ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES UNIPERSONALES CON ESPECIAL ATENCIÓN AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN LA FASE ANTERIOR A LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL (SOCIEDAD EN FORMACIÓN)

> María Belén González Fernández Prof. Ayudante Univ. Málaga

I. SUPUESTOS DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Conforme señala el artículo 125 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL) la sociedad unipersonal puede ser la constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica, y la constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones, o en su caso, acciones (D. A. 2ª.23 LSRL, que extiende la aplicación de lo previsto para la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada a la Sociedad Anónima Unipersonal), hayan pasado a ser propiedad de un único socio¹. De estos dos supuestos entendemos que sólo el primero implica la creación de una sociedad unipersonal², pues el segundo no es más que la consecuencia de las posibles transmisiones o amortizaciones a que se pueden ver sometidas las acciones o participaciones de una sociedad ya existente. No nace, no se constituye ninguna sociedad por el hecho de haber devenido unipersonal. La unipersonalidad sobrevenida implica solamente un cambio interno de la sociedad, una variación en el número de personas que ostentan la condición de socio en la misma.

Junto al supuesto más habitual de constitución originaria de una sociedad unipersonal en virtud del cual nace para el Derecho una entidad, hasta entonces inexistente, que inicia su actividad empresarial (que podría identificarse con el procedimiento que, en sede de fundación de anónimas, denomina Fundación Simultánea la Sección Segunda del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989 -en adelante TRLSA-), existen otros supuestos en los que también podría pensarse que tiene lugar la constitución de una sociedad unipersonal. Nos referimos a los supuestos llamados de modificación estructural de sociedades, es decir, a los casos de transformación, fusión o escisión³.

Habrá que tener en cuenta que la LSRL equipara, en el artículo 125.b) in fine, la titularidad exclusiva de un sujeto sobre las participaciones o acciones en que se divida el capital social a aquellos casos en que dicha titularidad sea compartida por el socio y la propia sociedad. Constituye éste el único supuesto en el que la ley tiene en cuenta la existencia de sociedades materialmente, que no formalmente, unipersonales. Una crítica a la concepción formal de la sociedad unipersonal mantenida por el legislador en AURIOLES MARTÍN, A., "La Sociedad Unipersonal", Academia Granadina del Notariado, núm. 189, 1996, p. 2407.

BOQUERA MATARREDONA, J., La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, Madrid, 1996, p. 65, sin embargo, al tratar la constitución de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, señala que la misma ...puede crearse de tres maneras. La primera, constituyéndola originariamente con un solo socio o ab initio. La segunda, por razón de la unipersonalidad sobrevenida (un solo socio reúne en sus manos todas las participaciones sociales). Y, por último, en virtud de la transformación de una empresa individual u otras de las sociedades admitidas en nuestro Ordenamiento jurídico, en sociedad unipersonal de responsabilidad limitada. No creemos, por el posterior desarrollo del tema, que se esté refiriendo a sociedades de "nueva creación" en los tres casos mencionados pero, sin duda, la referencia citada, en sede de constitución, produce cierta confusión. Como señalamos la reducción a uno del número de socios no supone el nacimiento de ningún nuevo sujeto de derecho y, como veremos, tampoco creemos que eso ocurra en los casos de transformación de sociedades.

Una visión reciente acerca del tratamiento legal y jurisprudencial de estas operaciones puede encontrarse en

Por lo que se refiere a la transformación partiendo de la idea de que la misma supone un cambio en la forma social que no altera la identidad de la sociedad, que mantiene su personalidad jurídica (arts. 228 TRLSA y 91 LSRL), habría que afirmar, necesariamente, que, en sentido estricto, el resultado de la misma no será nunca el nacimiento de una sociedad nueva⁴.

Distinta sería la solución en el supuesto de la fusión de sociedades. Tratándose de una fusión por creación de una nueva sociedad (art. 233.1 TRLSA), el resultado podría ser la constitución de una sociedad unipersonal si las sociedades fusionadas lo hubiesen sido, a su vez, antes de su extinción y, además, el socio único de cada una de ellas fuese el mismo sujeto. En el caso de fusión mediante absorción de una o varias sociedades por otra ya existente (art. 233.2 TRLSA), aunque se diesen esas circunstancias, no podríamos considerar que formalmente resulta la constitución de una sociedad unipersonal nueva, ya que la sociedad absorbente seguirá siendo la misma que antes de la fusión, con lógicas e imprescindibles modificaciones, pero manteniendo su misma personalidad jurídica.

La escisión, total (art. 252.1.a TRLSA) o parcial -segregación- (art. 252.1.b TRLSA), de una sociedad también podría derivar en la constitución de una o, incluso, de varias sociedades unipersonales. Ahora bien, para que eso ocurriese, teniendo los socios de la sociedad escindida derecho a que se le asignen acciones o participaciones de las sociedades resultantes (art. 247 TRLSA), tendría que ser unipersonal la sociedad escindida o bien concurrir el consentimiento individual de cada uno de sus socios respecto a la asignación en exclusiva a uno, a varios o a todos ellos, de las acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias (art. 252.2. 2º párrafo TRLSA). Si esa sociedad beneficiaria resultase de un procedimiento de fusión con otra u otras sociedades por creación de una nueva, deberían, además, darse las circunstancias antes señaladas para la fusión por absorción.

En cualquier caso, la posible constitución de una sociedad unipersonal por estas otras vías llevaría anejo un procedimiento y ciertas formalidades que

LARGO GIL, R., "Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado" en Estudios de Derecho Mercantil. (Homenaje al Profesor Justino F. Duque), Vol. I, Valladolid, 1998, p. 431 y ss. Respecto a la consideración de los mismos como vías de fundación de nuevas sociedades v. VARA DE PAZ, N., "Fundación por transformación o cambio del tipo social" en Derecho de Sociedades Anónimas, I, La Fundación, Madrid, 1991, p. 877 y ss.; SEQUEIRA MARTÍN, A., "La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad" en Derecho de Sociedades Anónimas, I, La Fundación, Madrid, 1991, p. 913 y ss.; SANTOS MARTÍNEZ, V., "Fundación por escisión mediante creación de nueva sociedad" en Derecho de Sociedades Anónimas, I, La Fundación, Madrid, 1991, p. 955 y ss.

En cualquier caso la cuestión sería únicamente planteable siendo una sociedad anónima la que se transformara en limitada, o viceversa, puesto que, como tiene señalado la doctrina, v. por todos IGLESIAS PRADA, J. L., "La Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal" en Tratando de la Sociedad Limitada (Coord. Cándido Paz-Ares), Madrid, 1997, p. 1007, no podrían las sociedades personalistas (colectivas o comanditarias) subsistir con la presencia de un único socio. Tampoco nos parece que pueda un empresario individual, persona física, transformarse en sociedad unipersonal, v. en contra BOQUERA MATARREDONA, J., La sociedad unipersonal ..., op. cit., p. 73. Sí que podrá constituir una sociedad unipersonal aportando su empresa, quedando tal aportación sometida a un régimen físcal especial, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta LSRL. Pero no existirá transformación, puesto que lo que tendrá lugar será el nacimiento de un nuevo sujeto de Derecho (la sociedad anónima o limitada unipersonal) y, probablemente, la desaparición de otro (el empresario individual), sin que pueda afirmarse la continuidad de ninguna personalidad jurídica. De todas formas quizás el argumento determinante sea que el ámbito subjetivo de las distintas operaciones de transformación se encuentra delimitado legalmente en términos bastante precisos (arts. 223 y 231 TRLSA; 87, 92 y 93 LSRL) no incluyéndose en él al empresario individual.

obviaremos en el presente trabajo ciñéndonos, por tanto, al supuesto primeramente mencionado.

II. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

La creación originaria de una sociedad unipersonal, como la creación de cualquier otra sociedad mercantil, exige el cumplimiento del doble requisito de forma y publicidad en que consiste el otorgamiento de escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Mercantil⁵.

Esto, que podría deducirse sin mucha dificultad de las disposiciones dedicadas, con carácter general, a la constitución de la sociedad (arts. 11, 12.2.a LSRL y art. 7 TRLSA), se señala después, con carácter especial, para la sociedad unipersonal en el artículo 126.1 LSRL. Con esta reiteración, en cierto modo innecesaria⁶, probablemente haya querido el legislador insistir en la necesidad de dar publicidad a la condición unipersonal de la sociedad. Esa insistencia se refleja también en los artículos 114.1.1ª y 175.1.1ª del Reglamento del Registro Mercantil, de 19 de julio de 1996 -en adelante RRM-, relativos a la primera inscripción de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, respectivamente, en los que se establece que, caso de existir un solo socio fundador, en el acta de inscripción debe hacerse una referencia expresa al carácter unipersonal de la sociedad.

Sin querer adentrarnos en la polémica suscitada en la doctrina en torno a la igual o desigual importancia que deba atribuirse a cada una de estas dos formalidades, consideramos que el tenor de los artículos 116 y 119.1 del Código de Comercio y, en concreto, los artículos 7 TRLSA y 11 LSRL no parecen dejar muchas dudas sobre la necesidad de que ambas se lleven a cabo para que una sociedad mercantil quede perfecta y definitivamente constituida. No creemos que sea suficiente con la escritura pública para poder hablar de un negocio perfecto, por cuanto se refiere a la constitución de la sociedad, ya que ésta, no gozando aún de personalidad jurídica, no podrá desplegar todos los efectos que le son propios. En este sentido RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D., "La Sociedad en proceso de fundación y la sociedad irregular" en La reforma del derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1987, p. 174, nota (3). También, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil", AAMN, 1989, p. 14 y ss., que considera que, sin que ello haga desmerecer la importancia y el significado de la escritura pública, la inscripción de la sociedad anónima en el Registro Mercantil debe considerarse como una inscripción de efecto constitutivo y, por tanto, el proceso fundacional sólo se agotará cuando se haya producido dicha inscripción; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas" en Derecho de Sociedades Anónimas, I, La Fundación, Madrid, 1991, p. 22 y ss., que a la consideración de que hasta el momento en que se verifica la inscripción registral no ha terminado propiamente el procedimiento fundacional y, con ello, la constitución de la sociedad anónima añade una precisa descripción de ese proceso complejo en el que el resultado final -la fundación de la sociedad anónima- no impide que cada uno de los actos aislados que lo integran pueda también generar efectos parciales, en una clara alusión al régimen de la sociedad en formación e, incluso, de la sociedad irregular. En contra CÁMA-RA ÁLVAREZ, M., "Fundación: Escritura y Estatutos. Suscripción y desembolso", en La reforma del derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1987, p. 69, quien no estima que ambos requisitos tengan igual valor. Refiriéndose a la sociedad anónima señala que el otorgamiento de la escritura significa que la sociedad anónima está ya constituida aunque la fundación no esté todavía ultimada. La inscripción será un trámite formal necesario para que la sociedad quede definida y tipificada como Sociedad anónima.

Como puede observarse la polémica se ha desarrollado, básicamente, en el estudio de la fundación de la sociedad anónima, pero todo lo dicho cabría entenderlo referido a la sociedad de responsabilidad limitada, pues no existen diferencias en este aspecto entre una y otra forma social. Así, por ejemplo, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., "La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos", RDS, 1994, núm. extraordinario, p. 72; BLANQUER UBEROS, R., "Escritura y estatutos en la Sociedad de Responsabilidad Limitada" en Tratando de la Sociedad Limitada (Coord. Cándido Paz-Ares), Madrid, 1997, P. 289

⁶ v. IGLESIAS, J. L., "La Sociedad de Responsabilidad ..., op. cit., p. 1034.

Una de las cuestiones que inmediatamente se plantea al llegar a este punto es la siguiente, ¿qué significado tendrá, en el caso de las sociedades unipersonales, la escritura de constitución, tradicionalmente considerada como la forma solemne de un contrato⁷?. Aquí nos sumamos a la mayoría de la doctrina⁸ que considera la escritura, en estos casos, como la forma solemne de una declaración unilateral de voluntad a la que la ley le confiere la facultad de ser el presupuesto determinante de la creación de una sociedad. Presupuesto al que, según lo dicho anteriormente, habrá que añadir la preceptiva inscripción en el Registro Mercantil.

La escritura, necesariamente, será otorgada por quien vaya a ser el único miembro de la sociedad, que podrá hacerlo actuando por sí mismo o por medio de representante. Ese único socio podrá ser una persona física o una persona jurídica⁹ y, precisamente, su identidad será la primera de las menciones que deba aparecer en la escritura de constitución¹⁰.

Del resto de las cláusulas escriturarias obligatorias nos merecen la atención, en los supuestos de unipersonalidad, básicamente dos aspectos. Por un lado, cabría cuestionarse si la mención relativa a la voluntad de constituir una sociedad anónima o limitada (arts. 8.b TRLSA y 12.2.b LSRL) debe extenderse al carácter unipersonal de la sociedad. Es decir, si la intención que debe manifestarse en la escritura es la de constituir "una sociedad anónima unipersonal" o "una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal" Responder afirmativamente a esta cuestión implicaría la consideración de la unipersonal como un verdadero tipo social, puesto que, como se afirmado por la doctrina notarial¹², es precisamente la especificación de ese tipo o forma social elegida lo que persigue el legislador con la exigencia de que en la escritura conste esta cláusula, no bastándole la afirmación genérica de que se quiere constituir una sociedad¹³. Pero entendemos que la unipersonalidad no deja de ser una característica de la anónima o la limitada que

v. GARRIGUES, J., Comentario a la ley de sociedades anónimas", I, Madrid, 1976, p. 167; CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Fundación: Escritura...", op., cit., p. 68 y ss; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "Escritura, estatutos ...", op. cit., p. 25 y ss.

⁸ v. ALONSO UREBA, A., "La sociedad unipersonal" en La reforma del derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1987, p. 262; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., "La fundación...", op. cit., p. 72 y ss; SANCHEZ CALERO, F., "Escritura y Estatutos sociales" en La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, Madrid, 1994, p. 137; BOQUERA MATARREDONA, J., La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, Madrid, 1996, p. 75; BLANQUER UBEROS, R., "Escritura y estatutos ...", op., cit., p. 307.

El artículo 125.a LSRL, que recoge esta doble posibilidad, no ha establecido disposiciones especiales ni sanciones en orden a evitar o a controlar los casos en que una persona física sea socio único de varias sociedades o en que una sociedad unipersonal o cualquier otra persona jurídica sea socio único de otra sociedad, como podía haber hecho en virtud de la autorización concedida por el Artículo 2.2 de la 12ª Directiva CEE en materia de Derecho de Sociedades.

Así lo señalan los artículos 8.a TRLSA y 12.2.a LSRL y, de nuevo, reiterando dicha exigencia, el art. 126.1.in fine LSRL; v. también los artículos 114.1 y 38 RRM.

Así parece considerarlo BOQUERA MATARREDONA, J., La sociedad unipersonal..., op. cit., p. 75, cuando manifiesta que en la escritura de constitución se expresará...b) La voluntad del socio de constituir una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada...

v. BLANQUER UBEROS, R., "Escritura y estatutos...", op. cit., p. 239.

Para algunos autores como BLANQUER UBEROS, R., "Escritura y estatutos...", op. cit, p.240 y ss. esta afirmación no es óbice para que, en caso de omisión de la referencia expresa al tipo social, ésta pueda suplirse con el resto del clausulado si del mismo puede derivarse claramente la forma social elegida. Otros autores, sin embargo, consideran que la omisión de la voluntad electora del tipo llevaría a la calificación de la sociedad constituida como Sociedad Colectiva, tipo general de las sociedades mercantiles. En este sentido v. ALONSO UREBA, A., "Consideraciones críticas sobre la reforma de en materia de «sociedad en formación» y «sociedad irregular»", RDS, núm. extraordinario, 1994, p. 112.

así se constituya, sin que ello la configure como una nueva forma social, por mucho que tal carácter genere la aplicación de ciertas normas especiales (Capítulo XI LSRL), como por ejemplo, tampoco conforman un subtipo o un tipo diferenciado de sociedad aquéllas para las cuales, en virtud de su dimensión, están previstas reglas especiales, en este caso, en materia de cuentas anuales (formulación de balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria abreviada).

La segunda de las menciones que presenta interés en la escritura de constitución de la sociedad unipersonal es la relativa a la numeración de las acciones o participaciones atribuidas al socio (arts. 8.c TRLSA y 12.2.c LSRL), consecuencia de la división del capital social, a la que luego habrá que hacer también referencia en los estatutos. Podría pensarse que tal división resulta superflua siendo un único sujeto el que realizará la totalidad de las aportaciones y suscribirá íntegramente el capital social. Sin embargo, la división del capital en acciones o participaciones se configura como un principio básico, como un elemento definidor de las sociedades mercantiles de capital (art. 1 TRLSA y LSRL, respectivamente), que no debe desaparecer por el hecho de estar reunida su titularidad en una sola mano ni, desde luego, dificulta u obstaculiza en modo alguno el normal funcionamiento de una sociedad de estas características.

La escritura de constitución deberá incluir también los estatutos que regirán el funcionamiento de la sociedad. Estos contendrán, al menos, las menciones relacionadas en los artículos 9 TRLSA y 13 LSRL. Algunas de ellas, como las relativas a la forma de deliberar y adoptar acuerdos la sociedad, o a las posibles restricciones a la transmisión de acciones o participaciones, resultarían a primera vista innecesarias. Sin embargo, parece lo más aconsejable no dejar de incluirlas en previsión de futuras alteraciones en la base subjetiva de la sociedad que provocarían una necesaria modificación de estatutos.

El socio único o los administradores de la sociedad, si es que son personas distintas de aquél, deberán solicitar la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil del domicilio social en el plazo de dos meses, contados desde la fecha de su otorgamiento, respondiendo solidariamente de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de esta obligación (arts. 17 TRLSA y 15 LSRL).

III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN FORMACIÓN

Durante el período de tiempo, más o menos largo, según el caso, que transcurre desde el otorgamiento ante el notario de la escritura de constitución de la sociedad hasta el acceso de la misma al Registro Mercantil, se habla de la Sociedad en Formación. Su régimen legal se establece, tanto para la Sociedad Anónima como para la Sociedad Limitada (por remisión del art. 11.3 LSRL), en el artículo 15 TRLSA.

En esta fase es posible que se lleven a cabo actuaciones, en nombre de la sociedad que se está constituyendo, encaminadas a preparar su futura actividad comercial o, incluso, propias de su objeto social y, dada la especial situación en que la sociedad se encuentra, el legislador se preocupa de delimitar las responsabilidades que dichas actuaciones pueden generar.

En concreto, de los actos indispensables para la inscripción de la sociedad, de los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para esa fase anterior a la inscripción y de los realizados por mandatarios designados por el socio para fines específicos (art. 15. 2 TRLSA), responderá la sociedad tanto en formación¹⁴ como una vez inscrita (art. 15. 2 y 3 TRLSA). Es decir, además de los actos indispensables para la inscripción de la sociedad, todos aquellos otros realizados con la previa y expresa habilitación concedida voluntariamente por el socio único, bien a través de mandato específico o bien con el otorgamiento de la escritura, generarán plenos efectos obligatorios para la sociedad¹⁵.

Mientras esté en formación, además, tratándose de una sociedad anónima, responderá también de estos actos el socio con la parte de su patrimonio personal que hubiere prometido aportar a la sociedad y todavía no hubiese entregado¹⁶. Esta responsabilidad añadida del socio no jugará si lo que se constituye es una sociedad de responsabilidad limitada ya que, en tal caso, el desembolso del capital deberá haber sido íntegro en el momento de su suscripción (art. 4 LSRL).

De los demás actos y contratos celebrados durante este período de formación, en nombre de la sociedad, responderán personal y solidariamente quienes los lleven a cabo (art. 15.1 TRLSA). Es decir, en principio, por los actos y contratos no amparados en aquella previa cobertura legal o voluntariamente otorgada que antes mencionábamos, no podrá resultar vinculada la sociedad¹⁷.

En esta fase de formación nos encontramos con una situación patrimonial que, respecto a la realización de los actos mencionados (art. 15. 2 TRLSA), bien podría considerarse como de patrimonio de afectación o patrimonio separado con una vocación de publicidad y, consecuentemente, de adquirir personalidad jurídica independiente, que favorece la idea de mantener temporalmente la responsabilidad propia, y primera en caso de sociedad anónima, de esa masa patrimonial, en lugar de estimar que deviene imposible, por el momento, el juego del beneficio de la responsabilidad limitada de las sociedades de capital. En este sentido v. MARTÍN ROMERO, J.C., "La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada", RGD, 1994, núm. 596, p. 5567. Para ALONSO UREBA, A., "La Sociedad en Formación" en Derecho de Sociedades Anónimas, I, La Fundación, Madrid, 1991, p. 580, el artículo 15 TRLSA supera una posible construcción contractualista (comisión, mandato...) de la fase prevía a la inscripción admitiendo la existencia en la misma de una "organización corporativa o societaria" tanto en el ámbito interno como en el externo o de relaciones con terceros...

En este sentido se manifestó la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 25 de agosto de 1993 (RJ. 7119), aunque para supuestos de pluripersonalidad.

Según se deriva del apartado tercero de este artículo 15, esta responsabilidad del socio es solidaria con la de la sociedad que se está gestando. Una vez concluido el proceso de formación, inscrita la sociedad, cesará dicha responsabilidad y los desembolsos aún pendientes, los dividendos pasivos, sólo serán exigibles directamente por la propia sociedad (arts. 42 y ss. TRLSA).

ALONSO UREBA, A., "La Sociedad ...", op. cit., p. 582, considera que este precepto se refiere únicamente a actos o contratos celebrados en el ámbito de la representación social, por quienes pueden obligar a la sociedad, entendiendo por tales los administradores con poder de representación designados inicialmente en la escritura de constitución o los mandatarios nombrados por ellos. Sin embargo, no encontramos inconveniente en afirmar que podría tratarse de actos o contratos celebrados por cualquiera, por ejemplo por un socio sin poder de representación, teniendo en cuenta que, como señalamos, en principio, no responderá de ellos la sociedad, sino quien los realiza y ello, en primer lugar, porque la ley no especifica nada, a diferencia de lo que hace en el apartado segundo del mismo artículo. Y en segundo lugar, porque de tratarse de la actuación de los administradores representantes de la sociedad, o mandatarios designados por ellos, se estaría refiriendo el precepto también al caso de la realización de actos o contratos para los que no estuviesen facultados en esta fase anterior a la inscripción pues, de lo contrario, estaríamos ante el supuesto contemplado en el artículo 15.2 TRLSA.

Así lo entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en la Resolución de 25 de agosto de 1993 mencionada, pone de manifiesto que el artículo 15 TRLSA distingue entre los actos para los que la habilitación de quien representa a la sociedad no existe o es insuficiente y aquéllos que se realizan con la cobertura necesaria.

Podría, no obstante, exceptuarse esta regla general condicionando la eficacia de tales actos y contratos a la inscripción y posterior aceptación de los mismos por parte de la sociedad. En este caso, una vez cumplida dicha condición suspensiva, de ellos responderá la propia sociedad (art. 15.1 TRLSA).

No habiéndose estipulado tal condición, sin embargo, las mismas circunstancias de inscripción y asunción por la sociedad de estos actos y contratos como propios harán cesar la responsabilidad de quienes actuaron en su nombre desplazando hacia ella esa responsabilidad (art. 15. 3 TRLSA)¹⁸. Si en el plazo de tres meses, esa aceptación no llegara a producirse debe entenderse que quedarán personal y definitivamente obligados quienes los realizaron¹⁹.

En cualquier caso, la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, que luego asume lo realizado en su nombre por otros, debe haberse producido en el plazo máximo de un año contado desde el otorgamiento de la correspondiente escritura de constitución pues, de lo contrario, ni siquiera la aceptación en tiempo por parte de la sociedad eximiría a aquéllos de su responsabilidad (art. 16. 2 TRLSA).

La aceptación, en concreto, que debe realizar la sociedad una vez inscrita viene entendiéndose por la jurisprudencia²⁰, que puede ser tanto expresa como tácita. Es decir, puede consistir en una declaración de voluntad formal o, simplemente, en una serie de actos que de manera concluyente reflejen una voluntad inequívoca y decidida de ratificar lo actuado.

En relación con el órgano social al que correspondería efectuar dicha aceptación podríamos entender que, de ser expresa, la misma debería materializarse a través de un acuerdo de la Junta General, por tratarse de la sede en que se forma la voluntad social, única a la que el texto legal hace referencia. Por otro lado, sería lo más consecuente con el hecho de que para las autorizaciones o habilitaciones previas a la inscripción sea también el conjunto de los socios el que deba intervenir. Así y, a pesar de no ignorar que con ello se estaría produciendo una cierta injerencia en la esfera de competencias que corresponderían a los administradores una vez inscrita la sociedad, todas las actuaciones realizadas en la fase previa de formación quedarían sometidas al mismo nivel de decisión²¹. Conforme a ello, siendo la sociedad unipersonal la aceptación corresponderá realizarla al socio

En relación a la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada también lo entiende de esta forma BO-QUERA MATARREDONA, J., La Sociedad Unipersonal ..., op. cit., p. 81, que dependiendo de si el socio único es o no administrador con facultades para la fase anterior a la inscripción, encuadra su actuación en nombre de la sociedad en los artículos 15. 2 ó 15. 1, respectivamente.

La subordinación de la vinculación de la sociedad por lo realizado en su nombre al hecho de que una vez acabado el proceso de fundación acepte los actos o contratos de que se trate es confirmada por la Jurisprudencia en la STS de 9 de marzo de 1981 (RJ. 906) y la RDGRN de 22 de enero de 1988 (RJ. 307), en relación al artículo 7 de la LSA entonces vigente, y las RDGRN de 20 de octubre de 1992 (RJ. 8575) y 25 de agosto de1993.

A este respecto ALONSO UREBA, A., "La Sociedad..." op.cit., p. 601, y "Consideraciones críticas sobre la reforma en materia de Sociedad en Formación y Sociedad Irregular", RDS, núm. extraordinario, 1994, p. 122, considera que este plazo de tres meses es un plazo preclusivo, no siendo posible una aceptación posterior con los mismos efectos del art. 15. 3 TRLSA.

²⁰ STS de 9 de marzo de 1981 y 15 de julio de 1996 (RJ.5889).

A este respecto ALONSO UREBA, A., "La Sociedad...", op.cit., p. 601 y "Consideraciones críticas...", op.cit., p. 122, partiendo de la base de que los actos o contratos a aceptar habrán sido realizados por el órgano de Administración entiende que los mismos deberán ser asumidos por un órgano distinto y, por tanto, por la Junta General.

único (art. 127 LSRL). Tratándose de una aceptación tácita, sin embargo, lo más probable es que la misma se deduzca de la actividad del órgano de administración, que en el caso de la sociedad unipersonal puede coincidir o no con la persona del socio único.

Ahora bien, esta exigencia de aceptación posterior por parte de la sociedad sólo tendría sentido, en el caso de la unipersonal, en el supuesto de recaer sobre la actuación de un sujeto distinto del socio único.

Por un lado, dudamos mucho que un acto o contrato no indispensable para la inscripción (art. 15.1 TRLSA) realizado por el socio único, administrador o no de la sociedad unipersonal que está constituyendo, dejara de ser asumido con posterioridad por la sociedad si aquél realmente está interesado en que las consecuencias de dicho acto o contrato repercutan sobre la sociedad. Hasta aquí podríamos considerar que tratándose de una actuación del propio socio único la aceptación posterior de la sociedad resulta innecesaria.

Pero es que podríamos encontrarnos, precisamente, con que el socio único estuviese interesado justo en lo contrario, es decir, en no hacer recaer sobre la sociedad las consecuencias de su actuación previa. En este caso el requisito de la aceptación o, mejor de la convalidación o ratificación, podría resultar, no ya innecesario, sino perjudicial para los terceros, que podrían encontrarse con una negativa de la sociedad a asumir lo realizado en su nombre y un patrimonio personal del socio único, que contrató con ellos, vaciado en beneficio de la sociedad.

En definitiva, del artículo 15 TRLSA lo que se desprende es que para vincular directamente a la sociedad (apartado segundo) una actuación realizada en su nombre, durante la fase de formación, debe contar con una previa cobertura o habilitación que implique la conformidad con el hecho de que la misma se lleve a cabo (no ya con sus resultados) por parte de quienes luego, como miembros de la sociedad, soportarán o se beneficiarán de las consecuencias de tal actuación mientras que, de lo contrario, dicha actuación tendrá que ser convalidada después por la sociedad una vez inscrita (apartados primero y tercero).

En virtud de ello, consideramos debe entenderse que los actos y contratos celebrados por el socio único antes de la inscripción de la sociedad, en nombre de ésta, aunque no encajen exactamente en el supuesto de hecho del segundo apartado de este artículo (administrador con facultades anticipadas, mandatarios específicos...), son siempre subsumibles en él, pues no imaginamos mayor cobertura que la de estar realizados y, por tanto, consentidos por él mismo sin que pueda, a través de la exigencia de posterior aceptación, permitírsele después, revestido de órgano social, sea Junta General, sea órgano de administración, ir contra sus propios actos.

En consecuencia, por los actos y contratos celebrados por el socio único en nombre de la sociedad que está en formación resultaría obligada ésta en todo caso. Por lo realizado por personas distintas del socio único habría que estar al caso concreto, resultando plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 15 TRLSA.