma la denegación del Registrador a la inscripción, asumida igualmente en vía gubernativa por el Presidente del TSJ de Madrid , sobre la base de la falta de personalidad jurídica antes de la inscripción, y al amparo del art. 383 RH. Pero, sin embargo, ya señala la resolución que, no pueden desconocerse los efectos jurídicos que el negocio de constitución produce desde el mismo momento de su celebración, y en la medida que tengan sustantividad jurídico-real inmobiliaria, no puede negarse su puntual y fiel reflejo, que dicho organismo solventa mediante la atribución de una titularidad común a todos los socios aportantes, practicando la respectiva inscripción a favor de todos los constituyentes.

En realidad, como señala Paz-Ares, el art. 1669.1 CC no vincula la personalidad a la publicidad sino al contrato. Cuando dispone que no tienen personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan reservados entre los socios, no se está refiriendo a las sociedades externas que sean desconocidas en el tráfico, sino a las sociedades meramente obligacionales o internas. Mantener reservados los pactos no significa mantenerlos secretos, como si de algo inconfesable se tratase. Significa simplemente mantenerlos internos. Por lo tanto la sociedad cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios no es la sociedad que se desarrolla en la realidad fáctica del tráfico sin darse a conocer, sino aquella sociedad que contiene una cláusula contractual, en virtud de la cual, se acuerda que los pactos sociales carecen de trascendencia frente a terceros, que los pactos no modifican la posición de los socios frente a terceros.

Hemos de tener en cuenta que la sociedad interna es, en efecto, la sociedad que solo tiene efectos obligatorios, la sociedad en que los efectos organizativos han quedado excluidos. Por el contrario, la sociedad externa, a que responde el modelo legal, es la sociedad personificada. La personalidad jurídica es el expediente de que se vale nuestro ordenamiento jurídico para configurar las sociedades externas. El criterio de distinción está en la estructura de la sociedad. La sociedad interna es la sociedad que se estructura como vínculo, la sociedad externa es la sociedad que se estructura como organización. La primera es una mera relación obligatoria, de derecho la segunda es un sujeto. ( Paz-Ares ).

La misma cuestión se plantea en el ámbito de las sociedades mercantiles en torno al problema de las sociedades irregulares. Ya hemos visto la doctrina tradicional que viene sosteniendo que la sociedad no inscrita carece de personalidad jurídica. Se parte del art. 119 C. de c. de forma que si la sociedad no se ha inscrito, no se ha constituido conforme a las disposiciones del C. de c. que exige el art. 116 del mismo, y por lo tanto, carece de personalidad jurídica. Las relevantes consecuencias, y de ahí la importancia de esta amplia reflexión sobre la personalidad jurídica de las sociedades, son dos : la nulidad de todos los contratos celebrados por la sociedad con terceros ( art. 118 C. de c. a sensu contrario ), y la responsabilidad de los gestores ( art. 120 C. de c. ).

Lo absurdo de tales resultados ha llevado a la doctrina a replantearse la cuestión. Y como ya hemos señalado anteriormente, la propia DGRN, (a pesar de la nefasta resolución de 31-3-1997 y las que la siguieron ), y un importante sector de la doctrina, vienen a reconocer la personalidad jurídica de la sociedad irregular. La

personalidad jurídica no depende de la publicidad registral, y así se pone en evidencia en la nueva redacción del art. 16 LSA, al remitirse a las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, a las normas de la sociedad civil, en el caso de sociedad irregular. Como consecuencia del reconocimiento de personalidad jurídica, ha de reconocerse la validez a las relaciones externas de la sociedad irregular que dejan de verse desde la óptica de validez o nulidad ( art. 118 C. de c., que a pesar de su literalidad normalmente no ha llegado a aplicarse estrictamente, siendo significativa la Jurisprudencia que ha venido reconociendo validez a dichos actos celebrados por una sociedad irregular ), para apreciarse en términos de oponibilidad o no a terceros de buena fe ( art. 21 C. de c. ).

Partiendo de estos criterios, la responsabilidad solidaria de los gestores a que se refiere el art. 120 C. de c. ha de entenderse como una responsabilidad adicional y no como una responsabilidad sustitutiva de la que recae sobre la sociedad y sus socios. En este sentido se manifiesta el derecho positivo en los arts. 15.1 LSA y art. 7.2 Ley de Agrupaciones de Interés Económico. Los arts. 15 y 16 LSA, el primero referente a la sociedad en formación y el segundo referente a la sociedad de capital irregular, ponen en evidencia que la personalidad jurídica de la sociedad no depende de su inscripción, pues en caso contrario no tendrían sentido alguno. De la inscripción únicamente depende, como señala la mejor doctrina, la personalidad jurídica plena o característica del tipo elegido " su personalidad jurídica" ( art. 7 LSA y 11 LSRL ), no la personalidad básica de la sociedad que surge con el mismo contrato de sociedad con autonomía patrimonial y capacidad de obrar en el sentido del art. 38 CC.

## LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN.

Naturaleza jurídica .La sociedad en formación es aquella sociedad de duración temporal que existe entre el momento en que se celebra el contrato de sociedad anónima o limitada, y el momento en que se inscribe dicho contrato en el Registro mercantil.

El legislador del año 1989 introduce los arts. 15 y 16 LSA en los que se distingue la sociedad anónima irregular en función de la voluntad de inscribir o no el ente

social, diferenciando de ese modo la sociedad en formación ( art. 15 LSA ) de la sociedad irregular ( art. 16 LSA ). Por lo que la primera hará referencia a la sociedad constituida mediante escritura pública pendiente la inscripción, mientras que la segunda, la sociedad irregular, sería la sociedad una vez desistida la voluntad de inscribir, y en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se hubiera solicitado su inscripción.

Se introduce así una variante en el sistema de la irregularidad de las sociedades mercantiles, de forma que la misma sólo es válida en el ámbito de las sociedades de capital, puesto que respecto de las sociedades de personas tal distinción no existe ya que se confunden sociedad irregular y sociedad en formación. La razón de la divergencia hay que buscarla en el diferente carácter que tiene la inscripción registral en el caso de las sociedades mercantiles de personas y en el caso de las sociedades de capital .

Sin embargo en las sociedades de capital la inscripción es constitutiva ( arts. 7.1 LSA y 11.1 LSRL ).

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente no cabe duda que la sociedad en formación, ostenta claramente personalidad jurídica. Los cambios provocados por los arts. 15 y 16 LSA en la personificación de las sociedades mercantiles no inscritas es determinante, no pudiendo ya sostenerse su falta de personalidad jurídica.

Ahora bien, no pueden desconocerse los arts. 7 LSA y 11 LSRL que exigen la inscripción para adquirir la personalidad jurídica de SA o de SRL. En este sentido puede recordarse el art. 62 LSA que prohíbe la entrega o la transmisión de acciones antes de la inscripción, lo que incluso puede ampliarse, analógicamente, a la emisión, en relación con los citados preceptos, porque en realidad , antes de la inscripción, no ha nacido todavía la SA o la SRL. No existe aún SA o SRL. Hay una sociedad en formación con un régimen expreso establecido en el art. 15 LSA.

Ya se la considere como una sociedad de capital o como una sociedad de personas, lo que no cabe duda es que es una sociedad personificada, como se desprende de los dos primeros apartados del art. 15 LSA. , en los que se prevé la actuación externa de la sociedad en formación a través de sus administradores u otros representantes o mandatarios, recayendo la responsabilidad sobre un patrimonio propio de la sociedad en formación, formado por las aportaciones de

los socios. Se está, por lo tanto, reconociéndole personalidad jurídica, cuando menos la básica del art. 38.1 CC, por lo que la misma puede intervenir en el tráfico jurídico adquiriendo y transmitiendo bienes, derechos y obligaciones. Ostentando igualmente la capacidad procesal para ser parte en cualquier proceso para dirimir sus derechos y obligaciones.

Nada dice el art. 38.1 CC sobre la capacidad registral de las personas jurídicas, aunque ello no es obstáculo para su reconocimiento en las sociedades que gozan de personalidad jurídica básica. Que la persona jurídica posee capacidad registral es indudable, según señala De Arriba Fernández, por dos motivos: por un lado, porque resulta contradictorio admitir la capacidad procesal de la persona jurídica y denegar su capacidad registral, el acceso a los registros públicos; y por otro lado, porque reconocida la posibilidad de que la persona jurídica ostente la titularidad de derechos y deberes, necesariamente debe permitirse el acceso a los registros en que esa titularidad se da a conocer "erga omnes".

2- Régimen de los actos y contratos celebrados por la sociedad en formación, o en su nombre.

Para la efectiva constitución de la SA o SRL es necesaria escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil ( art. 7 LSA y art. 11 LSRL ) sin los cuales no hay verdadera sociedad anónima o limitada. La escritura pública es el primer acto fundacional y además de la voluntad de constituir la sociedad, del contrato de sociedad, incluye los ESTATUTOS que tienen un contenido mínimo ( art. 9 LSA : domicilio social, duración, objeto social, domicilio social, cifra de capital social y número de acciones, forma de representación y administración..... ), y pueden además incluir cualesquiera cláusulas que tengan por conveniente siempre que no contraríen las leyes ni los principios configuradores de la sociedad ( art. 10 LSA ). Fuera de los estatutos pueden igualmente los socios establecer pactos y acuerdos, pero estos únicamente les vinculan a ellos no siendo oponibles a la sociedad ( art. 7.1 LSA ).

La fundación puede ser simultánea o por convenio ( forma más habitual ) o por fundación sucesiva o por suscripción pública de acciones, a través de un complejo y largo proceso regulado en los arts. 20 y ss. LSA

Las actuaciones que lleve a cabo la sociedad durante ese proceso normal de fundación y antes de su inscripción en el Registro Mercantil se rigen por lo dispuesto en el art. 15 LSA relativo a la sociedad en formación :

1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.
2. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar.
3. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores.
4. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

Como señala Manuel de la Cámara , las sociedades no surgen a la vida por generación espontánea, de forma que, con anterioridad a su constitución, y dando por supuesto que la misma se formalice en escritura pública, habrán mediado entre los fundadores tratos preliminares, siendo además frecuente que, antes de la constitución, se realicen negocios en nombre o por cuenta de la sociedad : encargo de estudios técnicos sobre viabilidad, planificación de operaciones sociales, adquisición de patentes o derechos de propiedad industrial, adquisición en propiedad o alquiler de un inmueble para ubicar las instalaciones de la sociedad.....

Debemos por lo tanto, distinguir entre :

- A) los actos celebrados antes de la escritura de constitución de la sociedad, y
- B) los celebrados desde la constitución escriturada pero antes de su inscripción en el Registro Mercantil.

A)

No ha de entretenernos mucho esta cuestión pues no estamos propiamente ante una sociedad en formación, sino ante una sociedad irregular. El problema surge al determinar el momento en que la sociedad adquiere personalidad jurídica. Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia vinieron afirmando la validez y eficacia del contrato social en el ámbito interno, aun cuando la sociedad no estuviese inscrita (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil", en Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. XXX, Madrid, 1991, SSTS 6 febrero 1964 y 31 mayo 1969 ). En este mismo sentido y con escasa posibilidad de confusión se establece en el art. 117 CCom. al disponer que "el contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho (arts. 1261 y 1666 CC) ser válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan". Claridad que no puede verse enturbiada con la dicción del art. 119 del mismo texto en el que, en contra de lo que parece a simple vista, no se dispone un requisito de forma, sino más bien de regularidad social. En suma, resulta posible afirmar la existencia de unanimidad doctrinal y jurisprudencial.

Ahora bien, cuando se plantea la cuestión desde la perspectiva de los efectos externos, la doctrina tradicional ( Garrigues, Uría, Vicent Chuliá ) y la Jurisprudencia, le niegan tales efectos, pues carece de personalidad jurídica (art. 116.II CCom. a contrario sensu), ya que no puede reputarse constituida con arreglo a las disposiciones del CCom (art. 116.I CCom. ). Las consecuencias de esta construcción son de dos tipos: de un lado, supone afirmar la invalidez e ineficacia de todos los contratos celebrados por la compañía con terceros (art. 118, a contrario sensu, en relación con los arts. 116.II y 119 CCom. ). De otro, dispone la responsabilidad solidaria de los socios gestores de la sociedad para las personas con quienes se hubiese contratado en nombre de la entidad colectiva (ex art. 120 CCom.). Se trata, sin lugar a dudas, de una consecuencia derivada de la inexistencia de la sociedad, ya que si bien es cierto que los contratos que celebra son nulos, no por ello puede dejarse desamparado al tercero que contrata de buena fe ( GARRIGUES ).

No obstante, y a pesar de la fundamentación "lege data" de la doctrina tradicional, no puede llegarse a tales conclusiones, ya que la afirmación conduce



irremisiblemente a consecuencias del todo inadmisibles (PAZ-ARES ). En efecto, la negación de personalidad jurídica a la sociedad irregular conduce directamente a efectos no deseados por el legislador, puesto que si negamos la personalidad jurídica resulta, de un lado, que no cabe afirmar la existencia de un patrimonio de responsabilidad diferente del propio de los socios, que es, justamente, una de las garantías dispuestas por la ley en favor de los acreedores sociales; y, de otro, que se disocia el vínculo que liga a los socios con los actos que en nombre de la sociedad hubiesen realizado los gestores (GIRÓN TENA, J. ). Asimismo, la supuesta invalidez e ineficacia de los contratos celebrados con terceros, en la medida en que tal efecto supone afirmar su inexistencia frente a la sociedad, provocaría la exoneración de responsabilidad de ésta y, consecuentemente, de todos sus socios no gestores (PAZ-ARES). Eso sí, negada la vinculación con la sociedad, la tesis tradicional intercala la responsabilidad de los gestores sin caer en la cuenta de que tal responsabilidad sustituye a la de la sociedad; máxime cuando la intención del art. 120 del CCom. estaba no en la sustitución de responsabilidades, sino en su adición (GIRÓN TENA, J., ob. cit.). En consecuencia, la tesis tradicional no conduce sino a beneficiar, exonerando de responsabilidad, a quienes se pretendía sancionar por omitir la inscripción -los socios- y a perjudicar a quienes se trataba de tutelar -terceros que contrataron con la sociedad no inscrita- (PAZ-ARES, ob. cit.).

Se comparte la tesis del profesor GIRÓN TENA y el profesor PAZ-ARES, por cuya virtud debe vincularse la personalidad jurídica general no a la inscripción registral, sino, más bien, al contrato fundacional de sociedad: la sociedad no inscrita goza, por tanto, de personalidad jurídica general de sociedad.

Como acertadamente manifiesta GIRÓN TENA , toda sociedad que satisfaga los conceptos generales de sociedad mercantil (objeto mercantil) y que hubiese actuado como tal en el tráfico externo, con independencia del grado de cumplimiento de los requisitos de escritura e inscripción registral y de cual fuera la forma social perseguida por las partes, deber ser tratada como una sociedad colectiva. En suma, ni la escritura pública ni la inscripción pueden ser configurados como elementos constitutivos del nacimiento de la sociedad como tal, sino tan solo como requisitos integrantes del nacimiento del beneficio de limitación de responsabilidad perseguido en las sociedades de capital.

Es el momento de recordar que, incluso desde el sector doctrinal más contrario a la personalidad jurídica previa a la inscripción de la sociedad ( Vicent Chuliá ), se reconoce que todas las sociedades mercantiles , aún cuando exigen para su debida constitución escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, sin embargo el Cco. no sanciona con la nulidad la falta de escritura pública. Por tanto el

contrato de sociedad colectiva y comanditaria simple, al igual que la sociedad civil, pueden pactarse en documento privado e incluso verbalmente.

Teniendo así en cuenta que en las sociedades personalistas no es constitutiva ni la escritura pública ni la inscripción registral para adquirir personalidad jurídica, cuando se pretende constituir una sociedad anónima o de responsabilidad limitada en documento privado, o incluso verbalmente ( por mas que sea una hipótesis marginal ), estaremos ante una sociedad irregular que ostenta la capacidad jurídica básica del art. 38.1 CC, y, dependiendo de su objeto, será considerará una sociedad civil o una sociedad colectiva como se desprende del art. 16 LSA.

En esta tesis la responsabilidad por los actos y contratos se exigen conforme a la regulación de la sociedad colectiva.

B)

1- En primer lugar están los actos realizados entre la escritura y la inscripción, de los que responde la sociedad en formación:

a) los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiera la escritura para la fase anterior a la inscripción. En caso de duda puede entenderse que será lícito que se faculte expresamente a los administradores a realizar operaciones sociales en general, máxime si se ha fijado la fecha de la escritura como fecha del inicio de la actividad social ( art. 119.2 RRM ). No puede dejar de mencionarse que precisamente esa prohibición a indicar en la escritura una fecha anterior al otorgamiento para el comienzo de la actividad social, sirve de argumento a quien sostiene que antes del otorgamiento de la escritura no existe sociedad porque no cabe tampoco actividad, en todo caso existirá una promesa o contrato preliminar de sociedad ( Vicent Chuliá ); o un pacto preparatorio, según el profesor Garrigues.

El TS en sentencia de 21-9-2006, ha distinguido claramente en los actos llevados a cabo por los administradores los que se realizan después de la escritura de constitución y los anteriores. Los primeros estarían en la cobertura del art. 15.2 LSA, pero no los segundos, que estarían en la órbita, en todo caso, del apartado primero, y que por lo tanto exigen, para que asuma su responsabilidad la sociedad, su aceptación expresa o tácita por actos concluyentes. Señala la citada sentencia que “No parece posible extender tal periodo a contratos celebrados con anterioridad a la propia escritura de constitución de la sociedad, que es,

precisamente el caso que ha determinado a la sentencia recurrida la desestimación de la demanda por falta de legitimación "ad causam"; y que en consecuencia también determina la desestimación de este motivo casacional. “. También llega a señalar “que nadie puede actuar en nombre de una sociedad y en virtud de facultades a él mismo conferidas, sino existe constituida como tal la sociedad, de forma que no puede haber facultades concedidas a nadie en base a algo no existente; “. Dicha sentencia niega personalidad jurídica a la sociedad antes de la inscripción en el Registro Mercantil. Cumple señalar que la acción ejercitada es la de cumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, negándose legitimación activa "ad causam" a la sociedad para reclamar el cumplimiento de un contrato concertado en su nombre antes de la escritura de constitución. El contrato se realizó el 1 agosto 1991, la escritura de constitución de la sociedad demandante es de 2 octubre 1991, presentándose a inscripción en noviembre 1991 y practicándose esta en febrero 1992.

b) los actos realizados en virtud de mandato específico por personas a tal fin designadas por los socios.

c) los actos y contratos "indispensables para la inscripción" de la sociedad. La Ley de 1951 hacía referencia a los “gastos necesarios” para la constitución, lo que permitió una discusión sobre la interpretación de dicho concepto dando lugar a una tesis estricta y otra amplia, llegando esta a incluir entre los mismos la adquisición de un local o de una patente. Sin embargo los términos empleados en el art. 15 LSA llevan a considerar la interpretación estricta que únicamente incluye los gastos notariales, fiscales y registrales, y otros similares. Jiménez Sánchez se refiere a los siguientes : gastos de certificación negativa de denominación social, redacción de estatutos sociales, informe de expertos sobre aportaciones no dinerarias, depósito de estas, gastos de otorgamiento de escritura, inscripción en el Registro Mercantil.

El art. 15.2 LSA establece respecto de tales actos y contratos que “ ...responderá la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar. “, reconociendo así una suerte de personalidad jurídica de la sociedad en formación, su existencia al mundo del derecho, pudiendo ser demandada por tales responsabilidades. Esta limitación ha sido criticada por un sector doctrinal ( Alonso Ureba, Vicent Chuliá, Rodríguez Martínez ), al entender que la misma va en contra de la doctrina y jurisprudencia creada alrededor de la

sociedad irregular, en la que los socios responden de forma personal, ilimitada y solidariamente, supuesto al que se viene a asemejar la sociedad en formación en cuanto aún no se ha inscrito, sin que por ello resulten desprotegidos los socios pues dicha responsabilidad cesa retroactivamente con la inscripción de la sociedad.

Tal limitación de responsabilidad parece contradecirse con lo dispuesto en el apartado cuarto del art. 15 LSA “ En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad , fuese inferior a la cifra de capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia”. Quizás la explicación que mas se ajuste tanto a la literalidad de las normas como a su “ratio”, en relación con el art. 7 LSA, es la regla general de la limitación de responsabilidad de los socios a sus aportaciones, pero si se han llevado a cabo operaciones societarias con anterioridad a la inscripción y se han producidos pérdidas, los socios deben asumir las mismas, respondiendo con su patrimonio hasta igualar patrimonio y capital social.

2- En segundo lugar están los actos y contratos de los que responde la nueva sociedad si llega a inscribirse :

a) Los actos y contratos anteriores y previstos en el art. 15.2 LSA. Para tal vinculación no es necesaria aceptación alguna.

b) Los actos y contratos que acepte en el plazo de tres meses desde su inscripción. Las cuestiones que se han planteado en este supuesto se centran en la averiguación del órgano social con capacidad para dicha aceptación, y la interpretación del plazo de tres meses. En cuanto a esto último la doctrina mayoritaria es concluyente sobre la validez de la aceptación con posterioridad a dicho plazo sino existe oposición de la contraparte, ya que se entiende que el plazo se explica para no mantener indefinidamente al tercero con el que se ha contratado en la inseguridad de a quien puede exigir el cumplimiento de lo pactado. En este sentido la STS de 31 mayo 2006 , establece “Ahora bien, ciertamente estos actos pueden ser asumidos como propios por la sociedad después de transcurridos los plazos previstos en la Ley y el artículo 15 LSA establece las reglas para ello. Pero de lo dispuesto en el artículo 15.3 LSA no puede concluirse que si el acto o contrato no se ratifica dentro del periodo de los tres meses siguientes a la inscripción, ya no podrá ser ratificado. Una afirmación de este tipo sería contraria al principio de la autonomía de la voluntad de las sociedades, que ha sido reconocido por esta Sala en la sentencia de 8 de junio de 1995, que afirma que el

correlativo precepto de la anterior Ley de Sociedades anónimas debe ser "objeto de interpretación flexible, adecuada a la realidad de los tiempos y dinamismo del tráfico mercantil", y en la de 23 de mayo de 1995, que afirma que, si bien el artículo 7 de la Ley de 1951 "subordina la validez del contrato concluido en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil a este requisito y a la aceptación por la Sociedad dentro del plazo de tres meses, pero no es menos cierto que no impide una aceptación (en rigor, ratificación) pasado dicho plazo si así lo admite la otra parte". Por ello debemos examinar a continuación si, como afirma la sentencia recurrida, la ratificación exigida para que los avales vinculen a la sociedad "J., S.A." se produjo en el documento reseñado en el número 7 del fundamento primero de esta sentencia. "Aceptación que también puede ser tácita ( SSTS 5 mayo 1969 y 5 junio 1972 ). En cuanto al órgano competente para la aceptación la doctrina mayoritaria, ya bajo la vigencia de la Ley de 1951, considera como tal al órgano de administración. Pero deberá convenirse con quienes exigen que sea la Junta General en los supuestos en que se trate de actos y contratos realizados por el administrador. Es de interés la STS de 21 septiembre 2006 en la que cuando hace referencia a dicha aceptación como "obiter dicta", se refiere a la otorgada, con carácter general, por la Junta General de Accionistas, sin alusión alguna a los órganos de administración.

La STS de 31 mayo 2006 resume la doctrina jurisprudencial en cuanto al tiempo en que deben realizarse los actos y contratos que pueden vincular a una sociedad en formación que finalmente llega a inscribirse :

"La jurisprudencia es unánime en considerar que la sociedad responderá de las obligaciones creadas cuando aun no está definitivamente constituida en el caso que concurren los requisitos exigidos en el mencionado artículo 15.3 LSA. Y estos requisitos son: a) que se haya realizado el acto o contrato antes de la completa adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad, y b) que se haya ratificado dentro de los tres meses siguientes a la inscripción en el Registro, momento en el que de acuerdo con el artículo 7 LSA , la sociedad adquiere personalidad jurídica (sentencia de 16 de julio de 1992). Por ello, la sentencia de 4 de enero de 1989, aunque referida a la LSA de 1951, dijo que la validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de la inscripción "quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses", de manera que "el defecto de tal inscripción es suficiente para desatar la responsabilidad de los gestores" (ver también sentencias de 9 octubre 1990 y 9 septiembre 1991 ).....

.....La regla de acuerdo con la cual no afectan a una persona jurídica aun no constituida los actos anteriores a dicha constitución está confirmada por la sentencia de esta Sala de 15 de julio de 1996 , que dice que "difícilmente pudo otorgar tal autorización una persona jurídica aun no nacida a la vida del derecho(...) ya 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".

En el mismo sentido STS 5 octubre 2005.

Es igualmente de interés la puntualización que realiza la STS de 31 mayo 2006 al señalar que "Como dice la sentencia de 8 de junio de 1995 , "no se puede hablar en estos casos de una situación de semipersonalidad jurídica, sino más bien de una personalidad controlada o condicionada (...)". "

La STS de 14 diciembre 1995 establece que:

"Las Sociedades Anónimas en formación y por tanto antes de adquirir plena personalidad jurídica (arts. 6 y 7 de la Ley de 17 de julio de 1951, como el actual 15 de la Ley vigente de 22 de diciembre de 1989 ), tienen la efectiva necesidad de llevar a cabo por medio de sus fundadores o personas autorizadas, actos, negocios jurídicos y una serie de actividades presociales, que hay que reputar válidos y eficaces y en ciertos casos, no sólo en sus efectos "ad intra", con relación a los socios, sino también respecto a terceros (sentencias de 16-7-1992 y 8 de junio de 1995)"; tal doctrina, así como lo dispuesto en el artículo 11.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que se remite a los artículos 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas, es aplicable (en el último caso, por analogía) al periodo durante el que se realizan los preparativos y gestiones encaminadas a la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada.

3- Los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción que, fuera de los supuestos expresamente regulados en el apartado segundo del art. 15 LSA, no han sido condicionados a tal inscripción ni, en su caso, a su asunción por la nueva sociedad. De ellos responden solidariamente quienes los hubiesen celebrado.

La SAP de Valencia, de 14 septiembre 2004 establece la responsabilidad personal de quien contrato como arrendatario en nombre de una sociedad en formación que no llegó a constituirse, considerándole obligado personalmente al pago de las rentas debidas.

STS 23 noviembre 2001 en un supuesto de tercería de dominio interpuesto frente a un embargo trabado por la Tesorería General de la Seguridad Social, se desestima la demanda por no producir la compraventa que en su favor invocaba la demandante los efectos pretendidos frente a un tercero que desconocía su existencia en el momento de la compra como sociedad en formación :

“El Motivo también decae, porque, como se dice, por la Sentencia recurrida no se ha desconocido por completo la existencia de un ente en formación, sino, que según se razonó anteriormente, se consideró indispensable la inscripción en el Registro para que la Sociedad adquiriese su personalidad jurídica correspondiente. En consecuencia, cuando esa inscripción tiene lugar en 14-6-1990, ya ha devenido con anterioridad el embargo trabado por la sociedad codemandada en 14-5-1990, sin que sea de recibo la versión que se propugna del art. 15, puesto que se está refiriendo a las consecuencias jurídicas producidas en el periodo anterior a la inscripción que, en nada, afectan al caso controvertido y, sin que, tampoco sea de aplicación la doctrina de la Sentencia de 8 de junio de 1995, por cuanto, efectivamente, el contenido de la misma, se refiere, exclusivamente, a la posibilidad de que produzca dicha sociedad en formación efectos "ad extra" respecto de terceros que contratan con la sociedad "teniéndola en cuenta como tal" -según su literalidad-, al conocer y contar con la suficiente información de su existencia, en razón a su acceso o aportación de la escritura de constitución al negocio concertado, que es acreditativo de su existencia, que no es el caso de autos, en donde este tercero es, justamente, la Seguridad Social que ignoraba por completo ese proceso de formación del ente antes de su inscripción, ya que, embarga su crédito -14-5-90- y lo anota en el Registro en 5-6-90, sin que antes haya contratado, en absoluto, con ese ente en formación, por lo cual, no es posible entender que, la ejecutante, Seguridad Social, fuese un tercero que tenía la suficiente información de ese proceso de formación de tal sociedad, sin que, por último, esa referencia del art. 15 a la responsabilidad por los actos y contratos de los apoderados que intervienen en esa fase previa, tengan repercusión alguna en la posición de la Seguridad Social, puesto que -se repite- no se trata en estos términos de dirimir unos efectos con respecto a un tercero contratante con ese ente en formación, cuya responsabilidad, se gesta o proviene de la actuación en esa fase por los administradores, sino de la posición de un tercero, como es citado ejecutante por completo ajeno a esas vicisitudes negociales y, que ha garantizado con el embargo sobre los bienes del deudor su crédito, justamente, cuando todavía no habían pasado a la propiedad de la tercerista.....

.....SEXTO.- La Sala, por último, reitera su tesis referida en su reciente Sentencia de 19-10-2001, al resolver un litigio semejante al ahora enjuiciado, al expresar con base a la doctrina jurisprudencial decantada lo siguiente:

"...La falta de inscripción de una sociedad anónima, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios, "implica su inexistencia para terceros" como reitera la sentencia de nueve de marzo de mil novecientos ochenta y uno, es manifiesto que sólo a partir del acceso de la escritura al Registro Mercantil pudo adquirir la Sociedad de que se trata el dominio de las fincas aportadas por el ejecutado, "de donde se sigue que al ser embargadas en fecha anterior a la inscripción determinante de la personalidad jurídica de la demandante, ésta no era propietaria, y consiguientemente la tercería de dominio, que implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no puede prosperar, pues falta la prueba de ser la actora titular del dominio de las fincas embargadas al practicarse la traba"...", por lo tanto deberá rechazarse el Motivo, y con ello, el recurso interpuesto, con las demás consecuencias derivadas".

**SEGUNDA MESA REDONDA, COORDINADA POR ILMO. SR. D. PABLO SÓCRATES GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN, MAGISTRADO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE A CORUÑA**

**ILMO. SR. D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI . Magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao.**

**Responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles dentro y fuera del concurso.**

La aplicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) ha propiciado la aparición de un nuevo debate acerca de la responsabilidad de los administradores. Sabido es que la norma ha previsto la eventual declaración de una responsabilidad especial, no prevista hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico, que se dilucida en la Sección 6ª.



Esa responsabilidad, regulada en el art. 172.3 LC, se extiende a administradores de hecho y derecho, liquidadores y cualquier clase de "cómplices", que pueden verse obligados, caso de que así lo considere el juez al calificar el concurso como culpable, a suplementar la insuficiencia de la masa activa para atender los créditos de los acreedores. De esta forma queda eventualmente vinculado al patrimonio social, en principio único afectado por la declaración de concurso, el patrimonio particular de todas estas personas, que podría por esa razón quedar afecto al resultado del concurso.

Desde la constatación de la existencia de este nuevo tipo de responsabilidad concursal del administrador social, aparece el debate de la compatibilidad o incompatibilidad de las previsiones de la Ley Concursal con las tradicionales acciones que a socios y acreedores concedía tanto del art. 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), como del 133 del R.D.L. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), supuestos de responsabilidad civil en el tradicional sentido en que la conocemos, con algunas especialidades, y también respecto de las previsiones de responsabilidad solidaria del administrador por no convocatoria de la junta de disolución, señaladas en los arts. 105.4 con relación al 104 LSRL y 262.5 en relación al 260 LSA.

En efecto, si son compatibles las acciones, enseguida puede apreciarse que habrá acreedores que prefieran utilizar la vía de la responsabilidad tradicional, la prevista en LSA y LSRL, dirigiéndose contra el patrimonio del administrador social de la sociedad concursada, con la plausible esperanza de encontrar un patrimonio suficiente para responder de su deuda, menos afectado por otros intereses concurrentes que el patrimonio del concurso.

Si esto acontece también parece perceptible que el interés de otros acreedores, que cuentan con la eventual declaración de culpabilidad del concurso y, en consecuencia, de la posibilidad de un suplemento de la insuficiencia de la masa activa con el patrimonio de los administradores sociales y cómplices, podría verse afectado, en tanto que si la reclamación extraconcursal prospera el patrimonio de los mismos disminuiría o incluso desaparecería, haciendo inefectiva la decisión judicial adoptada en el concurso.

Aunque no sea estricto, de algún modo el principio de trato igual a los acreedores podría verse vulnerado. En rigor no queda afectado en tanto que dicho

principio sólo puede predicarse del patrimonio social, el del deudor declarado en concurso, porque el de los administradores, liquidadores o cómplices es ajeno, en principio, a los efectos del concurso. Pero como en tanto no se declare el carácter fortuito del concurso esos patrimonio son, sin duda, una expectativa legítima de los acreedores concursales para la percepción de sus créditos, es posible afirmar que quizá podría pensarse en un trato desigual.

La otra cara de la moneda es la del acreedor que constata que en el concurso sus posibilidades de ver satisfecho el crédito son mínimas. El procedimiento concursal es gravoso en tanto que, en el mejor de los casos, supone un aplazamiento y/o disminución del crédito, que tras la demora procesal o la que trae consigo el convenio, podría permitir, si se cumple el convenio -lo que no siempre sucede-, o de haber masa activa -en los casos de liquidación-, percibir parte del crédito. Por lo tanto si se dispone de otro patrimonio que no padece semejantes servidumbres, y hay fundamento legal para la pretensión, sería perfectamente legítimo intentar la satisfacción del crédito dirigiéndose a él.

#### 1.- La pretendida prioridad de la responsabilidad concursal

Ante la existencia de diferentes regímenes de responsabilidad de los administradores se ha hablado de la prioridad del disciplinado por la Ley Concursal ( ). El acreedor puede sin duda dirigirse frente al administrador social, pero una vez declarado el concurso, ha de esperar al resultado de la sección de calificación, de manera que durante la tramitación del concurso el ejercicio de las acciones de LSA y LSRL queda pospuesto.

Esa tesis encuentra apoyo en la previsión del art. 60.2 LC, que al regular los efectos del concurso dispone que "desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora". De este modo añade una nueva causa ( ) de interrupción de la prescripción a las previstas en el art. 1.973 del Código Civil, asegurando que el acreedor no resultará perjudicado por la demora que supone la tramitación del concurso.

La imposibilidad de ejercicio de acciones derivadas de LSRL y LSA frente al administrador de la sociedad declarada en concurso, o al menos la prioridad de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC frente a aquella ha tenido acogida en alguna resolución como el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, de 13

de diciembre de 2005 (JUR 2006\123836), que suspende la demanda presentada por un acreedor del concurso contra el administrador social de la persona jurídica declarada en tal situación, hasta que concluya el procedimiento concursal.

Aunque esa resolución fue revocada después por Auto de 29 de diciembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Asturias, Id. Cendoj: 33044370012006200119. en algún otro caso se ha resuelto de esta forma ( ), por lo que se ha discutido la incompatibilidad de los regímenes de responsabilidad, que algunos otros ordenamientos jurídicos adoptan, de modo expreso, en sus respectivas regulaciones.

## 2.- La limitación en el acceso a la jurisdicción

El primer impedimento que se constata cuando se analiza la pretensión de prioridad de la responsabilidad prevista en la Ley Concursal, es que supone, de hecho, una limitación en el ejercicio a la jurisdicción que se sustenta en una interpretación de textos legales que en ningún caso han prohibido el ejercicio de las acciones previstas en LSA y LSRL durante el concurso.

Es preciso partir, en consecuencia, de que la Ley Concursal, a pesar de que en sus Disposiciones Finales 20 y 21 reforman los arts. 262 LSA y 105 LSRL, no dispone en ningún caso una previsión que impida el ejercicio de dichas acciones durante el concurso. Es una interpretación de la ley la que permite sostener la imposibilidad, pero no un precepto legal expreso que lo prohíba. En definitiva, que ni la Ley Concursal, ni LSA ni LSRL impiden el ejercicio de las acciones previstas en las leyes societarias.

Está en cuestión, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva declarado en el art. 24.1 CE. Al respecto el Tribunal Constitucional tiene declarado que no puede el juez "...imponer requisitos o consecuencia impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones sin o existe previsión legal de las mismas..." (STC 206\1987, de 21 de diciembre). Ha afirmado igualmente que "...la inadmisión basada en un motivo inexistente constituye no sólo una ilegalidad, sino inconstitucionalidad que afecta al derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución" (STC 201\1987, de 17 de diciembre). También que una negativa "carente de una base legal, supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial" (STC 171/1988, de 30 de septiembre).

Por otro lado las STC 1/1987, de 14 de enero, y 90/1985, de 22 de julio, mantienen que "el mandato contenido en el art. 24.1 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos". Esto supone, en el concurso, que el acreedor puede tratar de hacer efectivo su crédito en el procedimiento universal o emplear caminos procesales diferentes, si no hay prohibición para que lo verifique.

De la doctrina constitucional resumida se concluye, por lo tanto, que serán importantes los impedimentos de rango constitucional para concluir que lo no prohibido por la Ley Concursal, LSA o LSRL, no puede hacerse.

### 3.- Las previsiones de la Ley Concursal

Como se ha buscado explicación a esta tesis en la Ley Concursal, en particular en la regulación de la prescripción contenida en el art. 60, también ha de hacerse alguna precisión. Por un lado algunos han criticado el precepto, pues no se entiende la razón de que se interrumpa el ejercicio de acciones que en ningún caso están suspendidas, paralizadas o afectadas por la declaración de concurso ( ).

Obviamente los acreedores que hayan iniciado sus acciones contra el administrador social de la persona jurídica luego declarada en concurso no se verían afectados. En cuanto a los que pretenden hacerlo una vez se declara el concurso, la previsión del art. 60.3, que permite computar el plazo del art. 949 del Código de Comercio a partir de la conclusión del concurso, ven extendido el término para el ejercicio de la acción.

Por otro lado el art. 48.2 LC ha extendido la legitimación para el ejercicio de la acción social a la administración concursal, sin necesidad de acuerdo de la junta. Si la voluntad legal fuera la suspensión del ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores sociales de una sociedad en concurso poca coherencia tendría esta previsión legal.

Quizá podría alegarse que esto no atañe a la acción individual. Sin embargo más adelante la misma norma indica que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieren ejercitado". No distingue, por tanto, las acciones que no van a quedar afectadas, y no se percibe la razón por la que precisamente la acción de responsabilidad civil del 133 LSA o de

solidaridad con las deudas sociales hayan de ser excluidas de la previsión de esa norma.

La doctrina ha entendido que el art. 48.2 LC se refiere a cualquier tipo de acciones, no sólo la social ( ). Es decir, que la tramitación de la sección de calificación a la que alude el art. 48.2 LC no afecta a cualquier tipo de acción de responsabilidad. Se ha dicho también que cuando esa norma dice que la sección “no afectará” a las acciones de responsabilidad, significa que la calificación que merezca el concurso no vincula a las demás acciones, de manera que podrían prosperar aunque este fuera declarado fortuito, o desestimarse pese a calificarse de culpable ( ).

De manera expresa BELTRÁN ( ) entiende que el régimen de responsabilidad civil y de responsabilidad solidaria por no convocatoria de junta subsiste durante la tramitación del proceso concursal, de manera que los acreedores sociales podrían dirigirse, de interesarles, frente al administrador social de la sociedad declarada en tal situación. De obtener satisfacción de su crédito, ello influiría en la masa pasiva del concurso, que se vería así disminuida.

#### 4.- Naturaleza diversa de las responsabilidades

La novedad de la responsabilidad contenida en el art. 172.3 LC obliga también a comparar los términos en que desenvuelven sus efectos las responsabilidades que pueden ser exigidas al administrador social de la sociedad en concurso. Aunque el debate acaba de comenzar tenemos algunos fundamentos que podrían utilizarse en la comparación.

En efecto, las causas que suponen la calificación de un concurso como culpable nunca permitirían analizar si se han cumplido obligaciones que el art. 104 LSRL y 260 LSA imponen a los administradores sociales, porque no tienen nada que ver el reproche que contienen ni el plazo temporal para su ejercicio.

En cuanto al reproche, son diferentes las previsiones de las leyes societarias y la Ley Concursal. Algunas de las previsiones para declarar el concurso culpable que contienen los arts. 164 y 165 LC podrían superponerse a las exigencias que derivan del art. 133 LSA y 69 LSRL, y los deberes propios de cualquier administrador conforme al 127 y ss LSA, en tanto que se sustentan en el

incumplimiento de los deberes de diligencias que corresponden a cualquier administrador social.

Sin embargo no hay, ni por asomo, parecido alguno entre las previsiones de 164 y 165 LC y la solidaridad en caso de incumplimiento de convocatoria de junta del 262.5 LSA y 105.5 LSRL. Es decir, que aunque el concurso se calificara de culpable, nunca podría declarar la solidaridad que previenen esas normas, de modo que es absurdo retrasar su conocimiento hasta la finalización del procedimiento concursal.

Por otro lado se aprecia otra diferencia de naturaleza temporal. En el caso de la previsión del art. 172.3 LC se concreta a lo acontecido “dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso”. Esa limitación choca con la falta de previsión de LSA y LSRL, de modo que puede exigirse responsabilidad por actos u omisiones realizados fuera de ese periodo, aunque con la limitación del término de prescripción de cuatro años que contiene el art. 949 CCom para el ejercicio de la acción.

Ese régimen común es, como se ha dicho, de prescripción (STS 9 de marzo 2006, RJ 2006\1072, 22 de diciembre 2005, RJ 2006\1216). De esta forma, el juez no puede apreciar de oficio la falta de acción si no se esgrime por el demandado (STS 22 de diciembre 2000, RJ 2000\10137, 19 de marzo de 1999, RJ 1999\1860). El juez que califica el concurso, por el contrario, tiene limitado su conocimiento, por disposición legal, a las conductas que se hayan realizado por administradores de hecho o derecho, liquidadores o cómplices, durante los dos años anteriores al concurso, sin que pueda en modo alguno entrar a determinar otras responsabilidades más allá de tal límite.

#### 5.- Consecuencias prácticas

Que no sea posible impedir el ejercicio de las acciones de acreedores fuera del concurso frente al administrador de la sociedad concursada no significa que no hayan de arbitrarse soluciones para tratar de satisfacer todos los (legítimos) intereses en conflicto. No cabe impedir a los acreedores que conozcan la situación concursal utilizar instrumentos no concursales para satisfacer su crédito. Pero tampoco los administradores concursales tienen que permanecer ociosos cuando aprecien que el patrimonio del administrador social se ve disminuido con aquéllas.

La norma concursal facilita un instrumento para verificarlo: el embargo preventivo previsto en el art. 48.3 LC. En este caso, de sospecharse que el concurso podría declararse culpable, pueden solicitar al juez del concurso el inmediato embargo, que la norma autoriza a practicar desde el momento mismo de la declaración de concurso.

Con tal embargo los administradores concursales lograrían prioridad sobre bienes del administrador social de la concursada, puesto que la sentencia ulterior en un procedimiento declarativo, ya se ejecutara provisional o definitivamente, tendría acceso al registro con posterioridad.

Si finalmente no se califica el concurso como culpable, o de verificarse, no se dispone la obligación de suplementar con el patrimonio del administrador social la insuficiencia de la masa activa, el acreedor que haya realizado la reclamación judicial fuera del concurso haría efectiva su pretensión. En cambio si se declarara esa responsabilidad del art. 172.3, sólo podría optar con posterioridad al resto de los acreedores.

De esta forma también asegurarían los administradores concursales su posición, pues cualquiera que fuera la decisión del juez ante la petición de embargo, no tendría fundamento la pretensión de un acreedor de exigirles responsabilidad por su falta de diligencia cuando, enterados de la pretensión del tercero, no adoptaran las medidas precisas para que el patrimonio de suplemento se mantuviera incólume o no se viera disminuido en perjuicio de los acreedores del concurso.

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup> ASUNCIÓN LORANCA RUILÓPEZ. MAGISTRADA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 3 DE ALCALÁ DE HENARES.**

**ACUMULACIÓN DE ACCIONES CONTRA LOS ADMINISTRADORES Y CONTRA LA SOCIEDAD.**

**1. Introducción.** Consideraciones generales sobre problemas procesales derivados de la creación de los Juzgados de lo Mercantil: existencia de Juzgados de lo Mercantil en sentido estricto y Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil;

ausencia de modificación de normas especiales de atribución expresa de competencia objetiva sobre determinadas cuestiones a los Juzgados de Primera Instancia, aún cuando dichas cuestiones se refieran a materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil y soluciones que se proponen; inexistencia de precepto que establezcan un forum connexitatis que indique qué órgano debe conocer de las acciones conexas atribuidas a distintos órganos.

## **2. Referencia general a los supuestos problemáticos en relación a las cuestiones relativas a sociedades mercantiles y cooperativas. 2.1.**

Determinación de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil atendiendo al fundamento jurídico de la causa de pedir. Cita de resoluciones: Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante de 12 de enero de 2005; Auto Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 26 de abril de 2006; Auto del Juzgado de lo Mercantil de la Coruña de 13 de marzo de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 21 de julio de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, de 29 de septiembre de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 5ª, de 17 de octubre de 2006 y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 16 de noviembre de 2006. **2.2.** Supuestos de ejercicio de acción basada en la doctrina del levantamiento del velo: competencia de los Juzgados de Primera Instancia. Resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de León de 13 de septiembre de 2005 y Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 11 de julio de 2005. **2.3.** Actos de conciliación sobre esta materia: competencia de los Juzgados de Primera Instancia o de Paz del domicilio del demandado. Resoluciones: Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante de 16 de noviembre de 2004 y Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sede en Vigo) de 2 de enero de 2007 y Conclusiones del Primer Encuentro de la Especialidad Mercantil. **2.3.** Diligencias Preliminares: competencia de los Juzgados de lo Mercantil. Resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, de 1 de diciembre de 2006 y Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1ª, de 6 de julio de 2005. **2.4.**



Sociedades irregulares: competencia de los Juzgados de lo Mercantil. Resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, de 20 de febrero de 2006 y Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 27 de noviembre de 2006. **2.5.** Problema muy frecuente: posible acumulación de acciones relativas a materias atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil con otras propias del orden jurisdiccional civil.

### **3. Acumulación de acciones contra los administradores y la sociedad.**

**3.1.** Problema que no debe suscitarse en casos de inexistencia de Juzgados de lo Mercantil en sentido estricto.

**3.2.** Referencia general a la acumulación de acciones.

#### **3.3. Distintas soluciones:**

**3.3.1. Argumentos a favor de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de acciones acumuladas, según Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de marzo de 2006 y resoluciones que sostienen este criterio.** Cita de los argumentos: interpretación literal del art. 86 ter de la LOPJ; criterio de íntima conexidad e interdependencia; peligro de resoluciones contradictorias; plazo prescriptivo; afectación de la tutela judicial efectiva y proceso sin dilaciones indebidas, economía procesal; inexistencia de prohibición legal; .criterio de desigualdad territorial; criterio de justicia y oportunidad. Cita de las resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 9 de mayo de 2005; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de junio de 2005, sección 20ª; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, de 14 de julio de 2005; . Auto Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 21 de julio de 2005; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de enero de 2006, sección 10ª. Contiene voto particular de don Angel Vicente Illescas Rus; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 6 de febrero de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 31 de marzo de 2006; Auto Audiencia Provincial de León, sección 1ª, de 3 de abril de 2006; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de 7 de abril de 2006; Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 25 de mayo de 2006. Auto de la Audiencia Provincial de Almería, sección

1ª, de 5 de junio de 2006: Auto Audiencia Provincial de Girona de 8 de junio de 2006, sección 1ª: Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 3 de julio de 2006: Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19, de 14 de julio de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 24 de octubre de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, de 29 de diciembre de 2006; Auto de Audiencia Provincial de Burgos de 24 de enero de 2007, sección 3ª.

**3.3.2. Argumentos en contra de la acumulación de acciones, según el mismo Auto y cita de resoluciones que mantienen este criterio.** Argumentos: estrictamente procesal; imposibilidad de aplicación de criterio de flexibilidad en la acumulación; criterio histórico o de desarrollo parlamentario de la Ley; imposibilidad de determinar la naturaleza principal o subsidiaria de una u otra acción; interpretación filológica o literal del art. 86 ter.F. Inexistencia de vis atractiva de la Jurisdicción mercantil; inexistencia de denegación de tutela; criterio jurisprudencial; inexistencia de razones de conveniencia u oportunidad. Lesión de la seguridad jurídica; falta de voluntad del legislador para la acumulación. Cita de resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de abril de 2005; Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid, de 5 de septiembre de 2005; Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, de 18 de octubre de 2005; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, de 20 de octubre de 2005; Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, de 30 de noviembre de 2005; Auto Audiencia Provincial de Pontevedra. Sección 1ª, de 31 de enero de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, de 20 de febrero de 2006: Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 25 de mayo de 2006; Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3ª, de 20 de junio de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, de 13 de julio de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de octubre de 2006, sección 28; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 2 de noviembre de 2006; Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 10 de enero de 2007; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, de 31 de enero de 2007.

**3.3.3. Competencia de los Juzgados de Primera Instancia para el conocimiento de las acciones acumuladas.** Argumentos: el Juzgado de lo Mercantil no tiene competencia exclusiva y excluyente respecto de la acción de responsabilidad de los administradores sociales. Cita de resoluciones:

Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 21 de marzo de 2005; Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4ª, de 20 de enero de 2006; Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sección 4ª, de 20 de octubre de 2006. Criterio de la Audiencia Provincial de Asturias, en convocatoria de los Presidentes de las secciones civiles de 15 y 29 de septiembre de 2005.

### **3.4. Conclusiones.**

**ILMO. SR. D. ENRIQUE SANJUAN Y MUÑOZ. MAGISTRADO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE MÁLAGA.**

### **EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES**

1. Delimitación normativa.
2. Evolución histórica del concepto de orden público.
3. El concepto de orden público en la doctrina del Tribunal Supremo.
4. Determinación de un concepto de orden publico.
  - Los conceptos jurídicos indeterminados.
  - La doble función positiva y negativa del concepto de orden público.
  - La conservación del orden social como concepto de orden público.
  - Principios y directivas que informan las instituciones públicas como concepto de orden público.
  - Los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada como concepto de orden público.
  - Los derechos civiles como concepto de orden público.
5. El orden público societario.
  - El concepto de orden público en las sociedades personalistas.

- El concepto de orden público en las sociedades capitalistas: el orden público económico.
  - La protección de los accionistas y de terceros y el concepto de orden público.
  - El concepto de orden público en las sociedades cotizadas. Especial referencia a las instituciones de inversión colectiva y los outsiders.
6. La necesidad de revisar el concepto de orden público societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el marco de la impugnación de acuerdos.

**TERCERA PONENCIA.- D. EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ.  
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL DE LA  
UNIVERSIDAD SAN PABLO CEU**

**IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES**

**CUARTA PONENCIA.- EXCMO. SR. D VICENTE L. MONTÉS  
PENEDÉS. MAGISTRADO DE LA SALA PRIMERA DEL  
TRIBUNAL SUPREMO. CATEDRÁTICO DE DERECHO  
CIVIL.**

**ESTADO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS  
ADMINISTRADORES EN LA JURISPRUDENCIA**

- 1.- Introducción.
- 2.- El punto de partida.
- 3.- Planteamiento de los problemas.-

---

3.1.- Enunciación de las reglas:

- a) Régimen especial de responsabilidad;
- b) Responsabilidad por incumplimiento de los deberes de promoción de la disolución o del concurso.-

3.2.- Acciones que derivan.-

3.3.- Algunos problemas:

- a) Incardinación del régimen de la responsabilidad delineado en los artículos 133 a 135 LSA en los parámetros generales;
- b) Las innovaciones que se contienen en los preceptos indicados; c) La lesión directa como presupuesto de la acción individual del artículo 135 LSA;
  - a') El régimen de la acción individual;
  - b') La relación de causalidad entre comportamiento y daño;
  - c') En especial, las reclamaciones frente a una sociedad insolvente;
  - d') El fundamento de la responsabilidad de los administradores.

3.4.- La responsabilidad de los administradores de hecho.

4.- La responsabilidad por incumplimiento de los deberes de promoción de la disolución o del concurso.