

B. DERECHO MERCANTIL	SOCIEDAD ANÓNIMA. FALTA DE INSCRIPCIÓN	Núm. 126/2004
---------------------------------	---	--------------------------

José Manuel SUÁREZ ROBLDANO
Magistrado

• **ENUNCIADO:**

En virtud de la correspondiente escritura pública se constituyó una Sociedad Anónima que, con un capital social de 6 millones de euros suscrito por tres accionistas de los que uno de ellos era una Sociedad de Responsabilidad Limitada, no se inscribió en el Registro Mercantil sino hasta el día 1 de junio del año 2004. No obstante dicha falta de inscripción, la Sociedad aún no inscrita comenzó a efectuar operaciones en el tráfico jurídico y negocial. Entre dichas operaciones figura la compraventa efectuada el día 1 de marzo de 2004 de una finca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. Dicha compraventa accede al Registro de la Propiedad, inscribiéndose a nombre de la compradora el 15 de marzo de 2004.

Dicha finca fue, a su vez, objeto de un embargo por la Unidad de Recaudación de la Tesorería General de la Seguridad Social, embargo practicado el 1 de mayo de 2004, que se inscribió en el Registro de la Propiedad por medio de la correspondiente anotación preventiva de embargo. Frente a dicho embargo y, con anterioridad a la realización del apremio administrativo correspondiente, la Sociedad Anónima aún no inscrita plantea una acción judicial de tercera de dominio, según le recomienda el bufete de Abogados encargado de la gestión legal del asunto.

En el supuesto planteado, considera la dirección letrada que la Sociedad referida adquirió la propiedad de la finca con anterioridad al embargo practicado, por lo que ha de ser considerada, a todos los efectos, como titular dominical de la misma.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Existe la posibilidad de adquirir bienes y derechos a favor de una sociedad anónima aún no inscrita en el Registro de la Propiedad?

2. ¿Si, como se ha expuesto, no ha existido la inscripción en el Registro Mercantil a la fecha de la compraventa de la finca, la sociedad anónima falta de inscripción puede asumir responsabilidades mercantiles y civiles con terceros?

3. ¿Ha de responder la sociedad anónima no inscrita, una vez que lo sea, de las deudas anteriormente contraídas cuando estaba en período de formación?

• **SOLUCIÓN:**

1. La regla contenida en el artículo 7.º 1 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 22 de diciembre de 1989, referida a la constitución e inscripción de las mismas, dispone o establece que

la sociedad se constituirá en escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, adquiriendo con dicha inscripción su personalidad jurídica.

Lo cierto es que, mientras que no consten inscritas en el Registro Mercantil las sociedades anónimas, carecen de personalidad jurídica ya que se trata de una situación de interinidad jurídica. Ahora bien, la situación de interinidad del ente en formación surte determinados efectos entre los contratantes, si bien, ese núcleo jurídico obligacional *inter partes* no puede ser calificado propiamente como sociedad anónima imperfecta, por lo que la eficacia del embargo sólo podría desvanecerse de mediar un acto dispositivo válido, anterior a la anotación tabular..., negocio traslativo para cuya creación es indispensable la existencia de un sujeto adquirente, primordial presupuesto que no concurre cuando la sociedad anónima no había nacido como persona jurídica al tiempo en que el embargo se produjo porque en tal circunstancia mal podía tener en su patrimonio los bienes objeto del mismo y, que 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 9 de marzo de 1981. Por otra parte, según el referido precepto, al determinar que la sociedad adquiere su personalidad con la inscripción se está refiriendo a la única personalidad posible que puede adquirir la Sociedad Anónima constituida al amparo de dicha Ley, que no es otra que la personalidad como sociedad en cuanto anónima, es decir, que adquiere personalidad en cuanto se constituya como anónima, sin que pueda interpretarse que la sociedad anónima no inscrita tiene personalidad jurídica diferente de anónima, pues le faltaron elementos esenciales para adquirir tal personalidad bajo otra forma societaria.

Ha de tenerse en cuenta que el artículo 15 de la misma LSA, al referirse a la sociedad en formación, dispone que:

«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.»

Ello significa que, en relación con las cuestiones suscitadas en el caso planteado, dicho precepto solamente se aplica a las relaciones que generen responsabilidad frente a terceros, sin que otorgue personalidad provisional a la sociedad anónima no inscrita con la finalidad de que, con posterioridad a la inscripción, se convaliden los actos traslativos de dominio presuntamente realizados a favor de aquella. La doctrina jurisprudencial ha establecido, sobre dicho particular, que «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 adquirie-

se su personalidad jurídica correspondiente. En consecuencia, cuando esa inscripción tiene lugar el 14 de junio de 1990, ya ha devenido con anterioridad el embargo trabado por la sociedad codemandada el 14 de mayo de 1990, sin que sea de recibo la versión que se propugna del artículo 15, puesto que se está refiriendo a las consecuencias jurídicas producidas en el período 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 de mayo de 1990- y lo anota en el Registro el 5 de junio de 1990, 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 artículo 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».

En la reciente Sentencia de 19 de octubre de 2001, al resolver un caso semejante al ahora tratado, se dijo que:

«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".»

2. La existencia de las relaciones con terceros de la sociedad anónima en formación, en contraposición al supuesto planteado de adquisición de bien inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad, da lugar a la responsabilidad establecida en el artículo 15 examinado. Se trata de dirimir las consecuencias de los actos o contratos en la fase de formación del ente con respecto a obligaciones contraídas a efectos de su responsabilidad, por las personas que intervienen en nombre de dicha sociedad en formación que es -se repite- caso muy distinto, a cuando se trata, como en el caso analizado, de terceros desconocidos que tienen ya unos derechos preexistentes, como los de la Seguridad Social en el caso planteado, y que, por lo tanto, quedan indemnes o no les afectan estos supuestos de responsabilidad, porque, claro es, en el litigio no se trata de enjuiciar la responsabilidad de quienes contratan en nombre de la sociedad, sino, si el título esgrimido por el tercerista -en el que no participó el ejecutante- debe prevalecer frente a esas medidas cautelares de embargo a favor de la Seguridad Social, sin que, finalmente, sea atinente hablar de que el actual artículo 15 se cohoneste con el extinto artículo 7.º de la Ley de 1951, ya que éste sanciona la validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de

su inscripción y, el 15 que es, se repite, el aplicable, sólo contempla los efectos a los fines de la responsabilidad contraída por los actos ejecutados en la etapa de la sociedad en formación.

En tales casos, la jurisprudencia establece la responsabilidad de los gestores de la sociedad en formación frente a terceros, habiéndose establecido, en un caso de arrendamiento, que «aduce el recurrente en primer lugar, como se ha dicho, su falta de legitimación pasiva, pero el motivo ha de ser desestimado, toda vez que, si bien la sociedad prevista en el contrato de arrendamiento se constituyó en escritura pública de fecha 20 de marzo de 1992, no lo fue legalmente, como exigía el meritado contrato de arrendamiento, pues no cabe ignorar que, a efectos de su personalidad jurídica respecto de terceros, no comienza sino a partir de su inscripción en el Registro Mercantil (que tuvo lugar en fecha 13 de octubre de 1994), tal como establece el artículo 5.º de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada 19/1989, de 25 de julio, y 7.º de la LSA de 22 de diciembre de 1989, por lo que, conforme a la previsión del último párrafo de la cláusula adicional primera del contrato de arrendamiento, ha de considerarse a todos los efectos que el contrato ha sido suscrito por don Ramón, quien, por tanto, viene obligado al pago de las rentas y suministros adeudados. A lo expuesto ha de añadirse que debe insistirse en la responsabilidad del demandado, al tratarse, el presente, de un contrato concertado por él en el período en que la sociedad no había adquirido aún personalidad jurídica propia independiente de la de sus socios, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, como así se deduce de los artículos 120 del Código de Comercio y 15 de la LSA y de reiterada jurisprudencia de la que son claro exponente las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969, 19 de septiembre de 1986, 4 de enero de 1989 y 23 de diciembre de 1992; sin que a ello pueda oponerse que la actora contradice actos propios al haber girado los recibos relativos a la merced arrendaticia a nombre de la sociedad, pues consta en autos, como antes se ha dicho, que ello fue a indicación del demandado en la creencia de la palabra de éste de que la sociedad había sido efectiva y legalmente constituida».

3. En cuanto a la circunstancia de la posible responsabilidad derivada de deudas o contratos asumidos por los gestores de la sociedad en formación, una vez que sea debidamente inscrita en el Registro Mercantil, se ha venido resolviendo estimando que, debido a su formación en el período en el que respondían de aquéllos los gestores sociales en atención a lo prevenido en el artículo 15 de la LSA, la solución ha de ser idéntica para la responsabilidad procedente una vez producida la inscripción tardía.

Se dice así que:

«En el supuesto examinado, sin embargo, se ha demostrado que la sociedad irregular, finalmente fue inscrita, en el Registro Mercantil, si bien de forma extemporánea (art. 16.1 de la LSA), posibilidad que el legislador admite de forma expresa. La certificación del Registro acredita que el día 17 de noviembre de 1995 -escasos días antes de la presentación de la demanda, y presumiblemente debido a las reclamaciones extrajudiciales de la deuda-, fue inscrita en el Registro, si bien con su nueva denominación BC, S.A.L., en virtud de la escritura de fecha 26 de mayo de 1995. El Magistrado *a quo* sostiene que esta inscripción extemporánea produce el efecto de eximir a los socios fundadores de responder personalmente de las deudas contraídas por la sociedad irregular, al considerar que ésta es la consecuencia de lo dispuesto en el último apartado del párrafo 2 del artículo 16 de la LSA ("el apdo. tercero del artículo anterior no será de aplicación a la posterior inscripción de la sociedad"). Este Tribunal discrepa de la interpretación que sirve de fundamento al fallo desestimatorio. Sin dejar de poner de relieve que la redacción de dicho precepto induce a equívocos, dicho apartado, en relación con el artículo 15.3 de la LSA, puede ser interpretado como lo ha sido en la sentencia impugnada, ya

que la conclusión a la que se llega es contraria a la propia finalidad que persiguieron los socios. Éstos no pretendieron constituir otra sociedad, sino proceder a la posterior inscripción de una escritura en la que constituyeron la sociedad mercantil y que se pretende regular -con la personalidad inherente a su forma (en este caso sociedad anónima laboral)-, como continuadora de la actividad que ya se venía realizando. Esa inscripción produce como efecto que la sociedad anónima adquiera personalidad jurídica, asumiendo frente a terceros los actos y contratos de la irregular, sin embargo, ésta (la irregular) continúa respondiendo como tal en cuanto a las deudas contraídas con anterioridad a su acceso al Registro. Respecto a éstas, la inscripción no tiene incidencia alguna; de otro modo resultarían perjudicados los acreedores que, con la simple inscripción (en ocasiones llevada a cabo días antes de la reclamación judicial) verían cómo se reduce el patrimonio del que debería responder de la obligación contraída por la sociedad irregular. En este sentido, algún autor ha mantenido que lo que pretende el artículo 16 de la LSA es que el apartado 3 del artículo 15 de la LSA no se aplique a la posterior inscripción de la sociedad irregular en el sentido de excluir la liberación de aquellos que, de otro modo (sin la mención del último apartado del art. 16.2 de la LSA), sí quedarían liberados. Considerando este Tribunal que el apartado 2 *in fine* del artículo 16 de la LSA debe ser interpretado en el sentido expuesto, y no como lo ha hecho el Magistrado *a quo*, debe revocarse la sentencia impugnada en el sentido de condenar a los socios fundadores de la sociedad mercantil, demandados, al pago de la cantidad reclamada, de forma solidaria entre sí, si bien de forma subsidiaria a la sociedad.»

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTS de 9 de marzo de 1981, 9 de marzo de 1991, 16 de julio de 1992, 8 y 14 de junio de 1995 y 19 de octubre y 23 de noviembre de 2001.
- SSAP de Barcelona (Secc. 15.^a) de 25 de septiembre de 1998 y (Secc. 13.^a) de 2 de marzo de 1999.